

COMENTARIOS
A LA
CONVENCIÓN
DE LAS NACIONES UNIDAS
CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO
DE ESTUPEFACIENTES
Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS,
1988

Hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988



NACIONES UNIDAS

**COMENTARIOS
A LA
CONVENCIÓN
DE LAS NACIONES UNIDAS
CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO
DE ESTUPEFACIENTES
Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS,
1988**

Hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988



NACIONES UNIDAS
Nueva York, 1999

NOTA

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de estas firmas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

E/CN.7/590

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Número de venta: S.98.XI.5

ISBN 92-1-348054-7

PREFACIO

Los presentes *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988* se han preparado a petición del Consejo Económico y Social; el momento no podía ser más oportuno. El décimo aniversario de la aprobación de la Convención, el último de una serie de tratados sobre fiscalización del uso indebido de drogas, se celebra el mismo año que la Asamblea General se reúne en período extraordinario de sesiones dedicado a la lucha internacional contra el uso indebido y el tráfico de drogas.

Esta labor continúa una larga y distinguida serie de comentarios a las convenciones internacionales de fiscalización de drogas que se iniciaron en la época de la Sociedad de las Naciones. Los Estados partes de cualquier tratado son las autoridades definitivas en cuanto a su interpretación, pero se puede afirmar que estos comentarios han sido bien recibidos como instrumentos útiles para fomentar un entendimiento común del contenido y los objetivos de las convenciones y el convenio. Por cierto, han añadido una perspectiva internacional a lo que de otra forma hubiera representado una visión más restringida y local, por no decir parcial.

En el caso de los presentes *Comentarios*, la Comisión de Estupefacientes y el Consejo Económico y Social han pedido que la exégesis jurídica de práctica del texto se suplementara con una sección sobre la aplicación práctica de la Convención. Abrigo la esperanza de que esta nueva característica conferirá particular utilidad a los *Comentarios*.

El vigésimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, celebrado en Nueva York del 8 al 10 de junio de 1998, dio a la comunidad internacional una buena oportunidad para examinar los efectos dañinos del uso indebido y el tráfico de drogas para los individuos, la sociedad, la economía y el cuerpo político. También dio a las naciones una oportunidad de reafirmar su decisión de hacer frente a esos problemas y determinar medidas y prioridades en los ámbitos comunitario, nacional, regional y mundial.

Espero sinceramente que estos *Comentarios* sean un instrumento útil que nos ayude a hacer frente a este desafío.

Nueva York, junio de 1998



Kofi A. Annan
Secretario General
de las Naciones Unidas

PRÓLOGO

Origen de los Comentarios

Los anteriores comentarios, relativos a la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, al Protocolo de 1972 de enmienda de esa Convención y al Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, fueron de gran utilidad para muchos gobiernos como guía para establecer el marco legislativo y administrativo necesario para aplicar esos instrumentos; por esta razón, el Consejo Económico y Social, en su resolución 1993/42, pidió al Secretario General que preparara comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, que había estado en vigor casi tres años. En sus peticiones anteriores relativas a los comentarios a los otros instrumentos, el Consejo había subrayado su posible utilidad para asegurar una interpretación más uniforme de los tratados. Al pedir la preparación de los presentes *Comentarios*, el Consejo especificó que la labor debía ser de utilidad para los Estados no sólo en la interpretación de la Convención de 1988 sino también en su aplicación efectiva. Por consiguiente, los presentes *Comentarios* se han organizado en forma algo diferente a la de sus predecesores y el procedimiento de redacción también requirió un enfoque distinto.

El cuerpo de la mayor parte del texto fue preparado por cuatro especialistas principales: Henri Mazaud, ex Director Adjunto de la División de Derechos Humanos de la Secretaría de las Naciones Unidas encargado de instrumentos internacionales y procedimientos, y John F. Scott, ex Director de la Oficina del Asesor Jurídico y Director Adjunto en la oficina del Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas, quienes actuaron como consultores jurídicos de la conferencia de plenipotenciarios que aprobó la Convención; William C. Gilmore, Profesor de Derecho Penal Internacional de la Universidad de Edimburgo, y David McClean, Q.C., Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad de Sheffield. Su valiosísima contribución a estos *Comentarios* se agradece sinceramente.

Los proyectos de textos sobre diversos artículos técnicos se sometieron de ordinario a los comentarios y la evaluación de un diverso grupo de expertos gubernamentales de todas las regiones geográficas, muchos de los cuales habían participado en el proceso de elaboración de la Convención y habían asistido a la conferencia de plenipotenciarios. Además, y sobre todo respecto de los comentarios a los artículos 12, 13 y 16, se obtuvieron las muy apreciadas opiniones de la secretaría de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes.

El enfoque multidisciplinario que se adoptó, exigido por la propia naturaleza del contenido de la Convención, se acentuó en varias reuniones de examen a cargo de expertos convocadas por la Sección de Asuntos Jurídicos del Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas, en las que constantemente se revisó y completó el manuscrito. Durante el proceso de redacción, la Sec-

ción de Asuntos Jurídicos estableció también enlaces con la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas.

La coordinación general del proyecto y la supervisión del manuscrito estuvieron a cargo de Paulsen K. Bailey, quien durante muchos años fue Secretario de la Comisión de Estupefacientes y actuó como Secretario de la Conferencia, y de su Mesa y su Comisión I.

Por último, se agradece la colaboración de todos los que contribuyeron de diversas formas al éxito de esta larga y meticulosa tarea de redactar y revisar los *Comentarios* y prepararlos para su publicación, que son demasiado numerosos para mencionarlos en forma individual.

Estructura de los Comentarios

Los *Comentarios* se dividen en cinco partes funcionales, además de la introducción, que dan un panorama de la génesis de la Convención de 1988 desde su concepción por la Asamblea General en diciembre de 1984 hasta su aprobación en la conferencia de plenipotenciarios de diciembre de 1988.

La “Primera parte”, titulada “Disposiciones generales”, abarca el Preámbulo, el artículo 1 (“Definiciones”) y el artículo 2 (“Alcance de la presente Convención”). Aunque el Preámbulo de la Convención no tiene la misma importancia jurídica que cualquiera de sus artículos, su detenida lectura, junto con la del artículo 2, proporciona una buena base para comprender los objetivos de la Convención y, junto con el artículo 1, una introducción general al objeto del instrumento.

Los títulos de las cuatro partes restantes no requieren explicación. La “Segunda parte”, titulada “Disposiciones sustantivas”, abarca los artículos 3 a 19, que son los artículos sustantivos o técnicos, muchos de los cuales son minitratados autónomos sobre temas particulares. Las funciones de la Comisión de Estupefacientes y de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, y los requisitos de los informes que deben presentar las partes a fin de asegurar la aplicación adecuada de la Convención, son los temas de la “Tercera parte”, titulada “Disposiciones sobre la aplicación”. En la “Cuarta parte”, titulada “Cláusulas finales”, se explican las disposiciones uniformes incluidas en muchas convenciones multilaterales para reglamentar cuestiones técnicas, como los requisitos para pasar a ser parte de la Convención, o para enmendarla. El anexo de la Convención, en el que se enumeran las sustancias sometidas a las disposiciones del artículo 12, es el objeto de la “Quinta parte”.

La información básica sobre las “cláusulas finales” en su forma aprobada, y sobre la cuestión de las reservas y la aplicación territorial de la Convención (cuestiones que no se tratan en forma explícita) se incluyen en dos anexos a los *Comentarios*.

Una característica particular y exclusiva de los presentes *Comentarios* dimana de la petición del Consejo Económico y Social de que fueran de utilidad directa para las partes en la aplicación efectiva de las disposiciones de la Convención. Esto dio lugar a que, además de la exégesis del texto final aprobado, que es una característica estándar de los comentarios a textos jurídicos, se incluyera, cuando procedía, una sección o secciones tituladas “Cuestiones relativas a la aplicación”. Estas consideraciones reflejan las prácticas gubernamentales con respecto a la cuestión que se examina o ejemplos de medidas prácticas de aplicación en uso o recomendadas por di-

versos organismos gubernamentales u órganos internacionales autoritativos. Dada la naturaleza del contenido de los artículos, esas consideraciones se limitan a los artículos 3 a 19, es decir, a la “Segunda parte”, que trata de las “Disposiciones sustantivas”. De conformidad con el contenido de cada artículo, las consideraciones se pueden aplicar al artículo en su totalidad o a sus diversos incisos.

Por último, el sistema de numeración de los párrafos utilizado en los presentes *Comentarios* requiere una breve explicación. Cada capítulo comienza con una nueva serie de números de párrafos, el primer dígito, o dígitos, de los cuales refleja el número del artículo (por ejemplo, el capítulo sobre el artículo 7 comienza con los párrafos 7.1, 7.2, etc., y el capítulo sobre el artículo 19 va desde el párrafo 19.1 hasta el párrafo 19.24). Esto facilita la referencia a los párrafos evitando la necesidad de referirse a una sección o capítulo e inmediatamente después al artículo de que se trata. La adopción de este sistema general requirió algunas excepciones: los párrafos de la “Introducción” se enumeran 1, 2, etc.; los párrafos del “Preámbulo” se enumeran 0.1, 0.2, etc.; y la sección titulada “Cláusula de atestación y párrafo final” y la “Quinta parte”, relativa al Cuadro I y al Cuadro II, anexos a la Convención, utilizan respectivamente los números 35 y 36 como prefijo de los números de párrafos (dado que el último artículo lleva el número 34). En los anexos se sigue un sistema similar. Se abriga la esperanza de que los lectores y los que examinen el contenido de los *Comentarios*, o hagan observaciones sobre ellos, encontrarán este sistema útil y fácil de utilizar.

ÍNDICE

	<i>Página</i>
<i>Prefacio</i>	iii
<i>Prólogo</i>	v
<i>Notas explicativas</i>	xi
Introducción	1

Primera parte. Disposiciones generales

Preámbulo	13
Artículo 1. Definiciones	23
Artículo 2. Alcance de la presente Convención	34

Segunda parte. Disposiciones sustantivas

Artículo 3. Delitos y sanciones	43
Artículo 4. Competencia	85
Artículo 5. Decomiso	98
Artículo 6. Extradición	126
Artículo 7. Asistencia judicial recíproca	144
Artículo 8. Remisión de actuaciones penales	173
Artículo 9. Otras formas de capacitación	176
Artículo 10. Cooperación internacional y asistencia a los Estados de tránsito	188
Artículo 11. Entrega vigilada	191
Artículo 12. Sustancias que se utilizan con frecuencia en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas	203
Artículo 13. Materiales y equipo	233
Artículo 14. Medidas para erradicar el cultivo ilícito de plantas de las que se extraen estupefacientes y para eliminar la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas	237
Artículo 15. Transportistas comerciales	251
Artículo 16. Documentos comerciales y etiquetas de las exportaciones	257
Artículo 17. Tráfico ilícito por mar	261
Artículo 18. Zonas y puertos francos	278
Artículo 19. Utilización de los servicios postales	282

Tercera parte. Disposiciones sobre aplicación

Artículo 20.	Información que deben suministrar las partes	293
Artículo 21.	Funciones de la Comisión	299
Artículo 22.	Funciones de la Junta	304
Artículo 23.	Informes de la Junta	314

Cuarta parte. Cláusulas finales

Artículo 24.	Aplicación de medidas más estrictas que las establecidas por la presente Convención	319
Artículo 25.	Efecto no derogatorio respecto de anteriores derechos y obligaciones convencionales	321
Artículo 26.	Firma	325
Artículo 27.	Ratificación, aceptación, aprobación o acto de confirmación formal	329
Artículo 28.	Adhesión	331
Artículo 29.	Entrada en vigor	333
Artículo 30.	Denuncia	336
Artículo 31.	Enmiendas	338
Artículo 32.	Solución de controversias	342
Artículo 33.	Textos auténticos	346
Artículo 34.	Depositario	347

Quinta parte. Cuadros anexos a la Convención

<i>Anexo</i>	353
--------------------	-----

Anexos

Historia legislativa de las cláusulas finales	363
Cuestiones no incluidas en la Convención	365

NOTAS EXPLICATIVAS

En la presente publicación se han utilizado las siguientes abreviaturas:

Interpol	Organización Internacional de Policía Criminal
OEA	Organización de los Estados Americanos
OMS	Organización Mundial de la Salud
UPU	Unión Postal Universal

* * *

En la presente publicación se han utilizado los siguientes títulos abreviados:

“Asamblea”: la Asamblea General de las Naciones Unidas.

“Junta”: la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes.

“Comisión”: la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social.

“Conferencia”: la Conferencia de las Naciones Unidas para la aprobación de una convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, celebrada en Viena del 25 de noviembre al 20 de diciembre de 1988.

“Consejo”: el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

“Convenio de Schengen”: el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux, la República Federal de Alemania y la República de Francia, relativo a la Supresión Gradual de los Controles en las Fronteras Comunes.

“Secretario General”: el Secretario General de las Naciones Unidas.

* * *

Se han utilizado las siguientes formas abreviadas de los títulos de publicaciones y otras referencias que aparecen con frecuencia en el texto:

“Convención de 1912”: Convención Internacional del Opio, firmada en La Haya el 23 de enero de 1912; reproducida en Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. VIII, pág. 187.

“Convención de 1925”: Convención Internacional del Opio, firmada en Ginebra el 19 de febrero de 1925; reproducida en Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. LXXXI, pág. 317.

“Convención de 1931”: Convención para limitar la fabricación y reglamentar la distribución de estupefacientes, firmada en Ginebra el 13 de julio de 1931; reproducida en Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. CXXXIX, pág. 301.

“Convención de 1936”: Convención para la supresión del tráfico ilícito de drogas nocivas, firmada en Ginebra el 26 de junio de 1936; reproducida en Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. CXCVIII, pág. 299.

“Protocolo de 1948”: Protocolo firmado en París el 19 de noviembre de 1948 que somete a fiscalización internacional ciertas drogas no comprendidas en el Convenio del 13 de julio

de 1931 para limitar la fabricación y reglamentar la distribución de estupefacientes, modificado por el Protocolo firmado en Lake Success, Nueva York, el 11 de diciembre de 1946; reproducido en Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 44, pág. 296.

“Protocolo de 1953”: Protocolo para limitar y reglamentar el cultivo de la adormidera y la producción, el comercio internacional, el comercio al por mayor y el uso del opio, firmado en Nueva York el 23 de junio de 1953; reproducido en Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 456, pág. 125.

“Convención de 1961”: Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, hecha en Nueva York el 30 de marzo de 1961; reproducida en Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 520, No. 7515, pág. 322.

“Convención de 1961 enmendada”: Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de enmienda de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, hecho en Nueva York el 8 de agosto de 1975; reproducida en Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 976, No. 14152, pág. 105.

“Convenio de 1971”: Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, hecho en Viena el 21 de febrero de 1971; reproducido en Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1019, No. 14956, pág. 175.

“Protocolo de 1972”: Protocolo de enmienda de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, hecho en Ginebra el 25 de marzo de 1972, reproducido en Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 976, No. 14151, pág. 3.

“Convención de 1988”: Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988.

“Comentarios a la Convención de 1961”: *Comentarios a la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes (preparados por el Secretario General de conformidad con el párrafo 1 de la resolución 914 D (XXXIV) del Consejo Económico y Social, de 3 de agosto de 1962)* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.73.XI.1).

“Comentarios al Convenio de 1971”: *Comentarios al Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, hecho en Viena el 21 de febrero de 1971* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.76.XI.5).

“Comentarios al Protocolo de 1972”: *Comentarios al Protocolo de Enmienda de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, hecho en Ginebra el 22 de marzo de 1972* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.76.XI.6).

“*Documentos Oficiales*, vol. I ...”: *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas para la aprobación de una convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, celebrada en Viena del 25 de noviembre al 20 de diciembre de 1988*, vol. I (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.94.XI.15).

“*Documentos Oficiales*, vol. II ...”: *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas para la aprobación de una convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, celebrada en Viena del 25 de noviembre al 20 de diciembre de 1988*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.91.XI.1).

* * *

Los países se designan con los nombres de uso oficial en el momento de prepararse los presentes comentarios.

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que se presentan los datos no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni sobre la delimitación de sus fronteras o límites.

INTRODUCCIÓN

Origen de la Convención

1. Al examinar la situación y las tendencias del uso indebido y el tráfico ilícito de drogas desde que entraron en vigor la Convención de 1961, la Convención de 1961 enmendada y el Convenio de 1971¹, tanto la Comisión de Estupefacientes en sus deliberaciones y resoluciones, como la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes en sus informes anuales, observaron con preocupación que la situación iba empeorando rápidamente. Sobre la base de la información disponible de los Estados Miembros de las Naciones Unidas a principios del decenio de 1980, era cada vez más evidente que el uso indebido y el tráfico ilícito de drogas habían alcanzado dimensiones sin precedentes. La Asamblea General, en su resolución 36/168 por la que aprobó la Estrategia Internacional para la Fiscalización del Uso Indebido de Drogas de 1981, señaló también que “el azote del uso indebido de drogas” había alcanzado “proporciones epidémicas en muchas partes del mundo”.
2. El tráfico ilícito de drogas era una amenaza para la salud y el bienestar de las personas, difundía la corrupción, facilitaba la confabulación criminal y subvertía el orden público. También ponía en peligro la soberanía y la seguridad de los Estados y convulsionaba las estructuras económicas, sociales y culturales de la sociedad. En ciertas circunstancias, generaba o apoyaba otras formas graves de delincuencia organizada.
3. No cabía esperar que los gobiernos, enfrentados a un problema de esta magnitud, pudieran contrarrestar y suprimir, actuando separadamente, las consecuencias de un tráfico de drogas difundido y muy bien organizado. Los tratados de fiscalización de drogas existentes, que seguían proporcionando un marco jurídico internacional básico para la reglamentación de diversas sustancias sicotrópicas y estupefacientes específicos, ya no eran adecuados porque habían sido concebidos para responder a una situación que había cambiado en forma radical. Además, sus disposiciones de derecho penal para suprimir el tráfico ilícito tenían un alcance limitado.
4. En el decenio de 1980, la comunidad internacional en general, y los Estados partes en los tratados internacionales de fiscalización de drogas en particular, estaban totalmente convencidos de que había llegado el momento de avanzar y emprender nuevas actividades, no sólo para intensificar los esfuerzos y coordinar las estrategias dentro del marco existente, sino también para concebir y elaborar otro instrumento que les permitiera atacar más enérgicamente, mediante la cooperación y la acción concertada, el complejo problema del tráfico de drogas y todas sus consecuencias.
5. Varios aspectos del problema del tráfico ilícito habían atraído la atención de los órganos pertinentes de las Naciones Unidas y se había examinado la posibilidad de

¹Los nombres completos de estos y otros instrumentos y publicaciones que se mencionan con frecuencia en los presentes *Comentarios* figuran en las notas explicativas, al comienzo de esta publicación.

desarrollar contramedidas. En 1982 se reunieron dos grupos de expertos para estudiar el funcionamiento, la pertinencia y el mejoramiento de la Convención de 1961 y el Convenio de 1971. Sus informes (E/CN.7/1983/2/Add.1 y 2) se refirieron a cuestiones como la posibilidad de fundir las dos convenciones o introducir nuevas disposiciones relativas a los procedimientos de extradición o medidas encaminadas a privar a los traficantes de drogas del producto de sus actividades ilícitas. Un grupo de expertos sobre confiscación del producto de delitos relacionados con las drogas, convocado por la Comisión de Estupefacientes, celebró dos reuniones en 1983 y 1984. En su segunda reunión, produjo un conjunto de sugerencias (MNAR/1984/13) para incluir, en un instrumento internacional pertinente, elementos o cláusulas que complementasen las sanciones relativas a la privación de la libertad tras la condena por delitos graves relacionados con las drogas que ya existían en los instrumentos en vigor. En la 11a. Reunión de los jefes de operaciones de los organismos nacionales de represión del uso indebido de estupefacientes de la región del Lejano Oriente², celebrada en noviembre de 1984, se expresó la opinión de que sería conveniente “examinar, en toda nueva convención, la forma de simplificar los procedimientos de asistencia recíproca judicial y de otra índole para facilitar la localización, congelación y confiscación del producto de los delitos en materia de drogas, a nivel internacional” (E/CN.7/1985/9). También se prestó atención a los procedimientos de extradición, con miras a incluir disposiciones apropiadas en cualquier futura convención. La División de Estupefacientes emprendió un importante estudio, en el que se examinaron las prácticas de extradición existentes para delitos relacionados con las drogas, se sugirieron directrices para la concertación de tratados de extradición y se determinaron esferas en que se podían adoptar medidas concretas³. También se prestó atención a temas conexos, como el establecimiento de medidas de fiscalización más estrictas sobre algunos productos químicos esenciales para la fabricación de drogas ilícitas que se pueden obtener fácilmente en el mercado lícito, así como a la interdicción del contrabando de drogas en aeronaves y barcos, el empleo de la técnica de represión de la entrega vigilada y la cooperación a través de las fronteras para que los organismos de represión pudieran reunir e intercambiar información y pruebas sobre las operaciones y los grupos de traficantes de drogas identificados.

6. La urgente necesidad de adoptar medidas decisivas y un criterio amplio que abarcase todos los aspectos del tráfico llevó a varios gobiernos de países de América Latina a aprobar dos solemnes declaraciones, que se transmitieron en 1984 a la Asamblea General para su consideración en el trigésimo noveno período de sesiones. En la Declaración de Quito contra el Narcotráfico (A/39/407, anexo)⁴ se instaba a la adopción de medidas legislativas internacionales que permitiesen realizar una campaña eficaz contra el tráfico ilícito más allá de las fronteras nacionales e impusiesen penas a los delincuentes, dondequiera que estuviesen, y se proponía que el tráfico de drogas se considerase como un delito contra la humanidad con todas las consecuencias jurídicas aplicables al caso. En la Declaración de Nueva York contra el Tráfico y Uso Ilícito de Drogas (A/39/55 y Corr.1, anexo)⁵ se instó a las Naciones Unidas a

²En 1986 su nombre se cambió a Jefes de los Organismos Nacionales Encargados de Combatir el Tráfico Ilícito de Drogas, Asia y el Pacífico.

³El estudio se publicó más tarde bajo el título *La extradición por delitos relacionados con las drogas* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.85.XI.6).

⁴Firmada en nombre de Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela.

⁵Firmada en nombre de Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Perú y Venezuela.

que convocaran a la brevedad posible una conferencia especializada para examinar los problemas institucionales y jurídicos de esta cuestión, adoptar un plan de acción internacional contra el narcotráfico y considerar la posibilidad de calificar el tráfico de drogas como un delito contra la humanidad.

7. En su trigésimo noveno período de sesiones, la Asamblea General incluyó en su programa un tema titulado “Campaña internacional contra el tráfico de drogas”. Las deliberaciones sobre este tema concluyeron con la aprobación de tres importantes resoluciones. Primero, en su resolución 39/142, la Asamblea aprobó una Declaración sobre la lucha contra el narcotráfico y el uso indebido de drogas, en la que declaró, entre otras cosas, que el tráfico de drogas se había convertido “en una actividad criminal internacional que exige atención urgente y máxima prioridad”. Segundo, en su resolución 39/143, la Asamblea General solicitó al Consejo Económico y Social que, por conducto de la Comisión de Estupefacientes, examinase “los elementos jurídicos, institucionales y sociales relativos a todos los aspectos de la lucha contra el narcotráfico, incluida la posibilidad de convocar a una conferencia especializada”.

8. Tercero, en su resolución 39/141, la Asamblea, teniendo presentes la Declaración de Quito y la Declaración de Nueva York, expresó su convicción de que la magnitud alcanzada por el narcotráfico y sus consecuencias hacían necesario elaborar una convención que contemplara en conjunto los aspectos del problema y, en particular, los no previstos en los instrumentos internacionales existentes. Por consiguiente, pidió que la Comisión de Estupefacientes comenzara con carácter prioritario la elaboración de un proyecto de convención de ese tipo y, a tal fin, se remitiese a la Comisión el texto de un proyecto de convención que figuraba como anexo de esa resolución.

Elaboración preliminar del proyecto de Convención

9. El proyecto de Convención transmitido a la Comisión como documento de trabajo abarcaba, en 18 artículos, una amplia gama de cuestiones. Especificaba, en particular, que el tráfico ilícito constituía “un delito internacional grave contra la humanidad”, que los delitos enumerados en la Convención no estarían sujetos a ningún plazo de prescripción y que éstos no debían considerarse como delitos políticos a los fines de la extradición. Se disponían sanciones penales estrictas para las personas responsables de las actividades ilícitas enumeradas en la Convención. Se preveía también el enjuiciamiento de los delincuentes por un tribunal internacional competente, y el sometimiento de las controversias relativas a la interpretación, aplicación o cumplimiento de la Convención a la Corte Internacional de Justicia. Se preveía el establecimiento de un fondo para ayudar a los países en desarrollo afectados por el tráfico ilícito.

10. En su 31.º período de sesiones, la Comisión se ocupó de la petición de la Asamblea General y sus miembros celebraron un intercambio preliminar de opiniones sobre el contenido sustantivo del nuevo instrumento y sobre el procedimiento que se debía seguir para prepararlo. Se reconoció en general que el nuevo instrumento no debía duplicar las disposiciones, ni derogar las obligaciones, de los instrumentos que ya estaban en vigor, sino que debía concentrarse en elementos nuevos y concretos que fueran complementarios en cuanto al fondo y estuviesen estrechamente relacionados con los tratados de fiscalización de drogas existentes. Para que fuera

realmente efectivo, debía formularse en términos que facilitasen la aceptación de sus disposiciones por el mayor número posible de Estados, promoviendo así la adhesión universal. A tal fin, y a fin de satisfacer los intereses de todos los países, sus disposiciones debían ser, en la mayor medida posible, compatibles con los diversos ordenamientos jurídicos y constitucionales y estar en consonancia con los principios generalmente aceptados del derecho penal. Debía garantizarse el respeto de la soberanía de los Estados.

11. En cuanto a los procedimientos que seguiría para cumplir su mandato, la Comisión, al comprender que la elaboración de un nuevo instrumento representaría una empresa compleja que requeriría expertos de alto nivel, decidió que el primer paso sería obtener los comentarios y las propuestas de los gobiernos sobre los elementos que deseaban incorporar en el proyecto de Convención.

12. En su resolución 1 (XXXI)⁶, la Comisión pidió por tanto al Secretario General que distribuyese a tal fin, a los Estados Miembros y a los Estados partes en los tratados de fiscalización de drogas existentes, un conjunto de 17 documentos que incluían los textos del proyecto de convención anexo a la resolución 39/141 de la Asamblea General y las Declaraciones de Quito y de Nueva York, así como otros informes y notas pertinentes. Se pidió al Secretario General que compilara y consolidara los comentarios recibidos de los gobiernos, así como otros estudios pertinentes y preparara un informe en el que se determinasen los elementos que debían considerarse para su inclusión en el proyecto de Convención. En su informe (E/CN.7/1986/2 y Corr.1 y 2 y Add.1 a 3), que contenía un análisis sistemático de las respuestas de los gobiernos y otro material pertinente, el Secretario General determinó los elementos que en general se habían considerado como elementos que convenía incluir en el proyecto de Convención, así como otros elementos que debían ser objeto de un nuevo examen antes de adoptar una decisión sobre su inclusión en el proyecto. Varios otros elementos, a saber, la tipificación del tráfico de drogas como un delito contra la humanidad, la exclusión del tráfico de drogas de toda disposición sobre prescripción, la creación de una tribunal penal internacional, el establecimiento de un nuevo fondo de asistencia⁷ y la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, que figuraban en el proyecto de Convención transmitido a la Comisión como documento de trabajo, fueron objeto de fuerte oposición por muchos de los gobiernos que enviaron respuestas. Su inclusión parecía no satisfacer el criterio de aceptación considerado esencial para que la Convención fuera un instrumento eficaz.

13. En sus respuestas, los gobiernos no objetaron la necesidad o la conveniencia del nuevo instrumento propuesto pero destacaron que, como debía limitarse a un solo aspecto de fiscalización de drogas, es decir el tráfico ilícito, era importante asegurar que todos los Estados que no eran partes en las convenciones existentes se adhirieran a esos instrumentos. En cuanto al formato del propuesto instrumento, algunos gobiernos expresaron una firme preferencia por la adopción de un protocolo o

⁶*Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 1985, Suplemento No. 3 (E/1985/23), cap. IX, secc. A.*

⁷Ya existía un Fondo de las Naciones Unidas para la Fiscalización del Uso Indebido de Drogas, establecido por el Consejo Económico y Social en su resolución 1559 (XLIX) de 11 de noviembre de 1970, que tenía por objeto ayudar a los gobiernos y a las organizaciones internacionales en sus esfuerzos por reducir el uso indebido de drogas y suprimir el tráfico ilícito. Tras la creación del Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas en 1990, el Fondo y el Programa se fusionaron.

instrumento adicional de enmienda y complementario de los instrumentos existentes. Ahora bien, en vista de las dificultades de carácter jurídico que planteaba dicha fórmula, la idea se abandonó y prevaleció la propuesta de elaborar un instrumento separado.

14. En el cuadragésimo período de sesiones de la Asamblea General, se expresó satisfacción por el apoyo a la iniciativa de la Asamblea que se había expresado en todo el mundo, no sólo de parte de los gobiernos sino también de las organizaciones internacionales, regionales y no gubernamentales que se ocupaban del problema de las drogas. En particular, se tomó nota con satisfacción de que el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente había recomendado, en su resolución 2⁸ que se considerase como cuestión de absoluta prioridad la preparación de un nuevo instrumento internacional contra el tráfico ilícito. En su resolución 40/122, la Asamblea General, tras referirse a la preocupación común por los “pavorosos y nocivos efectos del uso indebido y el tráfico ilícito de drogas”, y atendiendo a una propuesta hecha por el Secretario General a principios del año, decidió convocar a una Conferencia Internacional sobre el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas a nivel ministerial, que se celebraría en Viena en 1987. Se dio a la Conferencia el mandato de adoptar un plan amplio y multidisciplinario de actividades futuras para la fiscalización de drogas⁹ en torno de cuestiones concretas y de fondo relacionadas directamente con los problemas del uso indebido y el tráfico ilícito de drogas y, entre otras cosas, apoyar la elaboración de una convención contra el tráfico ilícito.

15. En su resolución 40/120, la Asamblea expresó su agradecimiento a los Estados Miembros por el cumplimiento de la petición hecha por el Secretario General de que presentaran comentarios sobre el propuesto proyecto de instrumento y pidió al Consejo Económico y Social que diese instrucciones a la Comisión de Estupefacientes para que ésta, tras haber examinado el informe del Secretario General durante su noveno período extraordinario de sesiones, determinara los elementos que podrían incluirse en la Convención y solicitara al Secretario General que preparase un proyecto sobre la base de esos elementos.

16. En su noveno período extraordinario de sesiones, celebrado en febrero de 1986, y sobre la base de su examen del informe del Secretario General, la Comisión aprobó la resolución 1 (S-IX), titulada “Orientación sobre la elaboración de una convención internacional contra el tráfico de drogas”¹⁰. En esa resolución, la Comisión recomendó que en el proyecto de convención inicial se incorporasen los siguientes 14 elementos: definiciones, según proceda, para los fines de la convención; identificación, localización, congelación y decomiso del producto del tráfico de drogas; for-

⁸*Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, Milán, 26 agosto a 6 de septiembre de 1985: informe preparado por la Secretaría* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.86.IV.1), cap. I, secc. E).

⁹En el párrafo 4 del artículo 14 de la Convención se considera al Plan Amplio y Multidisciplinario de Actividades Futuras para la Fiscalización del Uso Indebido de Drogas aprobado por la Conferencia (*Informe de la Conferencia Internacional sobre el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas, Viena, 17 a 26 junio de 1987* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.87.I.18), cap. I, secc. A) como una de las bases en que podrían apoyarse las partes para adoptar medidas adecuadas tendientes a eliminar o reducir la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

¹⁰*Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 1986, Suplemento No. 3 (E/1986/23), cap. X, secc. A.*

talecimiento de las obligaciones en materia de extradición por delitos relacionados con el tráfico de drogas; medidas para supervisar y fiscalizar sustancias químicas, solventes y precursores específicos que se utilizan en la elaboración y fabricación ilícitas de drogas sometidas a fiscalización; medidas para garantizar que los porteadores comerciales no sean utilizados para transportar estupefacientes y sustancias sicotrópicas ilícitas, incluido el establecimiento de un sistema de sanciones; medios de cooperación entre países, en particular entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley, para el intercambio de información así como para el establecimiento de mecanismos de comunicación conjuntos, el suministro de asistencia con fines de formación y el intercambio de expertos, incluida la asignación de funcionarios de enlace en materia de drogas según proceda, teniendo en cuenta los problemas especiales de los Estados de tránsito; fortalecimiento de la cooperación entre los países para prestar asistencia mutua jurídica y judicial en casos relacionados con el tráfico de drogas y promoción de asistencia mutua en asuntos de investigación y procesamiento; entrega vigilada; idoneidad de las sanciones por delitos relacionados con el tráfico de drogas; fortalecimiento de la cooperación mutua entre los Estados para la supresión del tráfico ilícito de drogas en alta mar; medidas para reducir el tráfico ilícito y no fiscalizado de las plantas de las que extraen estupefacientes, y en particular la prevención, la sustitución y la erradicación de los cultivos; ampliación de la fiscalización en zonas y puertos francos; prevención de la recepción, posesión y transferencia de equipo para la fabricación, la composición o la elaboración ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas; y prevención de la utilización de los servicios postales para el transporte ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. La Comisión pidió también al Secretario General que preparara un proyecto preliminar de Convención que contuviese los elementos especificados y que distribuyese dicho proyecto a los miembros de la Comisión y a otros gobiernos interesados, a fin de recabar sus comentarios y sus propuestas de modificación de los textos.

17. Atendiendo a la petición de la Comisión, el Secretario General preparó un proyecto de texto compuesto de 14 artículos que correspondían a los elementos recomendados por la Comisión para su inclusión en el proyecto, y una explicación de su contenido sustantivo¹¹. Este proyecto de texto preliminar, y una compilación de los comentarios o cambios presentados por los gobiernos (E/CN.7/1987/2/Add.1), fueron examinados por la Comisión en su 32.º período de sesiones. El proyecto no contenía ninguna disposición o artículo preambular que tratase de los mecanismos y medidas para aplicar la Convención ni cláusulas finales, por considerarse que su formulación era prematura en esa etapa y requería más orientación de la Comisión.

Labor del grupo intergubernamental de expertos abierto a la participación general

18. Tras un debate general sobre el enfoque y el contenido del proyecto y un examen artículo por artículo, la Comisión llegó a la conclusión de que, a fin de expeditar la elaboración de la Convención para que pudiese entrar en vigor lo antes posible, como había pedido la Asamblea General en su resolución 41/126, era necesario establecer un grupo intergubernamental de expertos abierto a la participación general cuya única tarea consistiría en examinar un documento de trabajo que prepararía a tal fin al Secretario General. En ese documento se consolidarían el proyecto prepara-

¹¹*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CN.7/1987/2.

do por el Secretario General, los comentarios hechos por los gobiernos y los miembros de la Comisión participantes en el 32.º período de sesiones en febrero en 1987, y los resultados de las deliberaciones de ese período de sesiones, así como los comentarios del grupo de trabajo oficioso que había examinado el artículo sobre definiciones durante el período de sesiones. Contendría también un proyecto de preámbulo, una sección sobre el mecanismo de aplicación y un proyecto de cláusulas finales. Se invitó a los Estados a que presentaran comentarios para su examen por el grupo de expertos. El Consejo Económico y Social respaldó las decisiones de la Comisión en su resolución 1987/27 y confirmó que el grupo de expertos establecido se reuniría, de ser necesario, dos veces durante 1987.

19. El grupo de expertos, por consiguiente, celebró dos períodos de sesiones en 1987, el primero del 29 de junio al 10 de julio y el segundo del 5 al 16 de octubre. Tuvo ante sí un documento de trabajo (DND/DCIT/WP.1) preparado por el Secretario General. En un total de 39 sesiones plenarias, el grupo de expertos examinó los 14 artículos incluidos en el proyecto y realizó un intercambio preliminar de opiniones sobre el preámbulo, las medidas para la aplicación y las cláusulas finales.

20. En su cuadragésimo segundo período de sesiones, la Asamblea General dio nuevas instrucciones para acelerar la preparación del proyecto de Convención¹². En su resolución 42/111, la Asamblea, observando que el grupo de expertos no había tenido tiempo suficiente para examinar minuciosamente todos los artículos, pidió al Secretario General que estudiase la posibilidad de organizar un tercer período de sesiones del grupo intergubernamental de expertos para que éste continuara la labor sobre el proyecto de Convención antes del décimo período extraordinario de sesiones de la Comisión, que se celebraría en febrero de 1988. Pidió también a la Comisión que considerase, y si fuese posible aprobase, el proyecto de Convención en su décimo período extraordinario de sesiones y formulara recomendaciones sobre las medidas que debían adoptarse con miras a concluir la elaboración de la Convención, incluida la posibilidad de celebrar la conferencia de plenipotenciarios para su aprobación en 1988.

21. El tercer período de sesiones del grupo intergubernamental de expertos abierto a la participación general se celebró del 25 de enero al 5 de febrero de 1988, y consistió de 15 sesiones plenarias. El grupo de expertos, que continuó basando sus deliberaciones en el documento de trabajo que había tenido ante sí en sus períodos de sesiones primero y segundo, finalizó sus deliberaciones sobre varios artículos, aprobó algunos textos revisados y propuso variantes cuando no se pudo lograr un acuerdo total. No tuvo tiempo de tratar las definiciones, las disposiciones del preámbulo, los artículos sobre la aplicación ni las cláusulas finales.

La labor del grupo de examen

22. La Comisión, en su décimo período extraordinario de sesiones, celebrado del 8 al 19 de febrero de 1988, tuvo ante sí los informes de los tres períodos de sesiones

¹²En la Declaración adoptada el 26 de junio de 1987 por la Conferencia Internacional sobre el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas (*Informe de la Conferencia Internacional sobre el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas, Viena 17 a 26 de junio de 1987* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.87.I.18), cap. I. Secc. B), la Conferencia había pedido que se finalizara con carácter de urgencia el proyecto de Convención para asegurar su entrada en vigor lo antes posible y complementar los instrumentos internacionales existentes).

del grupo intergubernamental de expertos¹³. La Comisión realizó un examen detallado de los proyectos de artículo preparados por el grupo de expertos y los otros proyectos que se le habían presentado, y decidió que ciertos artículos sobre los que se había logrado un acuerdo bastante general debían transmitirse a la conferencia prevista. Otros artículos, sin embargo, cuyo fondo constituía el núcleo del instrumento, debían ser objeto de nuevo examen. Éstos se referían a las definiciones, las cláusulas penales y la pertinencia de las sanciones; la identificación, localización, congelación, incautación y decomiso del producto del tráfico ilícito; la extradición, la asistencia judicial recíproca y la cooperación y la capacitación para la aplicación de la ley. Por recomendación de la Comisión, el Consejo, en su resolución 1988/8 decidió por lo tanto convocar a un grupo para que examinara el proyecto de texto de esos artículos con miras a presentarlo a la Conferencia; además, el grupo de examen podría revisar el proyecto de Convención en su totalidad, a fin de asegurar la coherencia. El grupo de examen consideraría también las cuestiones de organización relativas a la Conferencia y el proyecto de reglamento provisional que prepararía el Secretario General.

23. El grupo de examen se reunió del 27 de junio al 8 de julio 1988 y celebró 19 sesiones plenarias, durante las cuales examinó los artículos del proyecto que se le había transmitido y las cuestiones de organización relacionadas con la Conferencia¹⁴. El grupo de examen acordó transmitir a la Conferencia el texto de los artículos sobre los que había consenso y, respecto de los artículos sobre los que no se había podido llegar a un acuerdo, su texto con variantes. Estos textos, junto con los textos aprobados por la Comisión en su décimo período extraordinario de sesiones para su transmisión a la Conferencia, se presentaron a esta última como la propuesta básica¹⁵. También se remitieron a la Conferencia, para su consideración, varias propuestas nuevas del grupo de examen relativas al texto del proyecto de Convención¹⁶.

La Conferencia

24. Por recomendación de la Comisión, el Consejo, en su resolución 1988/8, decidió "convocar, de conformidad con el párrafo 4 del Artículo 62 de la Carta de las Naciones Unidas y en el marco de las disposiciones de la resolución 366 (IV) de 3 de diciembre de 1949, de la Asamblea General, una conferencia de plenipotenciarios para la aprobación de una convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

25. De conformidad con la resolución 1988/8 del Consejo, la Conferencia se celebró en Viena del 25 de noviembre al 20 de diciembre de 1988. Participaron en la Conferencia representantes de 106 Estados. También asistieron representantes de movimientos nacionales de liberación, organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas, organizaciones intergubernamentales y órganos interesados de las Naciones Unidas y órganos afines, y observadores de organizaciones no gubernamentales. La Conferencia estableció una Mesa, una Comisión de Verificación de Poderes y un Comité de Redacción. Estableció también dos comisiones plenarias (la

¹³*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documentos E/CN.7/1988/2 (Part II) y (Part IV).

¹⁴*Ibíd.*, documento E/CONF.82/3.

¹⁵*Ibíd.*, anexo II.

¹⁶*Ibíd.*, anexo IV.

Comisión I y la Comisión II) y dividió entre ellas los artículos del proyecto de Convención. El preámbulo y los artículos 1 a 5 del texto originalmente presentado a la Conferencia¹⁷ se asignaron a la Comisión I, y el resto de los artículos a la Comisión II. Se decidió que la Conferencia actuaría por consenso. Respecto de cada artículo, la Comisión pertinente tuvo ante sí la propuesta básica presentada a la Conferencia y las enmiendas a esa propuesta presentadas en nombre de los gobiernos. Cuando las deliberaciones sobre disposiciones específicas se estancaban, se celebraban consultas oficiosas para encontrar una fórmula de transacción entre las opiniones encontradas y se proponía un nuevo texto. En algunos casos, se establecieron grupos de trabajo oficiosos, en particular para llegar a un acuerdo sobre la elaboración de las complejas disposiciones del artículo 3, relativo a los delitos y las sanciones, o para elaborar el conjunto de cláusulas finales. Las consultas oficiosas y las deliberaciones de los grupos de trabajo oficiosos, aunque no se reflejan detalladamente en las actas oficiales, cumplieron una función decisiva en el logro del consenso sobre el proyecto de disposiciones. Las Comisiones Plenarias, tras llegar a un acuerdo sobre el texto de un artículo determinado, lo remitían al Comité de Redacción. Las Comisiones Plenarias informaron a la Conferencia del resultado de su labor y el Comité de Redacción presentó a la Conferencia un texto completo de proyecto de Convención. El texto fue aprobado por la Conferencia el 19 de diciembre de 1988 como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. La Convención tiene un preámbulo y 34 artículos, así como un anexo que contiene dos cuadros de sustancias utilizadas frecuentemente en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, que la Comisión de Estupefacientes enmienda periódicamente de conformidad con el artículo 12. La Convención fue abierta a la firma el 20 de diciembre de 1988 y, de conformidad con las disposiciones del artículo 26, siguió abierta a la firma hasta el 20 de diciembre 1989. Tras haberse alcanzado el número de ratificaciones y adhesiones dispuesto en el artículo 29, la Convención entró en vigor el 11 de noviembre de 1990.

¹⁷Éstos pasaron a ser los artículos 1 al 8 del texto definitivo.

Primera parte

DISPOSICIONES GENERALES

Preámbulo y artículos 1 y 2

PREÁMBULO

Comentarios generales

0.1 El preámbulo de un tratado, por sí solo, no tiene fuerza vinculante; no obstante, su importancia jurídica se ha reconocido y constituye, de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁸ uno de los elementos que deben tenerse en cuenta a los fines de la interpretación.

0.2 El preámbulo de la Convención de 1988 es más largo y de ámbito más amplio que las partes preambulares de los anteriores tratados de fiscalización de drogas. No sólo establece las intenciones de las partes y la finalidad del instrumento que han acordado concertar, sino también expone las directrices generales subyacentes, si no de todas, por lo menos de varias de las disposiciones de la Convención; aunque en este sentido es selectivo y en cierta medida poco sistemático, ya que no sigue la secuencia de los artículos de la Convención, proporciona una retrospectiva útil sobre algunos de los artículos y aclara su significado en el contexto general de la Convención.

0.3 Cabe tener presente que el proyecto de preámbulo presentado a la Conferencia por la Comisión de Estupefacientes¹⁹ no dio lugar a objeciones importantes u opiniones divergentes cuando fue examinado por la Comisión I. Sólo se presentó un número limitado de enmiendas, en gran parte de tipo editorial, y unas pocas adiciones²⁰. El proyecto, que había sido preparado por el Secretario General a petición de la Comisión, se basó esencialmente en los textos de las partes preambulares de las resoluciones adoptadas anteriormente por órganos de las Naciones Unidas que se ocupan del problema de las drogas, es decir, la Asamblea General, el Consejo Económico y Social y la Comisión y, por lo tanto, no estuvo expuesto a controversias.

Párrafo de apertura

Las Partes en la presente Convención

Comentarios

0.4 Las “Partes” a que se hace referencia en el párrafo de apertura del preámbulo son las entidades designadas específicamente en los artículos 26 y 27 de la Convención a las que se reconoce competencia para firmar y ratificar, aceptar, aprobar o

¹⁸Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331.

¹⁹*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, anexo II, págs. 74 y 75.

²⁰*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión I, 33a. sesión, párrs. 22 a 168.

confirmar formalmente la Convención, o adherirse a ella²¹. Comprenden no sólo a los Estados reconocidos formalmente en ese momento y Namibia²², sino también a las organizaciones regionales de integración económica que sean competentes para negociar, concertar y aplicar acuerdos internacionales sobre cuestiones reguladas por la Convención²³.

Primer párrafo

Profundamente preocupadas por la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad,

Comentarios

0.5 La preocupación expresada en el primer párrafo del preámbulo refleja las mismas consideraciones que llevaron a la Asamblea General a iniciar la preparación de un proyecto de convención contra el tráfico ilícito. En su resolución 39/141, la Asamblea expresó su preocupación por “las crecientes incidencias negativas del tráfico ilícito de drogas sobre la salud pública y el desarrollo económico y social de los pueblos que lesionan particularmente a la juventud”. La magnitud y la extensión del problema de las drogas en todo el mundo y sus consecuencias perniciosas se habían puesto de relieve en la Declaración de Quito contra el Narcotráfico y en la Declaración de Nueva York contra el Tráfico y Uso Ilícito de Drogas, que habían llevado a la Asamblea a adoptar su decisión²⁴. La misma preocupación por los sufrimientos humanos, la pérdida de vidas y los trastornos sociales que causa en todo el mundo el uso indebido de drogas y sus efectos sobre las estructuras económicas, sociales, políticas y culturales de los Estados se había expresado en la Declaración adoptada en 1987 por la Conferencia Internacional sobre el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas²⁵. Los informes anuales de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, así como las resoluciones adoptadas a lo largo de los años por la Comisión de Estupefacientes, tienen abundantes expresiones de preocupación y conclusiones similares.

0.6 La Convención de 1961 reconoció en su preámbulo que, “la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad”, mientras que en el Convenio de 1971 las partes advirtieron “con inquietud los problemas sanitarios y sociales que origina el uso indebido de ciertas sustan-

²¹Véanse, *infra*, los comentarios a los artículos 26 a 28.

²²Respecto de la situación especial de Namibia en el momento de la Conferencia, véanse los párrafos 26.3, 26.6 y 26.9 *infra*.

²³En los artículos 26 a 29 se hace referencia específicamente a las organizaciones regionales de integración económica.

²⁴Véase “Introducción”, párrs. 6 y 8).

²⁵*Informe de la Conferencia Internacional sobre el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas, Viena, 17 a 26 de junio de 1987* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.87.I.18), cap. I.

cias sicotrópicas”. El texto de la Convención de 1988 abarca el problema de la droga en toda su extensión; se refiere a los estupefacientes y las sustancias sicotrópicas y apunta al tráfico ilícito, así como a la producción y la demanda ilícita. En cuanto al significado que cabe atribuir a “tráfico ilícito”, hay que referirse a la definición dada en el artículo 1, es decir, “los delitos enunciados en los párrafos 1 y 2 del artículo 3 de la presente Convención”.

Segundo párrafo

Profundamente preocupadas asimismo por la sostenida y creciente penetración del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas en los diversos grupos sociales y, particularmente, por la utilización de niños en muchas partes del mundo como mercado de consumo y como instrumentos para la producción, la distribución y el comercio ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, lo que entraña un peligro de gravedad incalculable,

Comentarios

0.7 El texto del segundo párrafo del preámbulo no figuraba en la propuesta básica presentada a la Comisión I. Se introdujo durante las deliberaciones sobre el preámbulo bajo el patrocinio de 18 delegaciones. Dada la importancia otorgada a su contenido, se decidió colocarlo al comienzo del preámbulo. El sujeto del párrafo, es decir, la participación de los niños en el tráfico de drogas, se consideró una cuestión de suma gravedad²⁶.

0.8 Esta preocupación por los niños tiene su expresión sustantiva en el párrafo 5 del artículo 3 que, entre los hechos que confieren particular gravedad a los delitos cometidos, incluye la victimización o utilización de menores de edad o el hecho de que un delito establecido de conformidad con el párrafo 1 de ese artículo sea cometido en una institución educativa o en sus inmediaciones, o en otros lugares a los que los escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas y sociales. Además, en el párrafo 7 se estipula que las partes velarán por que sus tribunales o demás autoridades competentes tengan en cuenta la gravedad de esos delitos y sus circunstancias “al considerar la posibilidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de algunos de esos delitos”.

Tercer párrafo

Reconociendo los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados,

²⁶Véase la declaración detallada del representante del Perú (*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión I, 33a. sesión, párrs. 151 y 152).

Comentarios

0.9 La necesidad de reconocer la vinculación entre el tráfico ilícito y otros tipos de actividades delictivas organizadas, y los efectos desestabilizadores y perturbadores de esas actividades, se puso de relieve en las primeras etapas de la labor preparatoria²⁷. Más tarde se sugirió que también había que incluir en el preámbulo de la Convención una referencia apropiada a ese problema.

0.10 Hubo un debate en cuanto a si el tercer párrafo del preámbulo debía redactarse en términos generales o debía contener una enumeración de las actividades delictivas conexas que se establecían como objetivo. En definitiva, se acordó que debía ser lo más general posible y no debía destacar ninguna actividad delictiva específica. Tomando como base otras fuentes autoritativas²⁸, cabe deducir que el contrabando y el tráfico ilícito de armas, la subversión y el terrorismo internacional están comprendidos entre estas actividades. También podrían considerarse incluidos los fraudes económicos y comerciales. Se evitó deliberadamente el uso de la palabra “internacional” para calificar a esas actividades, a fin de indicar que con mucha frecuencia son de naturaleza local, especialmente en sus etapas iniciales. No obstante, quedó entendido y se dejó constancia en las actas²⁹ que la expresión “actividades delictivas organizadas” comprendía “todos los tipos de actividades delictivas, incluidas las actividades delictivas internacionales”.

0.11 En dos artículos de la Convención se exige a las partes que consideren la adopción de medidas específicas en relación con otras actividades delictivas. En virtud de los incisos *a*) y *b*) del párrafo 5 del artículo 3, pueden constituir circunstancias agravantes la participación, en un delito establecido en virtud del párrafo 1 del artículo, de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forma parte, o la participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas. En virtud del inciso *a*) del párrafo 1 del artículo 9, se dispone la colaboración a fin de facilitar “el intercambio rápido y seguro de información sobre todos los aspectos de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, incluso, siempre que las partes interesadas lo estimen oportuno, sobre sus vinculaciones con otras actividades delictivas”.

Cuarto párrafo

Reconociendo también que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad,

Comentarios

0.12 El cuarto párrafo utiliza un lenguaje muy general para caracterizar el tráfico ilícito como una “actividad delictiva internacional”. La Asamblea General, en su re-

²⁷Estas vinculaciones se reconocieron en el párrafo 5 de la Declaración de la Conferencia Internacional sobre el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas (véase la nota 25, *supra*).

²⁸Véanse, por ejemplo, la resolución 3 (S-VIII) de la Comisión de Estupefacientes y la resolución 40/121 de la Asamblea General.

²⁹*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/11, “Preámbulo” (E/CONF.82/ C.1/ L.18/ Add.8), párr. 8).

solución 39/42, había utilizado la misma expresión en la Declaración sobre la Fiscalización del Tráfico y el Uso Indebido de Drogas, adoptada en 1984. Se evitó incluir un lenguaje más preciso en la Convención. La expresión “crimen contra la humanidad”, que se había utilizado en el primer proyecto de la Convención, anexo a la resolución de la Asamblea General³⁰, fue considerada objetable por muchos Estados y no adecuada en el contexto de un instrumento concebido específicamente para suprimir el tráfico ilícito de drogas.

0.13 Si bien se ha reconocido que la actividad delictiva del tráfico ilícito tiene una dimensión internacional, se deja a cada parte la determinación del tipo de delito que puede constituir en virtud del derecho penal de esa parte. En el párrafo 11 del artículo 3 se dispone claramente que ninguna de las disposiciones de ese artículo afectará al principio de que la “tipificación” de los delitos a que se refiere queda reservada al derecho interno de cada parte.

Párrafos quinto y sexto

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,

Comentarios

0.14 Los párrafos quinto y sexto están estrechamente relacionados con el artículo 5, sobre decomiso, y el artículo 3, que se refiere al blanqueo de dinero³¹, y debe considerarse como una introducción a esas disposiciones. Las observaciones fácticas del quinto párrafo constituyen la base para la decisión expresada en el sexto párrafo de privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades, lo que a su vez lleva a la adopción de las medidas dispuestas en el artículo 5. El decomiso del producto derivado de la comisión de delitos que se dispone de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, es también una de las sanciones previstas en el inciso a) del párrafo 4 del artículo 3.

Séptimo párrafo

Deseosas de eliminar las causas profundas del problema del uso indebido de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, comprendida la demanda ilícita de dichas drogas y sustancias y las enormes ganancias derivadas del tráfico ilícito,

³⁰Véase “Introducción”, párrafos 9 y 12.

³¹Véanse también los comentarios a los incisos a), apartado v), y b) del párrafo 1 del artículo 3.

Comentarios

0.15 Aunque el tema de la Convención es el tráfico ilícito, se consideró necesario introducir en el preámbulo un párrafo que apuntara a la relación entre el uso indebido y el tráfico ilícito de drogas. Como en el proyecto original no había una disposición de este tipo, se hizo una propuesta a tal efecto en la Comisión I. El párrafo sirve de introducción al párrafo 4 del artículo 14, en el que se dispone que las partes adoptarán medidas adecuadas “tendientes a eliminar o reducir la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas con miras a reducir el sufrimiento humano y acabar con los incentivos financieros del tráfico ilícito”.

0.16 La referencia a las “causas profundas” del uso indebido de drogas dio lugar a algunos debates a raíz de las opiniones divergentes sostenidas por los Estados a este respecto. No obstante, se acepta en general que hay que tener en cuenta los factores sociales, económicos y culturales, en particular la falta de educación, el desempleo y la vivienda deficiente. En muchas resoluciones aprobadas por la Asamblea General, el Consejo Económico y Social y la Comisión, los Estados han pedido que se investiguen muchas de las posibles causas del uso indebido de drogas y que se adopten medidas apropiadas para eliminarlas, por lo menos las más graves. Las dos causas a que se hace referencia específicamente en el párrafo, es decir, la demanda ilícita y las ganancias derivadas del tráfico ilícito para las que se disponen medidas de decomiso, se tratan, respectivamente, en el párrafo 4 del artículo 14 y en el artículo 5.

Octavo párrafo

Considerando que son necesarias medidas de control con respecto a determinadas sustancias, como los precursores, productos químicos y disolventes, que se utilizan en la fabricación de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y que, por la facilidad con que se consiguen, han provocado un aumento de la fabricación clandestina de esas drogas y sustancias,

Comentarios

0.17 El octavo párrafo sirve de introducción al artículo 12. Enumera las categorías de sustancias que se usan con frecuencia en la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y que están reglamentadas por ese artículo: precursores³², productos químicos y disolventes.

0.18 La propuesta adición de un nuevo párrafo “reconociendo la necesidad de evitar todo efecto adverso sobre las actividades legítimas de las industrias de productos farmacéuticos y químicos” no fue aceptada³³. Se consideró que la naturaleza restrictiva de la oración hubiera introducido un tipo de cláusula de salvaguardia que estaba fuera de lugar en el preámbulo y que no tenía equivalentes en ningún otro párrafo preambular.

³²Véase el párrafo 12.8 *infra*.

³³*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/11, “Preámbulo” (E/CONF.82/ C.1/L.18/Add.8), secc. II., págs. 99 a 101, párr. 3 (“séptimo párrafo”).

Noveno párrafo

Decididas a mejorar la cooperación internacional para la supresión del tráfico ilícito por mar,

Comentarios

0.19 El noveno párrafo constituye un reconocimiento de la necesidad de mejorar la cooperación internacional para suprimir el tráfico ilícito por mar. Si bien el artículo 108 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982³⁴ impone a los Estados una obligación general de cooperar en esta esfera, se consideró necesario elaborar disposiciones más detalladas en el contexto específico de la Convención de 1988. Este aspecto se trata principalmente en el artículo 17³⁵.

Décimo párrafo

Reconociendo que la erradicación del tráfico ilícito es responsabilidad colectiva de todos los Estados y que, a ese fin, es necesaria una acción coordinada en el marco de la cooperación internacional,

Comentarios

0.20 El reconocimiento de que la erradicación del tráfico ilícito es “responsabilidad colectiva de todos los Estados” se expresó en la Declaración sobre la lucha contra el narcotráfico y el uso indebido de drogas, aprobada por la Asamblea General en su resolución 39/142. En la Declaración se pide también a los Estados que coordinen las estrategias para realizar este objetivo. La acción coordinada en el marco de la cooperación internacional es el ingrediente esencial de la Convención. Su expresión formal y su confirmación figuran en el artículo 2 y se extiende a todos los artículos sustantivos subsiguientes³⁶.

0.21 Al afirmar a este respecto la responsabilidad colectiva de todos los Estados y no sólo, ni siquiera especialmente, la de los afectados por problemas relacionados con la producción y el tráfico ilícitos o el uso indebido, el preámbulo coloca a la Convención en la categoría de los tratados multilaterales que responden a las preocupaciones o intereses generales que afectan en igual medida a todos los Estados de la comunidad internacional. La Asamblea General ha invitado repetidas veces a los Estados a que, en la medida en que puedan hacerlo, apliquen provisionalmente las medidas establecidas en la Convención, a la espera de su entrada en vigor para cada uno de ellos³⁷. Además, en el inciso *f*) del artículo 21 de la Convención se faculta a la Comisión a señalar a la atención de los Estados que no son partes las decisiones y recomendaciones que adopte en cumplimiento de la Convención, a fin de que dichos Es-

³⁴Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.84.V.3), documento A/CONF.62/121, anexo I.

³⁵Véanse también los comentarios a los incisos *a*), apartado ii), y *b*), apartado ii), del párrafo 1 del artículo 4.

³⁶Véanse, *infra*, los comentarios al artículo 2.

³⁷Véanse, por ejemplo, las resoluciones 44/140, S-17/2, anexo, y 45/146 de la Asamblea General.

tados examinen la posibilidad de tomar medidas de acuerdo con esas decisiones y recomendaciones.

Undécimo párrafo

Reconociendo también la competencia de las Naciones Unidas en materia de fiscalización de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y deseando que los órganos internacionales relacionados con esa fiscalización actúen dentro del marco de las Naciones Unidas,

Comentarios

0.22 La Convención de 1961, la Convención de 1961 enmendada y el Convenio de 1971 contienen un párrafo preambular similar.

0.23 La competencia de las Naciones Unidas en la esfera de la fiscalización de drogas tiene su origen en el Protocolo de 1946, que transfirió a las Naciones Unidas funciones previamente ejercidas en esa esfera por la Sociedad de las Naciones.

0.24 Entre los órganos internacionales de fiscalización de drogas que actúan en el marco de las Naciones Unidas figura el Consejo Económico y Social, el cual, bajo la autoridad de la Asamblea General, coordina las actividades de fiscalización de drogas y prepara proyectos de convenciones internacionales para la Asamblea, supervisa su aplicación y hace recomendaciones pertinentes a los gobiernos. En esta tarea, el Consejo cuenta con la asistencia y el asesoramiento de la Comisión de Estupefacientes, en su calidad de principal órgano normativo de las Naciones Unidas sobre cuestiones de fiscalización de drogas. La Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes cumple las funciones que se le asignan en los tratados de fiscalización de drogas en vigor y promueve el cumplimiento de sus disposiciones. El Secretario General también cumple las funciones dimanantes de tratados que se le han confiado en virtud de diversos instrumentos. En esta capacidad, cuenta con la asistencia del Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas, establecido de conformidad con la resolución 45/179 de la Asamblea General.

0.25 La Convención de 1988 asigna funciones específicas al Consejo Económico y Social en el artículo 22; a la Comisión de Estupefacientes en los artículos 12, 20 y 21; a la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes en los artículos 12, 22, 23 y 32; al Secretario General, en los artículos 5, 7, 12, 17, 20, 23, 27 a 31 y 34; y a la Corte Internacional de Justicia en el artículo 32.

Duodécimo párrafo

Reconociendo los principios rectores de los tratados vigentes sobre fiscalización de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y el sistema de fiscalización que establecen,

Comentarios

0.26 Los principios rectores de los tratados existentes en la esfera de los estupefacientes y las sustancias sicotrópicas que se reafirman en el duodécimo párrafo figuran en los preámbulos de la Convención de 1961, la Convención de 1961 enmendada

y el Convenio de 1971. En los comentarios a esos instrumentos se analiza detalladamente y se aclara el sistema de fiscalización establecido en virtud de sus artículos sustantivos para dar efecto a esos principios. Durante la labor preparatoria de la Convención de 1988 se destacó repetidamente que en el nuevo instrumento había que reconocer formalmente esos principios rectores. También se hizo hincapié en que la Convención de 1988 no debía derogar de manera alguna las disposiciones de los tratados anteriores. La clara intención de las partes fue que los cuatro instrumentos, considerados como un conjunto, formaran un sistema integrado basado en conceptos y principios comunes y constituyeran un marco jurídico amplio para la acción internacional. La Convención de 1988 no modifica las disposiciones ni afecta el funcionamiento de las convenciones y el convenio existentes³⁸.

Decimotercer párrafo

Reconociendo la necesidad de fortalecer y complementar las medidas previstas en la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, con el fin de enfrentarse a la magnitud y difusión del tráfico ilícito y sus graves consecuencias,

Comentarios

0.27 Los artículos 35 y 36 de la Convención de 1961 y de esa Convención enmendada, y los artículos 21 y 22 del Convenio de 1971, disponen que deben adoptarse medidas para combatir el tráfico ilícito y contienen disposiciones penales para castigar los delitos relacionados con las drogas. La opinión fue que esas disposiciones ya no bastaban para combatir eficazmente el tráfico ilícito, que se había desarrollado y diversificado desde la aprobación de esos instrumentos. Por lo tanto, se consideró necesario ampliar esas disposiciones y ajustarlas a las necesidades concretas de un instrumento dirigido específicamente contra el tráfico ilícito.

Decimocuarto párrafo

Reconociendo también la importancia de robustecer e intensificar medios jurídicos eficaces de cooperación internacional en asuntos penales para suprimir las actividades delictivas internacionales de tráfico ilícito,

Comentarios

0.28 El decimocuarto párrafo se propuso como párrafo adicional en la Comisión I. El texto original describía detalladamente los medios jurídicos de cooperación que se preveían, enumerando, como ejemplos, las esferas en que debía robustecerse la cooperación internacional en cuestiones penales para la supresión del tráfico ilícito, concretamente el decomiso, la extradición, la asistencia judicial recíproca y la entre-

³⁸Véanse, *infra*, los comentarios al artículo 25.

ga vigilada. No obstante, se consideró que no era apropiado incluir en el preámbulo un texto tan específico sobre las formas que podría adoptar dicha cooperación. Asimismo, toda lista de formas específicas de cooperación podría haber sido tildada de incompleta. Como se indica más adelante, varios artículos, incluidos los artículos 5, 6, 7 y 11, responden a las consideraciones expresadas en este párrafo.

Decimoquinto párrafo

Deseosas de concertar una convención internacional que sea un instrumento completo, eficaz y operativo, específicamente dirigido contra el tráfico ilícito, en la que se tomen en cuenta los diversos aspectos del problema en su conjunto, en particular los que no estén previstos en los tratados vigentes en la esfera de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas,

Comentarios

0.29 El texto del decimoquinto párrafo está tomado de la resolución 39/141 de la Asamblea General, en la que la Asamblea dispuso que se iniciara la preparación de la Convención. Como se refleja más adelante en los comentarios a cada artículo, la Convención satisface el criterio establecido en este párrafo preambular. Es específica en el sentido de que el objetivo de combatir el tráfico ilícito y sus consecuencias perjudiciales es fundamental para su contenido sustantivo de conformidad con su título. Es amplia, en el sentido de que abarca los diversos aspectos del problema del tráfico ilícito con arreglo a la definición del inciso *m*) del artículo 1, y en particular, como se menciona *supra* en los comentarios al decimotercer párrafo, los aspectos no previstos en los tratados existentes. Está concebida para ser efectiva y operativa ya que establece detalladamente la obligación de las partes de adoptar medidas concretas y apropiadas para realizar sus fines e instituye procedimientos para vigilar la aplicación apropiada de sus disposiciones.

Párrafo de cierre

Conviene en lo siguiente:

Comentarios

0.30 La Convención fue aprobada por la Conferencia el 19 de diciembre de 1988 y abierta a la firma el día siguiente³⁹. De los 106 Estados⁴⁰ participantes en la Conferencia, 43 firmaron la Convención el 20 de diciembre de 1988⁴¹.

³⁹*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/14, párr. 21; véase también "Introducción", párr. 25.

⁴⁰La lista completa figura en el Acta Final (*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/14, párr. 7).

⁴¹Afganistán, Argelia, Argentina, Bahamas, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, China, Chipre, Colombia, Côte d'Ivoire, Dinamarca, Egipto, España, Estados Unidos de América, Filipinas, Ghana, Guatemala, Honduras, Irán (República Islámica del), Israel, Italia, Jordania, Malasia, Mauricio, Mauritania, Nicaragua, Noruega, Panamá, Paraguay, Perú, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Unida de Tanzania, Santa Sede, Senegal, Suecia, Suriname, Turquía, Venezuela, Yemen, Yugoslavia, Zaire.

Artículo 1

DEFINICIONES

Comentarios de carácter general

1.1 Algunos de los términos incluidos en el artículo 1 de la Convención de 1988 ya se habían definido en la Convención de 1961 o en el Convenio de 1971. Esas definiciones por lo general se transcriben literalmente en el artículo 1 de la Convención de 1988, salvo cuando la Conferencia acordó que había una razón específica para no hacerlo, por ejemplo, en el caso de la definición de “tráfico ilícito” (véase el párrafo 1.14 *infra*).

1.2 Otros términos definidos en las convenciones anteriores, si bien se utilizan en la Convención de 1988, no figuran en el artículo 1. Este es el caso, por ejemplo, de los términos “cultivos”, “exportación”⁴², “importación”⁴³, “fabricación” y “producción” que figuran en el inciso a) del párrafo 1 del artículo 3 de la Convención de 1988, en el que se enuncian los actos que deben ser tipificados como delitos penales⁴⁴. En tales casos, las definiciones de los instrumentos anteriores se aplican a los términos utilizados en la Convención de 1988, sobre todo dado que en el apartado i) del inciso a) del párrafo 1 del artículo 3 se establece un vínculo expreso con las disposiciones de la Convención de 1961 y del Convenio de 1971.

1.3 Cabe tener en cuenta que en los presentes *Comentarios*, las definiciones de los términos incluidos en el artículo 1 se amplían en el análisis de ciertos artículos sustantivos. Por ejemplo, hay un examen más a fondo del significado de “decomiso” en la sección sobre el artículo 5, de “entrega vigilada” en virtud del artículo 11 y de “Estado de tránsito” en virtud del artículo 10. Además, en los *Comentarios* se proponen definiciones de los términos utilizados en la Convención que no están definidos en el artículo 1 ni en los instrumentos anteriores. Entre éstos figuran, por ejemplo, los términos “corretaje” (párrafo 3.25), “productos químicos” (párrafo 12.1), “conversión o transferencia de bienes” (párrafos 3.47 a 3.49), “entrega” (párrafo 3.24), “envío” (párrafo 3.26), “distribución” (párrafo 3.22), “extracción” (párrafo 3.16), “equipo” (párrafos 5.11 y 13.1), “puertos francos” y “zonas de libre comercio” (párrafo 18.1), “instigar” e “inducir” (párrafos 3.72 a 3.75), “instrumentos” (párrafo 5.11), “gestión” (párrafo 3.33), “materiales” (párrafos 5.11 y 13.1), “oferta” y “oferta para la venta” (párrafos 3.19 a 3.21), “organización” (párrafo 3.33), “*ordre public*” (párrafo 7.50), “precursores” (párrafo 12.1), “preparados” (párrafos 3.17 a 3.18 y 12.43 a 12.45), “disolventes” (párrafo 12.1) y “transporte” (párrafo 3.27).

⁴²Los instrumentos de 1961 y 1971 utilizan en inglés el término “*export*” en lugar de “*exportation*”.

⁴³Los instrumentos de 1961 y 1971 utilizan en inglés el término “*import*” en lugar de “*importation*”.

⁴⁴Estos términos se examinan en los párrafos 3.14, 3.15, 3.28 y 3.29 *infra*.

Parte introductoria e inciso a)

Salvo indicación expresa en contrario, o que el contexto haga necesaria otra interpretación, las siguientes definiciones se aplicarán en todo el texto de la presente Convención:

a) Por “Junta” se entiende la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes establecida por la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes;

Comentarios

1.4 La Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes fue creada⁴⁵ por la Convención de 1961, que contiene disposiciones detalladas sobre la composición y las funciones de la Junta⁴⁶, el mandato y la remuneración de sus miembros⁴⁷, su reglamento⁴⁸, las medidas que debe adoptar la Junta para administrar los sistemas de fiscalización establecidos en esa Convención⁴⁹ y los informes que debe preparar la Junta⁵⁰. Estas disposiciones fueron objeto de enmiendas considerables en el Protocolo de 1972, entre las que se destacan el aumento del número de los miembros de la Junta de 11 a 13⁵¹, la prolongación del mandato de tres a cinco años⁵², y la adición y enmienda de disposiciones relativas a las funciones de la Junta⁵³. La Convención de 1988 contiene nuevas disposiciones relativas a las funciones⁵⁴ y los informes⁵⁵ de la Junta.

Inciso b)

b) Por “planta de cannabis” se entiende toda planta del género *Cannabis*;

Comentarios

1.5 La definición de “planta de cannabis”, al igual que las definiciones de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, fue determinada por el Comité de Redacción de

⁴⁵La Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes sustituyó a dos órganos establecidos en tratados anteriores sobre estupefacientes: el Comité Central Permanente y el Órgano de Fiscalización de Estupefacientes.

⁴⁶Convención de 1961, artículo 9.

⁴⁷Ibíd., art. 10.

⁴⁸Ibíd., art. 11.

⁴⁹Ibíd., arts. 12 a 14.

⁵⁰Ibíd., art. 15.

⁵¹Convención de 1961 enmendada, párr. 1 del art. 9.

⁵²Convención de 1961 enmendada, párr. 1 del art. 10.

⁵³Convención de 1961 enmendada, párrs. 4 y 5 del art. 9 y arts. 12, 14 y 14 bis .

⁵⁴Convención de 1988, artículo 22.

⁵⁵Ibíd., art. 23.

la Conferencia con el asesoramiento del Presidente de la Comisión II⁵⁶. La definición es semejante a la de la Convención de 1961⁵⁷, en que se definen también los términos “cannabis”⁵⁸ y “resina de cannabis”⁵⁹. Estas últimas definiciones no se repiten en el texto de la Convención de 1988, cuyas disposiciones pertinentes⁶⁰ se refieren al cultivo de la planta como un todo. El género cannabis consiste de la única especie *Cannabis sativa* L., que es el nombre científico utilizado en la Convención de 1925 para la planta del cáñamo de la India.

Inciso c)

c) Por “arbusto de coca” se entiende la planta de cualesquiera especies del género *Erythroxylon*;

Comentarios

1.6 Esta definición reproduce también la de la Convención de 1961⁶¹, donde también figura una definición de “hoja de coca”⁶², que no se requiere en la Convención de 1988. Hay unas 200 especies del género *Erythroxylon*, dos de las cuales, *Erythroxylon coca* Lamarck y *Erythroxylon novaranatense* (Morris) Hieronymus, son importantes a los fines de este documento ya que sus hojas contienen cocaína y otros derivados de la ecgonina.

Inciso d)

d) Por “transportista comercial” se entiende una persona o una entidad pública, privada o de otro tipo dedicada al transporte de personas, bienes o correo a título oneroso;

Comentarios

1.7 La definición de “transportista comercial” es importante sobre todo para el artículo 15, ya que los transportistas comerciales son los sujetos de ese artículo. La definición abarca las personas naturales y las jurídicas y las entidades de derecho público y de derecho privado, cualquiera sea la forma jurídica que adopte la asociación comercial pertinente⁶³. Asimismo, la referencia final al transporte “a título oneroso”

⁵⁶*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 34ª sesión, párr. 89.

⁵⁷Convención de 1961, inciso c) del artículo 1.

⁵⁸Definida como “las sumidades, floridas o con fruto, de la planta de la cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con que se las designe” (Convención de 1961, inciso b) del artículo 1). La Convención de 1925 utilizaba el término “cáñamo de la India”.

⁵⁹Definida como la resina separada, en bruto o purificada, obtenida de la planta de cannabis” (Convención de 1961, inciso d) del artículo 1)

⁶⁰Véase el apartado ii) del inciso a) del párrafo 1 del artículo 3 y el párrafo 2 del artículo 14.

⁶¹Convención de 1961, inciso e) del artículo 1.

⁶²Convención de 1961, inciso f) del artículo 1.

⁶³El examen de esta definición en la Comisión II figura en *Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 3a. sesión, párrs. 56 a 91.

tiene por objeto abarcar todo tipo de remuneración, sea o no pecuniaria. Las disposiciones del artículo 15, que abarca, entre otras cosas, al lugar en donde se encuentran los negocios y el personal del transportista comercial, deja en claro que el artículo se refiere a entidades que realizan regularmente actividades de transporte, por oposición a toda persona que lleve bienes contra el pago de una remuneración en una ocasión aislada; las palabras “dedicada al transporte” transmiten este significado.

Inciso e)

e) Por “Comisión” se entiende la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas;

Comentarios

1.8 De conformidad con el Artículo 68 de la Carta de las Naciones Unidas, la Comisión de Estupefacientes es una de las comisiones funcionales del Consejo Económico y Social establecida en 1946 por su resolución 9 (I), en la que se establece también el mandato de la Comisión. Ese mandato fue ampliado en 1991 por resolución 1991/38 del Consejo Económico y Social y resolución 46/185 C, sección XVI de la Asamblea General. En los instrumentos de 1961, 1971 y 1988 se confieren también funciones a la Comisión⁶⁴, pero no hay disposiciones relativas a su composición ni a sus procedimientos; éstos los determinan el Consejo Económico y Social o la Asamblea General.

Inciso f)

f) Por “decomiso” se entiende la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente;

Comentarios

1.9 Esta definición reviste importancia principalmente en relación con el artículo 5, que trata del decomiso⁶⁵. En el texto inglés se hace referencia a “forfeiture”, a fin de atender a las necesidades de algunos ordenamientos jurídicos nacionales en que ese término es más apropiado que “confiscation”. Las versiones en francés y en español no incluyen la frase “which includes forfeiture where applicable”, dado que los términos “confiscation” en francés y “decomiso” en español se consideraron los únicos apropiados. Se subrayó, en particular, que en español debía evitarse el uso del término “confiscación” en el contexto del artículo 5. La Comisión I dejó constancia de su entendimiento de que la palabra “bien” utilizada en esta definición incluía también el concepto de “producto” y que la palabra “definitivo” indicaba que el decomiso, por ser el resultado final de un proceso legal, era diferente de las medidas provisionales⁶⁶.

⁶⁴En la Convención de 1988, por ejemplo, véanse los artículos 12, 20, 21 y 23.

⁶⁵Véase también el inciso a) del párrafo 4 del artículo 3.

⁶⁶*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/11, “artículo 3” (E/CONF.82/C.1/L.18/Add.2), secc. III, párr. 50.

Inciso g)

g) Por “entrega vigilada” se entiende la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I o el Cuadro II anexos a la presente Convención o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención;

Comentarios

1.10 Las disposiciones sustantivas relativas a la entrega vigilada figuran en el artículo 11, cuyo texto deja en claro que la decisión de utilizar esta técnica se deben adoptar caso por caso⁶⁷. Por esta razón, fue posible llegar a un acuerdo sobre una definición amplia en el artículo 1. Se pensó que algunos Estados podrían mostrarse reuuentes a prestar su conformidad al uso de la entrega vigilada respecto de sustancias utilizadas en la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas pese a la utilidad de la técnica, entre otras cosas, para descubrir laboratorios clandestinos. Por lo tanto, las disposiciones sustantivas adoptadas aseguran que ningún Estado estará obligado a prestar su conformidad al uso de la técnica de la entrega vigilada en casos en que lo considere inapropiado por cualquier motivo. La referencia a remesas “sospechosas” asegura que la técnica se pueda utilizar también en el caso de remesas de sustancias de las que sólo se sospecha que se van a dedicar a usos ilícitos⁶⁸. En virtud de esta definición, la técnica no se aplica a las remesas de divisas o equipo (véase el párrafo 11.28 *infra*).

Incisos h), i) y j)

h) Por “Convención de 1961” se entiende la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes;

i) Por “Convención de 1961 en su forma enmendada” se entiende la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes Enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes;

j) Por “Convenio de 1971” se entiende el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971;

⁶⁷Párr. 2 del artículo 11.

⁶⁸Véase *Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 10a. sesión, párrs. 1 a 7.

Comentarios

1.11 Estas definiciones proporcionan títulos abreviados útiles de los textos anteriores⁶⁹. En los instrumentos de 1961 y 1971 no aparecen títulos abreviados de instrumentos anteriores.

Inciso k)

k) Por “Consejo” se entiende el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas;

Comentarios

1.12 El Consejo Económico y Social se creó en virtud del Artículo 61 de la Carta de las Naciones Unidas. El Consejo tiene varias funciones en virtud de la Convención; por ejemplo, recibe los informes de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes⁷⁰ y, a petición de una parte, examina decisiones tomadas por la Comisión en virtud del artículo 12 acerca de la enmienda del contenido del Cuadro I o el Cuadro II⁷¹. En este último caso, el Consejo puede confirmar o anular esas decisiones.

Inciso l)

l) Por “embargo preventivo” o “incautación” se entiende la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal o por una autoridad competente;

Comentarios

1.13 En el proyecto de texto presentado a la Conferencia figuraban definiciones separadas (cada una con dos variantes) para los términos “embargo preventivo” e “incautación”⁷². Los países con diferentes ordenamientos jurídicos nacionales pueden utilizar uno de estos términos, o ambos; en las disposiciones del artículo 5 se usan como alternativos⁷³. Se decidió entonces combinar las definiciones, incluyendo

⁶⁹Véanse las notas explicativas al comienzo de los presentes *Comentarios*.

⁷⁰Párr. 7 del artículo 23.

⁷¹Párr. 7 del artículo 12.

⁷²Por “congelación” (variante A) se entiende la prohibición de transferir, convertir, enajenar o mover el producto decretada por un tribunal u otra autoridad competente; por “congelación” (variante B) se entiende la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes. Por “incautación” (variante A) se entiende el acto de hacerse cargo de la custodia o el control del producto por mandamiento de un tribunal o de otra autoridad competente; por “incautación” (variante B) se entiende la asunción de la custodia o el control de bienes por parte de una autoridad competente (*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, anexo, página 81).

⁷³Hay una excepción en el párrafo 3 del artículo 5, donde se usa sólo “incautación”; el contexto, sin embargo, es el de documentos bancarios, financieros o comerciales, más que de bienes o productos. En el inciso c) del párrafo 2 del artículo 7 se utiliza sólo el término “incautación” en la frase familiar “inspecciones e incautaciones”, en el contexto de la asistencia judicial recíproca.

para ambos términos la referencia a la naturaleza temporal de la medida adoptada. Se consideró que esta decisión ayudaba también a reducir las dificultades de traducción que planteaba cada término por sí solo. De igual modo, se utilizan los dos términos “custodia” y “control”, ya que pueden tener diferentes connotaciones en el uso legal de diferentes Estados.

Inciso m)

m) Por “tráfico ilícito” se entiende los delitos enunciados en los párrafos 1 y 2 del artículo 3 de la presente Convención;

Comentarios

1.14 El término “tráfico ilícito”⁷⁴ figura en el título de la Convención, en la gran mayoría de los párrafos del preámbulo y en varios artículos. En el proyecto presentado a la Conferencia era un término clave en las disposiciones sustantivas, y su definición muy larga⁷⁵. La Conferencia decidió por último definir “tráfico ilícito” haciendo referencia a los delitos enunciados en los párrafos 1 y 2 del artículo 3. Ahora bien, en muchas de las disposiciones detalladas de la Convención no se utiliza el término “tráfico ilícito” en el sentido de su definición amplia sino se hace referencia a “los delitos enunciados en el párrafo 1 del artículo 3”. Esta expresión se utilizó para limitar las obligaciones dimanantes de esas disposiciones a los delitos más graves, por oposición a los delitos de posesión, adquisición o cultivo para consumo personal, que se consideraron de naturaleza menos grave. El término “tráfico ilícito” figura en el artículo 10 (Cooperación internacional y asistencia a los Estados de tránsito), el artículo 17 (Tráfico ilícito por mar), el artículo 18 (zonas y puertos francos), el artículo 19 (Utilización de los servicios postales), el artículo 20 (Información que deben suministrar las Partes) y el artículo 24 (Aplicación de medidas más estrictas que las establecidas por la presente Convención). Parecería que en el último de estos artículos

⁷⁴El término “tráfico ilícito” se incluyó entre las definiciones del artículo 1 de la Convención de 1961 (apartado i) del párrafo 1) y del artículo 1 del Convenio de 1971 (inciso j)). En la Convención de 1961 se lo definió como “el cultivo o cualquier tráfico de estupefacientes, contrarios a las disposiciones de la presente Convención” y en el Convenio de 1971 como “la fabricación o el tráfico de sustancias sicotrópicas contrarios a las disposiciones del presente Convenio”.

⁷⁵“Por ‘tráfico ilícito’ se entiende [entienden comprendidos] [entre otras cosas,] [la siembra,] el cultivo, [la recolección,] la producción, [la fabricación,] la manufactura, la extracción, la preparación, [el acondicionamiento,] la oferta, la puesta en venta, la distribución, [la posesión,] [el suministro,] [el almacenaje,] la compra, [la adquisición,] la venta, [la prescripción,] la entrega a cualquier título, el corretaje, la expedición, la expedición por correo, la expedición en tránsito, el transporte, la importación y la exportación [y el tráfico en cualquier otra forma] de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contravención a lo dispuesto por la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, por esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y por el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971. [Queda(n) comprendido(s) en el tráfico ilícito la posesión de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica con la intención de desarrollar cualquiera de las mencionadas actividades] [, así como el consumo o uso indebido de esas sustancias.] [Queda comprendido también el tráfico de sustancias incluidas en la Lista A y en la Lista B en contravención al artículo 8 de la presente Convención.] A los efectos de la presente Convención se consideran también tráfico ilícito la organización, la gestión, la financiación o la facilitación de las operaciones o actividades mencionadas” (*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, anexo, págs. 81 y 81). La Lista A y la Lista B de la propuesta básica que la Conferencia tuvo ante sí corresponden al Cuadro I y el Cuadro II de la Convención que se aprobó en definitiva.

el término debe tener un significado más amplio que el de la definición, ya que las medidas más estrictas pueden superar los límites fijados en los párrafos 1 y 2 del artículo 3. En el apartado i) del inciso b) del párrafo 5 del artículo 5 figura la expresión “tráfico ilícito y el uso indebido de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, pero en el contexto de la identificación de los órganos intergubernamentales que podrían recibir una parte del valor del bien decomisado.

Inciso n)

n) Por “estupefaciente” se entiende cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la Lista I o la Lista II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes;

Comentarios

1.15 Esta definición reproduce el fondo de la definición de la Convención de 1961. En el texto que figura en esta última Convención, a diferencia de su título, no se utiliza el término “estupefaciente” sino una definición del término “droga” que tiene el mismo significado que el que se utiliza en la Convención de 1988. Cabe tener presente que la adormidera, el arbusto de coca y la planta de cannabis no están comprendidos en la definición, aunque se los identifica en el párrafo 2 del artículo 14 de la Convención de 1988 como ejemplos de la categoría de “plantas que contengan estupefacientes o sustancias sicotrópicas”. Aunque ciertas disposiciones de la Convención de 1961 se aplican sólo a las drogas naturales por oposición a las sintéticas, esta distinción, aunque se repite en la definición de la Convención de 1988, no guarda relación con las finalidades de esta última.

Inciso o)

o) Por “adormidera” se tiende la planta de la especie *Papaver somniferum* L.;

Comentarios

1.16 La definición de “adormidera” sigue a la de la Convención de 1961, más que a la definición del Protocolo de 1953, que incluye también a todas las otras especies de *Papaver* que se pueden utilizar en la producción de opio. En virtud de la Convención de 1988, el delito establecido de conformidad con el apartado ii) del inciso a) del párrafo 1 del artículo 3 se limita a la adormidera en su definición del artículo 1. En virtud del párrafo 2 del artículo 14, sin embargo, la obligación consiste en adoptar “medidas adecuadas para evitar el cultivo ilícito de plantas que contengan estupefacientes y sustancias [...], tales como las plantas de adormidera”. Si se considera que una planta no pertenece a una variedad de la especie *Papaver somniferum* L. sino a otra especie del género *Papaver*, pero se determina que permite producir sustancias estupefacientes, se la incluiría entonces en la categoría de plantas sujetas a esa obligación.

Inciso p)

p) Por “producto” se entiende los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3;

Comentarios

1.17 En el texto que se presentó a la Conferencia, la definición propuesta para el término “producto” era en realidad una variante de la definición del término “bienes”, y ambos términos figuraban bajo el epígrafe común de “bienes”⁷⁶. Ninguno de los proyectos de definición contenía referencia alguna a la fuente u origen del bien. La decisión de incluir esa referencia exigió que los términos “producto” y “bienes” se definieran separadamente.

1.18 La inclusión de las palabras “directa o indirectamente” resultó controvertida. Varios representantes expresaron sus dudas sobre este punto⁷⁷, y la inclusión de esas palabras puede haber contribuido a lo que un representante describió como una “incoherencia lógica” entre la definición y la parte sustantiva del texto⁷⁸. En dos casos, el texto de la Convención no logra establecer una relación clara con la definición del inciso p) del artículo 1. El primero se encuentra en el artículo 3, cuyo texto utiliza, en varias partes⁷⁹, la frase “bienes proceden de alguno de los delitos”; el segundo caso se da en el texto del inciso a) del párrafo 1 del artículo 5, que exige que cada parte adopte las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso del “producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3”. Parecería que las palabras “derivado de” utilizadas en el párrafo 1 del artículo 5 incorporan el sentido de la definición de producto y, por consiguiente, significan “obtenidos o derivados, directa o indirectamente de”. En el contexto del artículo 3, donde la palabra “producto” no se utiliza como tal, la situación es menos clara (véase el párrafo 3.46 *infra*).

Inciso q)

q) Por “bienes” se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;

Comentarios

1.19 Esta era la definición del término “producto” en los primeros borradores de la Convención⁸⁰, pero resultó claro que se necesitaban dos definiciones, una (la de “bie-

⁷⁶*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, anexo II, pág. 81. La única diferencia entre las dos variantes es que la definición de “bienes” contenía también una referencia a los “activos”.

⁷⁷*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/11, “Artículo 3” (E/CONF.82/C.1/L.18/Add.2), secc. III, párr. 50; y *Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones plenarias, 6a. sesión plenaria, párrs. 64 a 66.

⁷⁸*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones plenarias, 6ª sesión plenaria, párr. 66.

⁷⁹Apartados i) y ii) del inciso b) y apartado i) del inciso c) del párrafo 1 del artículo 3.

⁸⁰Véase *Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CN.7/1987/2, secc. II.

nes”) para hacer hincapié en que estaban incluidos bienes de todo tipo y la segunda (la de “producto”) que hiciera referencia al origen de los bienes. El lenguaje utilizado se ajusta bien a las diversas clasificaciones de bienes que se encuentran en los ordenamientos jurídicos nacionales. En algunos sistemas, los documentos legales que acreditan la propiedad del bien no son sólo elementos probatorios sino que tienen valor por sí mismos, y esto se tiene en cuenta en la definición.

Inciso r)

r) Por “sustancia sicotrópica” se entiende cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural que figure en las Listas I, II, III o IV del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971;

Comentarios

1.20 En este inciso se reproduce la definición utilizada en el Convenio de 1971. La distinción entre las sustancias pertinentes como sustancias naturales o sintéticas o como materiales naturales no tiene significación jurídica en el contexto de la presente Convención⁸¹.

Inciso s)

s) Por “Secretario General” se entiende el Secretario General de las Naciones Unidas;

Comentarios

1.21 Al igual que en los instrumentos de 1961 y 1971, el Secretario General de las Naciones Unidas tiene dos tipos de funciones en virtud de la Convención de 1988. La primera se refiere a la aplicación de las disposiciones sustantivas de la Convención, como en el artículo 5 (recepción de los textos de leyes y reglamentos, que implica la obligación de transmitir esa información cuando corresponda)⁸², el artículo 7 (recepción de diversos tipos de información necesaria para la aplicación práctica de la asistencia judicial recíproca)⁸³, el artículo 12 (tareas relacionadas con la labor de la Junta, la Comisión y el Consejo en relación con el Cuadro I y el Cuadro II⁸⁴ y también en la aplicación de las disposiciones relativas a la información sobre exportaciones)⁸⁵, el artículo 17 (recepción de designaciones de autoridades encargadas de responder a peticiones de adopción de medidas en caso de tráfico ilícito por mar)⁸⁶, el artículo 20 (recepción de diversos tipos de información proporcionada por las par-

⁸¹No tiene virtualmente ninguna significación en el texto de 1971 (véanse los Comentarios al Convenio de 1971, comentarios sobre el inciso e) del artículo 1).

⁸²Inciso e) del párrafo 4 del artículo 5.

⁸³Párrafo 8 (autoridades designadas) y párrafo 9 (necesidades de traducción) del artículo 7.

⁸⁴Párrafos 3, 6 y 7 del artículo 12.

⁸⁵Párrafo 10 del artículo 12.

⁸⁶Párrafo 7 del artículo 17.

tes)⁸⁷ y el artículo 23 (distribución de los informes de la Junta)⁸⁸. El segundo tipo de funciones tiene que ver con las obligaciones que incumben al depositario de la Convención. Esta función se asigna al Secretario General en el artículo 34 y hay otras tareas conexas impuestas en virtud de otras cláusulas finales⁸⁹.

Inciso t)

t) Por “Cuadro I” y “Cuadro II” se entiende la lista de sustancias que con esa enumeración se anexa a la presente Convención, enmendada oportunamente de conformidad con el artículo 12;

Comentarios

1.22 El proyecto que tuvo ante sí la Conferencia se refería a la “Lista A” y la “Lista B”. Estos términos se sustituyeron por “Lista I” y “Lista II” durante las negociaciones, utilizando los términos consagrados en los instrumentos de 1961 y 1971, y finalmente se sustituyeron por “Cuadro I” y “Cuadro II” a sugerencia del Comité de Redacción. (Véanse los comentarios sobre el artículo 12 en el párrafo 12.8 *infra*, donde se dan detalles sobre el tipo de sustancias incluidos en el Cuadro I y el Cuadro II y sobre el empleo del término “precursor”.)

Inciso u)

u) Por “Estado de tránsito” se entiende el Estado a través de cuyo territorio se hacen pasar estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II, de carácter ilícito, y que no es el punto de procedencia ni el de destino definitivo de esas sustancias;

Comentarios

1.23 En el comentario sobre el artículo 10 *infra* (véanse en particular los párrafos 10.3 y 10.4) figuran los antecedentes de las disposiciones de la Convención de 1988 relativas a los Estados de tránsito y algunas explicaciones sobre las razones de la inclusión de la definición.

⁸⁷Párrafo 1 del artículo 20.

⁸⁸Párrafo 2 del artículo 23.

⁸⁹Véanse los artículos 27 a 32.

Artículo 2

ALCANCE DE LA PRESENTE CONVENCION

Comentarios de carácter general

2.1 En diversas etapas de las deliberaciones que tuvieron lugar durante la labor preparatoria, se señaló que, a fin de producir un instrumento que resultara aceptable para el mayor número posible de Estados, sería conveniente incluir en varios artículos, si no en todos, cláusulas de salvaguardia apropiadas, teniendo en cuenta la existencia de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales y las leyes internas de los Estados interesados. También se sostuvo la idea de que, además de incluir esas cláusulas de salvaguardia, sería conveniente diseñar un artículo separado de aplicación general, que abarcara a la Convención en su conjunto y que asegurara que las obligaciones asumidas por las partes de manera alguna infringen los principios jurídicos universalmente reconocidos, como la igualdad soberana y la integridad territorial de los Estados. Esto se consideró particularmente importante en vista del gran alcance y, en muchos casos, el carácter innovador de las disposiciones penales de la Convención.

2.2 El representante de México presentó en el grupo de examen del proyecto de Convención una propuesta formal de introducir un nuevo artículo en ese sentido⁹⁰. El texto propuesto se sometió al examen de la Comisión I como artículo 1 *bis*⁹¹. Sin embargo, en vista de las fuertes objeciones que plantearon formalmente algunos representantes, no fue considerado en su forma original. Varias delegaciones, tras celebrar consultas, presentaron una versión revisada, más concisa y menos controversial⁹². El texto revisado constituyó el marco del texto final del artículo 2 que se aprobó más tarde.

2.3 A fin de disipar dudas sobre la necesidad de dicho artículo en vista de las numerosas cláusulas de salvaguardia incluidas en toda la Convención⁹³ y para acallar los temores de que podría interpretarse como una cláusula general de escape que permitiría a las partes evadir sus obligaciones, el representante del Canadá, en su calidad

⁹⁰*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, cap. III, párr. 120.

⁹¹*Ibíd.*, documento E/CONF.82/11, "Artículo 1 *bis*" (E/CONF.82/C.1/L.18/Add.6), secc. III, párr. 3, pág. 103.

⁹²La propuesta revisada (*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/11 "Artículo 1 *bis*" (E/CONF.82/C.1/L.18/Add.6), secc. III, párr. 3, pág. 104, fue patrocinada por 42 delegaciones.

⁹³La Convención de 1988 contiene diversas cláusulas de salvaguardia o calificación (véanse, más adelante, los párrafos 1, 2, 5, y 10 del artículo 3; el párrafo 7 del artículo 5; los párrafos 8 y 10 del artículo 6; el párrafo 4 del artículo 7; el inciso c) del párrafo 1 del artículo 9; el párrafo 1 del artículo 11; y los comentarios a esos artículos). En comparación, la Convención de 1961 enmendada y el Convenio de 1971 contienen cláusulas de salvaguardia en tres artículos (artículos 35, 36 y 38 *bis*) y dos artículos (artículos 21 y 22), respectivamente.

de copatrocinador, explicó los fundamentos de la propuesta revisada⁹⁴. Señaló que ninguno de los principios enunciados en el artículo propuesto excedía el ámbito de los que figuraban en otros artículos del proyecto de Convención y que era útil destacar esos principios generales al comienzo del instrumento para que no hubiera lugar a interpretaciones erróneas. Si ese artículo, que no tenía equivalente en los instrumentos de 1961 y 1971, se consideraba necesario era porque el instrumento que se estaba considerando tenía un ámbito significativamente más amplio, en particular con respecto a sus disposiciones de carácter penal. Debía quedar claramente entendido, sin embargo, que la intención del artículo “no es abolir las obligaciones contraídas de conformidad con la convención ni rebasar los principios establecidos y universalmente aceptados del derecho internacional”⁹⁵.

2.4 La propuesta revisada fue enmendada nuevamente para dar un tono más positivo al texto. Finalmente se aprobó una versión revisada⁹⁶ en la que se destacaban las obligaciones de las partes dimanantes de la Convención; el texto se aprobó sin objeciones ni reservas de parte de ninguna delegación. Es actualmente el artículo 2.

2.5 El artículo 2 es una característica distintiva de la Convención de 1988. Aunque no fue concebido como una cláusula de salvaguardia suprema aplicable a todos los artículos de la Convención, tuvieran o no ellos mismos una cláusula de salvaguardia, el artículo 2 constituye una declaración de principios rectores para la interpretación correcta y la aplicación apropiada de los artículos sustantivos de la Convención. La elección de la palabra “alcance” para el título es, en sí misma, una indicación de su función. Indica que su finalidad es definir el objeto y la finalidad definitivos de la Convención, indicando al mismo tiempo el contexto legal en el que las partes deben cumplir sus obligaciones.

Párrafo 1

1. El propósito de la presente Convención es promover la cooperación entre las Partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional. En el cumplimiento de las obligaciones que hayan contraído en virtud de la presente Convención, las Partes adoptarán las medidas necesarias, comprendidas las de orden legislativo y administrativo, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos.

Comentarios

2.6 Cuando las partes optaron por enunciar el “propósito” de la Convención en el artículo 2, elevaron al nivel de un artículo vinculante una declaración que normal-

⁹⁴*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión I, 24a. sesión, párrs. 86 a 93.

⁹⁵*Ibíd.*, párr. 93.

⁹⁶*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/11, “Artículo 1 bis” (E/CONF.82/C.1/L.18/Add.6), secc. II, párr. 3 y secc. IV, párr. 13.

mente se encuentra en la parte preambular de un tratado. Tanto el lenguaje como el fondo resumen las intenciones de las partes enunciadas en el preámbulo, concretamente en el décimo párrafo, donde se reconoce que la erradicación del tráfico ilícito requiere “una acción coordinada en el marco de la cooperación internacional” y en el decimocuarto párrafo, donde se reconoce también “la importancia de robustecer e intensificar medios jurídicos eficaces de cooperación internacional en asuntos penales para suprimir las actividades delictivas internacionales de tráfico ilícito”.

2.7 La palabra clave en la primera oración es “cooperación”. Toda la Convención está estructurada teniendo presente este propósito. Cabe tener presente que las palabras “cooperación” o “cooperar” aparecen en varios artículos. Aun cuando no se las utiliza expresamente, se las debe considerar implícitas; casi no hay ningún artículo que pueda aplicarse plena y efectivamente sin alguna forma de cooperación internacional en los planos bilateral o multilateral. En el proyecto original del artículo propuesto, se había dicho que la Convención constituía “un instrumento de cooperación internacional”. Aunque este texto no se mantuvo en el texto final del artículo, la explicación sigue siendo válida y en varios artículos se invita expresamente a las partes a que concierten acuerdos bilaterales y multilaterales para aumentar la eficacia de la cooperación internacional que se requiere en virtud de esos artículos⁹⁷.

2.8 De la labor preparatoria puede inferirse que el lenguaje utilizado en la segunda oración no significa que las obligaciones asumidas por las partes en virtud de la Convención están sujetas al derecho interno. En nombre de los patrocinadores del texto considerado originalmente en la Comisión I, que no era sustancialmente diferente del texto aprobado, se subrayó que “la oración no ha de interpretarse de ninguna manera como una derogación de las obligaciones específicas contraídas por las partes. Por el contrario, tiene por objeto aclarar que, si bien las partes han contraído obligaciones, incumbe a cada una de ellas decidir qué leyes e instituciones necesitan establecer para cumplir dichas obligaciones”⁹⁸.

2.9 La oración es una declaración de hecho en el sentido de que las partes están obligadas a tomar medidas para introducir, en la forma que consideren apropiada, el tipo de legislación que satisfaga las exigencias de la Convención. Esas medidas, cualquiera sea su naturaleza o designación en los respectivos ordenamientos jurídicos de las partes (pueden consistir en estatutos, reglamentos u otros dictámenes oficiales), deben adoptarse “de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos”⁹⁹. Esta formulación debe entenderse en el sentido de que se refiere a los órganos legislativos y al proceso legislativo establecido en cada Estado por la ley fundamental del país. Abarca tanto las instituciones como el procedimiento.

2.10 Otras disposiciones de la Convención contienen frases similares, en el sentido de que las medidas que las partes deben adoptar asumirán diversas formas de confor-

⁹⁷Véanse los artículos 5, 6, 7, 9, 11, 14 y 17.

⁹⁸*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión I, 24a. sesión, párr. 88.

⁹⁹El lenguaje del texto francés, “*compatibles avec*”, podría parecer más restrictivo que “*in conformity with*”, utilizado en el texto inglés. Sin embargo, durante las deliberaciones no se hizo ninguna indicación de intención a tal efecto. En otras partes de la Convención, parecería que los términos “*in conformity with*” y “*consistent with*” son intercambiables.

midad con los ordenamientos jurídicos de esas partes y que éstas pueden ejercer su discreción en cuanto a las modalidades de aplicación de esas medidas. Hay frases de este tipo, por ejemplo, en el párrafo 9 del artículo 3, en cuanto a las medidas adecuadas que deben adoptar las partes para asegurar la comparecencia en el proceso penal “conforme a lo previsto en su propio ordenamiento jurídico”; en el párrafo 11 del artículo 3, en cuanto al enjuiciamiento y la sanción de los delitos “con arreglo a lo previsto en ese derecho [interno de la Parte]”; o en el párrafo 1 del artículo 9, sobre una colaboración estrecha “en armonía con sus [de las Partes] respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos”. Estas formulaciones deben distinguirse de las cláusulas de salvaguardia¹⁰⁰, que limitan las obligaciones de las partes en caso de que haya normas internas constitucionales o legislativas en conflicto al estipular que las partes deben adoptar ciertas medidas “conforme a”, “en la medida en que lo permita”, o “sin perjuicio de” los principios básicos de sus ordenamientos jurídicos nacionales. En algunos casos, los dos tipos de cláusulas se combinan cuando se requiere una medida “si su legislación lo permite y de conformidad con los requisitos de dicha legislación”¹⁰¹.

2.11 La segunda oración del párrafo 1 parecería indicar que ninguna de las disposiciones de la Convención se puede ejecutar directamente. A fin de cumplir sus obligaciones en virtud de la Convención, las Partes deben incorporar en su derecho interno, mediante medidas legislativas y administrativas, los elementos sustantivos pertinentes de sus disposiciones.

Párrafo 2

2. Las Partes cumplirán sus obligaciones derivadas de la presente Convención de manera que concuerde con los principios de la igualdad soberana y de la integridad territorial de los Estados y de la no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

Comentarios

2.12 En el párrafo 2 se reiteran principios universalmente aceptados y de larga data del derecho internacional relativos a la igualdad soberana y la integridad territorial de los Estados, y a la no intervención en los asuntos internos de otros Estados. Estos principios, estrechamente relacionados entre sí y consagrados en la Carta de las Naciones Unidas (párrafos 1 y 7 del Artículo 2), han sido reafirmados y refinados en subsiguientes documentos vinculantes, en particular la Declaración sobre los Principios del Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General en su resolución 2625 (XXV).

2.13 La razón de que estos principios se hayan reiterado en el artículo 2 es que la Convención, como ya se señaló más arriba, excede el ámbito de los anteriores trata-

¹⁰⁰Véase la nota 93 *supra*.

¹⁰¹Véanse el párrafo 10 del artículo 6 y los párrafos 4 y 9 del artículo 5.

dos de fiscalización de drogas en las cuestiones relacionadas con la aplicación de la ley y la asistencia jurídica recíproca.

2.14 Como se verá con mayor detalle en los comentarios sobre los respectivos artículos, en toda la Convención se tuvo cuidado de asegurar que no se plantearan controversias o fricciones entre las partes por no haberse cumplido estrictamente esos principios. Hay que hacer peticiones oficiales, y hay que conceder autorizaciones, para poner en marcha ciertos procedimientos u operaciones que requieren el consentimiento previo expreso de las partes.

2.15 En varios artículos se ha prestado especial atención a este problema. En el artículo 9 (Otras formas de cooperación y capacitación) se requiere que las partes obren con cautela al aplicar las formas de cooperación que se prevén. Se dispone, por ejemplo, la creación de equipos conjuntos “cuando sea oportuno, y siempre que no contravenga lo dispuesto en el derecho interno”. Se subraya que los funcionarios de cualquiera de las partes que integren esos equipos “actuarán conforme a la autorización de las autoridades competentes de la parte en cuyo territorio se ha de llevar a cabo la operación; en todos esos casos las partes de que se trate velarán por que se respete plenamente la soberanía de la parte en cuyo territorio se ha de realizar la operación”. En todos los casos, la cooperación debe iniciarse y realizarse “sobre la base de acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales”. El uso de la técnica de la entrega vigilada a nivel internacional, contemplado en el artículo 11, también está sujeto a acuerdos o arreglos mutuamente convenidos por las partes.

2.16 La concertación de acuerdos o arreglos formales o informales entre las partes, que se recomienda en varios artículos como medio de poner en práctica ciertas disposiciones de la Convención y aumentar la cooperación, contribuirá a fomentar el respeto de los principios de la igualdad soberana y la integridad territorial a que se refiere el párrafo 2.

2.17 En términos generales, ninguna parte tiene el derecho de iniciar acciones de represión en el territorio de otra parte sin el previo consentimiento de esta última. El principio de no intervención excluye todo tipo de intrusión territorial, incluidas las operaciones temporales o limitadas (las denominadas “operaciones rápidas”). Se prohíbe también el ejercicio de presiones en forma que no esté en consonancia con el derecho internacional a fin de obtener de una parte “la subordinación del ejercicio de sus derechos soberanos”¹⁰². Por ejemplo, sería contraria a las disposiciones de la Convención la realización por una parte sin autorización, dentro del territorio de otra parte, de investigaciones para detectar zonas de cultivo ilícito de plantas estupeficientes, o el rociado de esas zonas con fines de erradicación.

2.18 Sería inútil tratar de establecer una lista exhaustiva de las posibles violaciones de esos principios que pudieran resultar de la aplicación arbitraria e indiscriminada de disposiciones específicas de la Convención. Los hechos que estén sujetos a impugnación deberán ser tratados y resueltos caso por caso a la luz del desarrollo del derecho internacional, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada incidente¹⁰³.

¹⁰²Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, anexo), “Principio relativo a la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta”, párr. 2.

¹⁰³Véase el artículo 32 y los comentarios sobre el mismo *infra*.

2.19 Los patrocinadores del texto propuesto subrayaron que la referencia a la “integridad territorial de los Estados” no debía ser interpretado por las partes en ningún caso como trampolín para hacer valer su interpretación particular de los derechos a tierras o aguas¹⁰⁴.

Párrafo 3

3. Una Parte no ejercerá en el territorio de otra Parte competencias ni funciones que hayan sido reservadas exclusivamente a las autoridades de esa otra Parte por su derecho interno.

Comentarios

2.20 El párrafo 3 está vinculado conceptualmente al párrafo precedente y es complementario del mismo en lo que se refiere a las consecuencias de carácter práctico. Mientras el párrafo 2 establece, en un lenguaje afirmativo, un código de conducta al que deben ajustarse las partes en el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de la Convención, el párrafo 6 establece, en lenguaje negativo, lo que las partes no deben hacer para mantenerse en consonancia con las normas consuetudinarias aceptadas del derecho internacional. El ejercicio exclusivo de la jurisdicción territorial es un corolario de la soberanía y tiene la misma función que la prohibición de intervenir en los asuntos internos de otros Estados y de respetar debidamente la integridad territorial. El cumplimiento de esos principios constituye, de hecho, una garantía del ejercicio independiente de la jurisdicción y del desempeño de las funciones que un Estado considera comprendidas de su *domaine réservé*.

2.21 No obstante, al aceptar con carácter vinculante las obligaciones impuestas por la Convención en cuestiones que de otra forma podrían considerarse como incluidas en su *domaine réservé*, la parte no puede, a falta de una cláusula de salvaguardia específica, invocar una excepción a la jurisdicción exclusiva en relación con la aplicación de una de sus disposiciones. La interpretación amplia de que el derecho interno debe prevalecer en todos los casos anularía el objeto y el propósito de la Convención.

2.22 Las condiciones que rigen el establecimiento por las partes de la competencia prescriptiva están reguladas detalladamente en el artículo 4, que prevé el establecimiento de esa competencia sobre una base territorial o extraterritorial. El establecimiento de la competencia extraterritorial prescriptiva, ampliamente aceptado en virtud del derecho internacional, debe distinguirse de la facultad de ejercer la competencia y adoptar medidas de represión en el extranjero que, como se subraya en el párrafo 3 del artículo 2, están prohibidas en virtud del derecho internacional salvo cuando se realicen con el consentimiento del Estado interesado.

2.23 No se permite la realización de indagaciones o investigaciones, incluidas las operaciones encubiertas, en el territorio de otro Estado sin su consentimiento, en relación con delitos penales establecidos de conformidad con el artículo 3. Las condiciones para tomar medidas sobre la base de la cooperación están claramente estable-

¹⁰⁴ *Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión I, 24a. sesión, párr. 89.

cidas en el artículo 7 (Asistencia judicial recíproca), el artículo 9 (Otras formas de cooperación y capacitación) y el artículo 17 (Tráfico ilícito por mar).

2.24 De igual modo, no hay ningún derecho general de persecución a través de las fronteras territoriales. Ese derecho puede ser objeto de acuerdos especiales entre países vecinos, por ejemplo como el que existe entre los países del Benelux desde 1962, y entre las partes de los acuerdos de Schengen desde 1990. Cabe tener presente que, en esos casos, el delincuente arrestado durante operaciones realizadas en ejercicio del derecho de persecución deberá ser entregado a las autoridades locales competentes, que podrán mantenerlo en detención a la espera de la iniciación de los procedimientos de extradición. También hay que tener presente que, como se afirma en la jurisprudencia internacional, el carácter general y exclusivo que caracteriza a la soberanía territorial y sus consecuencias en cuanto a la competencia y las funciones, tiene una contrapartida en la obligación de un Estado de proteger dentro de su territorio los derechos de otros Estados y, más concretamente, el “deber de no permitir a sabiendas que su territorio sea utilizado para realizar actos contrarios a los derechos de otros Estados”¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Informes de la Corte Internacional de Justicia, 1949, pág. 18.

Segunda parte

DISPOSICIONES SUSTANTIVAS

Artículos 3 a 19

Artículo 3

DELITOS Y SANCIONES

Comentarios de carácter general

3.1 El artículo 3 es fundamental para promover los objetivos de la Convención establecidos en el preámbulo¹⁰⁶ y para realizar su propósito principal, establecido en el párrafo 1 del artículo 2, de “promover la cooperación entre las partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional”¹⁰⁷. A tal fin, requiere que las partes adopten las medidas legislativas que sean necesarias para establecer un código moderno de delitos penales relacionados con los diversos aspectos del tráfico ilícito y asegurar que esas actividades ilícitas sean tratadas como delitos graves por las autoridades judiciales y los ministerios públicos de cada Estado.

3.2 La filosofía subyacente en el artículo 3 es que el mejoramiento de la eficacia de los sistemas de justicia penal internos en relación con el tráfico de drogas es una condición para el aumento de la cooperación internacional. Ahora bien, aunque se adoptó la decisión de tratar en el párrafo 2 del artículo 3 los delitos de posesión, adquisición y cultivo con miras al consumo personal, se reconoció que, por diversas razones, incluidas las razones prácticas de carácter administrativo y de costos, las obligaciones impuestas en ciertas esferas clave como la extradición (artículo 6), el decomiso (artículo 5) y la asistencia judicial recíproca (artículo 7) estarían limitadas a los delitos de tráfico más graves establecidos de conformidad con el párrafo 1. Como se señaló en otras partes: “El artículo destaca e impone las mayores obligaciones internacionales respecto de los delitos que tienen un mayor impacto internacional”¹⁰⁸.

3.3 Desde un punto de vista práctico se reconoció que, dado el alcance y la ambición del artículo 3 y la naturaleza de las obligaciones impuestas, especialmente respecto de los delitos, muchos Estados que deseaban ser partes en la Convención tendrían que promulgar complejos instrumentos legislativos de aplicación para poder estar en condiciones de cumplir sus disposiciones. Es importante destacar que si bien la Convención procura establecer normas mínimas comunes de aplicación, nada impide a las partes adoptar medidas más estrictas que las dispuestas en el texto si desean hacerlo¹⁰⁹, con sujeción siempre al requisito de que esas iniciativas estén en

¹⁰⁶Véanse *supra*, los comentarios sobre el preámbulo.

¹⁰⁷Véanse también, *supra*, los comentarios al párrafo 1 del artículo 2.

¹⁰⁸“Report of the United States Delegation to the United Nations Conference for the adoption of a Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances”, 101st Congress, Senate, Exec. Rept. 101-15, pág. 26.

¹⁰⁹Véanse, *infra*, los comentarios sobre el artículo 24; véase también el artículo 39 de la Convención de 1961 y el artículo 23 del Convenio de 1971, que adoptan un criterio similar respecto de esta cuestión.

consonancia con las normas aplicables del derecho internacional público, en particular las normas relativas a la protección de los derechos humanos. Tampoco hay que perder de vista el hecho de que los involucrados en actividades de tráfico con frecuencia infringen leyes distintas de las relacionadas con las drogas. Como se señaló en el Plan Amplio y Multidisciplinario de Actividades Futuras en materia de Fiscalización del Uso Indebido de Drogas: “El tráfico ilícito [de drogas] no sólo viola la legislación nacional y los tratados internacionales sobre drogas sino que en muchos casos comporta además otras actividades antisociales como la delincuencia organizada, asociación para delinquir, sobornos, cohecho e intimidación de funcionarios públicos, evasión fiscal, violaciones de la legislación bancaria, transferencias monetarias ilegales, delitos de violación de las normas de importación o de exportación, delitos relacionados con armas de fuego y delitos de violencia”¹¹⁰. Por lo tanto, la eficacia de otras partes del sistema de justicia penal puede tener mucha importancia respecto de la eficacia de las actividades de aplicación de las leyes sobre drogas.

Párrafo 1, parte introductoria

1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

Comentario

3.4 La tipificación y el castigo del tráfico ilícito es una de las características básicas de la Convención, y las medidas dispuestas en el párrafo 1 son obligatorias para todas las partes.

3.5 Las disposiciones correspondientes de los artículos de la Convención de 1961, la Convención de 1961 en su forma enmendada y el Convenio de 1971 que tratan de las disposiciones penales¹¹¹ contienen la cláusula de salvaguardia “a reserva de lo dispuesto por su constitución”. Esta cláusula no se consideró apropiada en la Convención de 1988, aunque se utilizó una frase similar en el contexto particular del inciso c) del párrafo 1 del artículo 3, ya que los autores de la Convención estaban ansiosos por que el texto fuera plenamente vinculante, sin dejar lagunas que pudieran aprovechar las partes. En el contexto de la Convención de 1961, la Secretaría de las Naciones Unidas había dejado constancia de que no tenía conocimiento de ninguna limitación constitucional que impidiera a una parte en la Convención Única aplicar las disposiciones pertinentes de la Convención¹¹², por lo que era casi seguro que la cláusula de salvaguardia resultaría innecesaria.

3.6 Cada una de las partes tiene la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para establecer “ciertos delitos penales en su derecho interno”. Esta frase, que no hace referencia a ninguna clasificación de delitos (por ejemplo, como “delitos

¹¹⁰Informe de la Conferencia Internacional sobre el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas, Viena, 17 a 26 de junio de 1987 (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.87.I.18), cap. I, secc. A, párr. 223.

¹¹¹Convención de 1961, párrafo 1 del artículo 36; Convención de 1961 enmendada, inciso a) del párrafo 1 del artículo 36; Convenio de 1971, inciso a) del párrafo 1 del artículo 22.

¹¹²Comentarios a la Convención de 1961, párrafo 13 de los comentarios al artículo 36.

graves”) que pueda encontrarse en algunos ordenamientos jurídicos particulares, se escogió a fin de tener en cuenta los diversos criterios que se determinaron en las leyes nacionales sobre tráfico ilícito y delitos relacionados con las drogas. Cuando en un ordenamiento jurídico determinado se hace una distinción entre delitos penales e infracciones reglamentarias¹¹³, la Convención se refiere a esta última categoría.

3.7 Las diversas conductas enunciadas en el párrafo 1 del artículo 3 deben considerarse delitos penales sólo “cuando se cometan intencionalmente”; no se incluye la conducta no intencional. Es uno de los principios generales del derecho penal que el elemento de intención debe ser demostrado respecto de cada elemento fáctico de la conducta prohibida. No será necesario probar que el autor sabía que la conducta era contraria a la ley. La prueba del elemento de intención está sujeta a una disposición específica en el párrafo 3 del artículo 3. Por supuesto, cada parte puede disponer en su derecho interno que la conducta irresponsable o negligente es punible o, por cierto, imponer una responsabilidad estricta sin prueba de ningún elemento de culpa.

Apartado i) del inciso a) del párrafo 1

- a) i) La producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971;

Comentarios

3.8 En el apartado i) del inciso a) del párrafo 1, y también en otras partes del artículo 3¹¹⁴, se hace referencia expresa a las disposiciones de los instrumentos anteriores. Algunos sostuvieron que el texto de la Convención de 1988 a este respecto debía ser autónomo e independiente respecto de los tratados anteriores, cuestión que se consideró de especial interés para los Estados que podrían pasar a ser partes en la Convención de 1988 sin haber sido jamás partes de los instrumentos anteriores. La mayoría, sin embargo, se manifestó a favor de una vinculación explícita: los instrumentos anteriores, al establecer el sistema de fiscalización internacional de drogas, establecieron normas que permitían determinar la naturaleza ilícita de las actividades enunciadas en la nueva Convención, y se consideró, además, que un tratamiento coherente era sumamente deseable¹¹⁵. La referencia que se incluyó en el texto sirve para identificar las categorías pertinentes de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y distinguir entre usos lícitos e ilícitos.

3.9 En cuanto a la descripción de ciertos tipos de conducta como “en contra de lo dispuesto” en los instrumentos anteriores, cabe tener presente que esa Convención y

¹¹³Por ejemplo, en la *Ordnungswidrigkeiten* del derecho alemán.

¹¹⁴Apartado ii) del inciso a) del párrafo 1 y párrafo 2 del artículo 3.

¹¹⁵*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, cap. III, párr. 35.

ese Convenio, que necesariamente se aplican a nivel de derecho internacional público, no prohíben en sí mismos ninguna conducta de un individuo o grupos de individuos. La Convención de 1961 dispone que las partes deben adoptar medidas para considerar ciertos tipos de conducta como delitos¹¹⁶ y, por lo tanto, no puede ser un tratado aplicable directamente en derecho interno. Como lo explicó el Asesor Jurídico a la Conferencia de 1971, precisamente por haberse reconocido este hecho¹¹⁷ el lenguaje utilizado en el Convenio de 1971 fue aún menos directo: una parte considerará como delito “todo acto contrario a cualquier ley o reglamento que se adopte en cumplimiento de las obligaciones impuestas por este Convenio”¹¹⁸.

3.10 Resulta claro, sin embargo, que la referencia a los instrumentos anteriores tuvo por objeto reducir el alcance del texto de este apartado, que de otra manera hubiera sido demasiado amplio. Una interpretación justa parecería indicar que los tipos de conducta enunciados deben considerarse como delitos en las circunstancias que hubieran estado comprendidas en las obligaciones de las partes en los instrumentos anteriores. Por ejemplo, las drogas enumeradas en la Lista II de la Convención de 1961 están sujetas a un régimen menos exigente, que tiene en cuenta la existencia de un comercio legítimo sustancial al por menor en esas drogas¹¹⁹. Evidentemente, la intención no era que el artículo 3 de la Convención de 1988 impusiera un requisito adicional de que las partes consideraran como delito penal la oferta para la venta de esas drogas. De igual modo, en virtud del Convenio de 1971 una parte podrá notificar que prohíbe la importación de una o más de las sustancias de las Listas II, III o IV de ese Convenio, y otras partes podrán tomar medidas para asegurar que no se exporte al país interesado ninguna de las sustancias especificadas en la notificación¹²⁰. De esto se desprende que la “exportación” de sustancias a que se refiere el apartado i) debe interpretarse por referencia a la disposición del artículo 13 del Convenio de 1971.

3.11 En resumen, el efecto de las referencias a los instrumentos anteriores es incorporar por referencia los regímenes aplicables a categorías particulares de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. A tal fin, una parte en la Convención de 1988, al cumplir su obligación de tipificar como delito penal la conducta prescrita, debe tener en cuenta las disposiciones de los instrumentos anteriores, aun cuando no sea parte en ellos.

3.12 El texto del apartado i) del inciso a) del párrafo 1 sigue muy de cerca al texto del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de 1961. De los tipos de actividades enunciados en esa disposición, el “cultivo”, la “posesión” y la “adquisición” se tratan en forma separada en los apartados ii) y iii) del inciso a) del párrafo 1 y en el párrafo 2. Esta presentación facilita la referencia, en el caso del cultivo, la posesión y la

¹¹⁶En el párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de 1961, los tipos de actividades pertinentes se describen como “no conformes a las disposiciones de esta Convención”.

¹¹⁷*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas para la Aprobación de un Protocolo sobre Sustancias Sicotrópicas, Viena, 11 de enero de 1971 a 21 de febrero de 1971*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.73.XI.4), Actas resumidas de las sesiones plenarias, 12a. sesión plenaria, párr. 10; y Comentarios al Convenio de 1971, párrafo 2 de los comentarios sobre el inciso a) del párrafo 1 del artículo 22.

¹¹⁸Convenio de 1971, inciso a) del párrafo 1 del artículo 22.

¹¹⁹Convención de 1961, párrafo 2 del artículo 2 y párrafo 6 del artículo 30.

¹²⁰Convenio de 1971, artículo 13.

adquisición, a la finalidad de esas actividades y al tratamiento específico de esos delitos en relación con el consumo personal al que se hace referencia en el párrafo 2.

3.13 Algunos de los tipos de actividades enunciados en el apartado i) están definidos en la Convención de 1961; es conveniente examinar cada uno separadamente.

“Producción”

3.14 La “producción” se define en la Convención de 1961¹²¹ como “la separación del opio, de las hojas de coca, de la cannabis y de la resina de cannabis, de las plantas de que se obtienen”. La definición es específica en cuanto a los productos y las plantas de los que se obtienen y no se puede generalizar en razón de que en otros instrumentos internacionales, así como en muchas leyes nacionales y en la industria farmacéutica, “producción” se considera normalmente como sinónimo de “fabricación”. El término “producción” no se usa en el Convenio de 1971.

“Fabricación”

3.15 La “fabricación” se define en la Convención de 1961 y en el Convenio de 1971. La definición de 1961 dice que son “todos los procedimientos, distintos de la producción, que permiten obtener estupefacientes, incluidas la refinación y la transformación de unos estupefacientes en otros”¹²². En el Convenio de 1971, por “fabricación” se entiende “todos los procesos que permitan obtener sustancias sicotrópicas, incluidas la refinación y la transformación de sustancias sicotrópicas en otras sustancias sicotrópicas ... [y] asimismo la elaboración de preparados distintos de los elaborados con recetas en las farmacias”¹²³. Estas definiciones se examinan detalladamente en los comentarios a los instrumentos anteriores¹²⁴.

“Extracción”

3.16 El término “extracción” se usa en la Convención de 1961 pero no está definido. La extracción es la separación y recolección de una o más sustancias de una mezcla por cualquier medio: físico, químico o una combinación de ambos.

“Preparado”

3.17 La Convención de 1961 contiene una definición de la palabra “preparado”¹²⁵ pero ésta se refiere al sustantivo (utilizado en varios artículos de la Convención de 1961)¹²⁶, lo que denota el resultado de un proceso más que el proceso mismo de pre-

¹²¹Convención de 1961, inciso *t*) del párrafo 1 del artículo 1.

¹²²Convención de 1961, inciso *n*) del párrafo 1 del artículo 1.

¹²³Convenio de 1971, inciso *i*) del artículo 1. En el inciso *f*) del artículo 1 se define el término “preparado”; véase, sin embargo, el examen de esa palabra en los párrafos 3.17 y 3.18 *infra*.

¹²⁴Comentarios a la Convención de 1961, comentario sobre el inciso *n*) del párrafo 1 del artículo 1; y comentarios al Convenio de 1971, comentarios sobre el inciso *i*) del artículo 1.

¹²⁵“Una mezcla, sólida o líquida, que contenga un estupefaciente” (Convención de 1961, inciso *s*) del párrafo 1 del artículo 1).

¹²⁶Por ejemplo, los párrafos 3 y 4 del artículo 2.

parar algo. Por consiguiente, la definición de la Convención de 1961 se puede ignorar a los fines del presente comentario.

3.18 “Preparado”, que también se denomina “composición”, denota la mezcla de una cantidad determinada de una droga con una o más sustancias diferentes (aglutinantes, diluyentes), que posteriormente se divide en unidades o paquetes para usos terapéuticos o científicos. Esta explicación está apoyada por la secuencia de las palabras utilizadas: “preparado” viene inmediatamente antes de “oferta” y “oferta para la venta”.

“Oferta” y “oferta para la venta”

3.19 La similitud de los términos “oferta” y “oferta para la venta”, que indica la conveniencia de examinarlos juntos, puede inducir a error. En el texto francés no hay esa similitud, ya que *l’offre* se distingue de *la mise en vente*.

3.20 “Ofrecer” algo es presentarlo, o ponerlo a disposición, de modo que otro pueda recibirlo. Aunque la entrega a una persona de un estupefaciente o una sustancia sicotrópica como regalo no se menciona expresamente en el inciso, el proceso de hacer el regalo involucra normalmente la “oferta” o, si el receptor tiene la oportunidad de rechazarlo, la “entrega”.

3.21 La “oferta para la venta” incluye la exhibición de mercancías u otra indicación de que están a la venta. Parecería que incluye toda oferta expresa; por ejemplo, la pregunta “¿Estaría interesado en comprar X?”.

“Distribución”

3.22 Aunque el término “distribución” se puede utilizar cuando alguna cosa es compartida entre varias personas, una referencia más correcta sería a la noción de “contrato de distribución”, la función comercial para asegurar que las mercancías pasen del fabricante o importador al mayorista o al minorista. En otras palabras, se refiere al movimiento de mercancías a través de la cadena de abastecimiento¹²⁷.

“Venta”

3.23 La palabra “venta” no requiere más explicación. Hay que tener presente, sin embargo, que en este párrafo no se incluye el término “adquisición”¹²⁸.

“Entrega en cualesquiera condiciones”

3.24 El término “entrega” abarca claramente la entrega física de mercancías a una persona o en un lugar de destino, y no tiene importancia si es el resultado de una venta, o un regalo, o un arreglo en virtud del cual el receptor portará o transmitirá las mercancías a algún otro lugar. En algunos ordenamientos jurídicos la transferencia de documentos de propiedad relacionados con las mercancías, o de las llaves de las instalaciones de almacenamiento en que están guardadas, puede constituir la “entre-

¹²⁷Por ejemplo, los párrafos 3 y 4 del artículo 2.

¹²⁸Compárese con el epígrafe del artículo 30 de la Convención de 1961: “Comercio y distribución”.

ga” de las propias mercancías. La inclusión de las palabras “en cualesquiera condiciones” parece indicar que es procedente incluir esta interpretación amplia de la palabra entrega.

“Corretaje”

3.25 Un “corredor” es un agente empleado para negociar rebajas o contratos en nombre de otro. El corredor actúa como intermediario, negociador o “componedor”. En algunos ordenamientos jurídicos, el término se limita a personas que no están físicamente en posesión de las mercaderías pertinentes: un agente en posesión de las mercancías es un “factor” más que un “corredor”. En otros ordenamientos jurídicos, se considera que el corredor ha participado en el delito principal.

“Envío” y “envío en tránsito”

3.26 Los términos “envío” y “envío en tránsito” se refieren a la actividad de enviar mercaderías ya sea a un destino fijo conocido por el remitente o a un transportista que llevará las mercancías a un destino que puede ser desconocido para el remitente.

“Transporte”

3.27 El término “transporte” abarca el porte por cualquier medio (por tierra, por mar o por aire). Parecería que no se requiere un contrato de porte; el mero transporte gratuito queda comprendido en el ámbito del párrafo.

“Importación o exportación”

3.28 Los términos “importación” y “exportación” no se definen en la Convención de 1988, pero ambas palabras están definidas en la Convención de 1961¹²⁹. En ese instrumento significan “el transporte material de estupefacientes de un Estado a otro o de un territorio a otro del mismo Estado”, refiriéndose esta última parte de la definición a los territorios identificados como entidades separadas para el sistema de certificados y autorizaciones en virtud del artículo 31 de la Convención de 1961.

Apartado ii) del inciso a) del párrafo 1

- ii) El cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en la Convención de 1961 en su forma enmendada;

Comentarios

3.29 El apartado ii) del inciso a) abarca el cultivo de plantas específicas¹³⁰ con el propósito de producir estupefacientes. El tema del cultivo para consumo personal se

¹²⁹Convención de 1961, inciso m) del párrafo 1 del artículo 1.

¹³⁰Para las definiciones de “adormidera”, “arbusto de coca” y “planta de cannabis”, véase el artículo 1 de la Convención de 1961.

trató en el párrafo 2 del artículo 3. La referencia en el presente apartado a las disposiciones de la Convención de 1961 y de esa Convención en su forma enmendada es importante; en virtud de esos textos, ciertos tipos de cultivo son lícitos. El artículo 22 de la Convención de 1961 permite a las partes prohibir el cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis pero no exige esa medida en todos los casos. Cuando se permite el cultivo con fines lícitos, debe aplicarse un sistema de fiscalización¹³¹. En la Convención de 1961 se prescribe la destrucción de cualquier arbusto de coca ilícitamente cultivado, y en la Convención de 1961 en su forma enmendada se prescribe la destrucción de la adormidera y las plantas de cannabis ilícitamente cultivadas¹³².

Apartado iii) del inciso a) del párrafo 1

- iii) La posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica con objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado i);

Comentarios

3.30 En virtud del apartado iii) del inciso a), las partes deben tipificar como delitos penales la posesión de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, o su adquisición, independientemente de que el comprador tome realmente la posesión, cuando la adquisición o la posesión tiene por objeto realizar cualquiera de las actividades establecidas como delitos penales en virtud del apartado i) del inciso a) del párrafo 1 del artículo 3. La disposición no abarca la posesión o la adquisición para consumo personal, que se trata en el párrafo 2 del artículo 3.

Apartado iv) del inciso a) del párrafo 1

- iv) La fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para dichos fines;

Comentarios

3.31 La disposición del apartado iv) del inciso a) requiere el establecimiento de delitos penales y constituye una contrapartida de las disposiciones reglamentarias de los artículos 12 y 13. El artículo 12 dispone que las partes adoptarán las medidas que

¹³¹Para las definiciones de “adormidera”, “arbusto de coca” y “planta de cannabis”, véase el artículo 1 de la Convención de 1961.

¹³²Véase la Convención de 1961: artículo 23 (la adormidera, respecto de la cual véase también el artículo 25), artículo 26 (arbusto de coca y hojas de coca, respecto de los cuales véase también el artículo 27), y el artículo 28 (cannabis).

estimen adecuadas para evitar la desviación de las sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II, utilizadas en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas. El artículo 13 trata del comercio y la desviación de materiales y equipos destinados a la producción o fabricación ilícitas de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. En el presente inciso se utilizan varios términos cuyo significado ya se ha examinado¹³³. Este inciso debe compararse con el apartado ii) del inciso c) del párrafo 1 del artículo 3, que se refiere a la posesión de equipo, materiales o sustancias en contraposición a su fabricación, transporte o distribución. La disposición sobre “posesión” está sujeta a la cláusula de salvaguardia del inciso c), pero la tipificación de los delitos de fabricación, transporte y distribución es obligatoria para todas las partes.

Apartado v) del inciso a) del párrafo 1

- v) La organización, la gestión o la financiación de alguno de los delitos enumerados en los precedentes apartados i), ii), iii) o iv);

Comentarios

3.32 El sujeto principal de esta disposición son los dirigentes de los grupos traficantes de drogas; se la consideró de gran importancia para las actividades tendientes a desbaratar las principales redes de traficantes. Se consideró que su valor radicaba en el potencial para llegar a los más altos niveles del comercio en drogas ilícitas. Cabe tener presente que esta disposición constituye un fortalecimiento y una ampliación del alcance del apartado ii) del inciso a) del párrafo 2 del artículo 36 de la Convención de 1961, que se limitaba a las operaciones financieras relacionadas con el tráfico y que también estaba sujeta al funcionamiento de una cláusula limitativa, concretamente, “a reserva de lo dispuesto por su constitución, del régimen jurídico y de la legislación nacional de cada Parte”¹³⁴. Una disposición posterior de la Convención, el apartado iv) del inciso c) del párrafo 1 del artículo 3, que tiene como prefacio una cláusula de salvaguardia, trata en términos más generales de diversos tipos de participación en delitos, incluida la confabulación y la asistencia para cometerlos. El presente inciso impone con carácter obligatorio, sin ninguna cláusula de salvaguardia, la obligación de las partes de tipificar como delitos penales ciertos tipos de conducta, algunas de las cuales podrían considerarse como comprendidas en la disposición del apartado iv) del inciso c).

3.33 Las palabras “organización” y “gestión”, que no se definen, describen fielmente las actividades de los que participan en la delincuencia organizada pero se mantienen alejados de toda participación directa en el tráfico ilícito aunque dirigen las actividades de los subordinados. La palabra “financiación” abarca la disposición

¹³³Véanse el párrafo 2 del artículo 26 de la Convención de 1961 y el párrafo 2 del artículo 22 de la Convención de 1961 en su forma enmendada; para una sinopsis de las medidas de fiscalización aplicables a la adormidera, el arbusto de coca y la planta de cannabis, véase el párrafo 7 del artículo 2 de la Convención de 1961 en su forma enmendada.

¹³⁴Respecto de “cultivo”, véase el párrafo 3.29 *supra*; respecto de la “distribución”, véase el párrafo 3.22 *supra*; respecto de la “fabricación”, véase el párrafo 3.15 *supra*; respecto de la “producción”, véase el párrafo 3.14 *supra*; y respecto del “transporte”, véase el párrafo 3.27 *supra*.

relativa al capital necesario para las operaciones ilícitas y parecería tener un significado más estrecho que el término “operaciones financieras” utilizado en la Convención de 1961¹³⁵; otros tipos de conductas comprendidas en esta última expresión se examinan en relación con las disposiciones sobre blanqueo de dinero del inciso b) del párrafo 1 del artículo 3.

Consideraciones relativas a la aplicación: inciso a) del párrafo 1

3.34 Como se señaló *supra*, en virtud del inciso a) del párrafo 1 cada parte “adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente”, una lista bastante amplia de actividades que tienen importantes consecuencias en el ámbito internacional. Este inciso procura reforzar y suplementar las medidas de carácter penal contenidas en los instrumentos multilaterales preexistentes negociados bajo los auspicios de las Naciones Unidas. El artículo 36 de la Convención de 1961, y de esa Convención enmendada, y el artículo 22 del Convenio de 1971 son particularmente pertinentes en este contexto. La estrecha relación con estos instrumentos es especialmente evidente en los dos primeros incisos, que definen las actividades prohibidas de que se trata indicando que van “en contra de lo dispuesto” en los instrumentos pertinentes.

3.35 La utilización de este método de redacción asegura que los numerosos Estados que son partes de la Convención de 1961 en su forma enmendada y del Convenio de 1971, y que han incorporado efectivamente sus disposiciones en sus ordenamientos jurídicos internos, cuenten con el marco básico para cumplir las obligaciones asumidas, incluido el necesario sistema para determinar qué sustancias están sometidas a fiscalización y para qué fines lícitos se pueden fabricar, poseer y transferir esas sustancias. Sin embargo, aun esos Estados deberán examinar cuidadosamente las leyes preexistentes a fin de asegurar el pleno cumplimiento de sus obligaciones dimanantes de los apartados i) y ii) del inciso a). Esto se debe a que esas obligaciones son absolutas y, a diferencia de las anteriores disposiciones penales, no están sujetas a los efectos limitantes de las cláusulas de salvaguardia.

3.36 Pasar a ser parte en la Convención de 1961 en su forma enmendada y en el Convenio de 1971, y aplicarlos efectivamente, es una medida sumamente deseable para todo Estado que esté a punto de ser parte de la Convención de 1988, o haya pasado a serlo. En el presente contexto, cualquier Estado que no sea parte en todos los otros instrumentos pertinentes de fiscalización de drogas enfrentará una tarea mucho más compleja y difícil. Será necesario hacer un examen a fondo de las leyes nacionales existentes en relación con la clasificación y reglamentación del cultivo, la producción, la fabricación y el comercio lícitos de estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias químicas utilizadas en su fabricación, para determinar si son compatibles. Todo Estado que determine que su situación actual no es adecuada a este respecto, tendrá que tomar las medidas apropiadas. Los que contemplen modificaciones legislativas importantes podrían considerar la elaboración de una ley nacional única respecto de estas cuestiones¹³⁶.

¹³⁵Convención de 1961, apartado ii) del inciso a) del párrafo 2 del artículo 36.

¹³⁶Véase, por ejemplo, Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas, “Ley Modelo sobre la Clasificación y la Reglamentación del Cultivo, la Producción, la Fabricación y el Comercio Lícitos de Estupefacientes, Sustancias Sicotrópicas y Precursores”, *Legislación modelo* (junio de 1992), vol. I.

3.37 Para determinar la medida en que las leyes penales nacionales existentes se ajustan a los requisitos del inciso *a)* del párrafo 1, hay que tener presente que, siguiendo la práctica anterior, las obligaciones se expresan con un grado de generalidad deliberado. Por consiguiente, se deja a cada parte considerable flexibilidad para determinar la mejor forma, a la luz de sus tradiciones morales, culturales y legales, de asegurar el logro del objetivo fijado. Este importante factor se destaca aún más en el párrafo 11¹³⁷. Por consiguiente, no es necesario que las leyes penales nacionales pertinentes mencionen concretamente cada categoría y elemento singulares del inciso *a)* del párrafo 1. Lo que se requiere es que el derecho penal de cada parte, considerado como un conjunto, disponga una cobertura amplia. La obligación es de tipificar delitos penales. El recurso al establecimiento de infracciones administrativas en este contexto, por lo tanto, no satisfaría los requisitos de la Convención.

3.38 Una esfera en que las leyes existentes podrían ser insuficientes es la comprendida en el apartado iv) del inciso *a)* del párrafo 1. Como se recordará, esta nueva disposición dispone la tipificación como delito de la fabricación, el transporte o la distribución de equipo, materiales o las sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de sustancias fiscalizadas en virtud de los instrumentos de 1961 o 1971. La inclusión en este punto del requisito específico de que se conozca el uso final de las sustancias, además del requisito de que el delito se cometa en forma intencional, contenido en el texto preambular del inciso *a)* en su conjunto, subraya la dificultad de proyectar el derecho penal a esferas en que predomina la actividad comercial lícita. Es importante que al desarrollar un criterio nacional apropiado a este respecto se tenga en cuenta la estrecha relación que existe con las medidas de derecho penal previstas en el apartado ii) del inciso *c)* del párrafo 1 del artículo 3, así como con las medidas reglamentarias y de otro tipo que adoptarán las partes de conformidad con las disposiciones de los artículos 12 y 13¹³⁸.

3.39 Otra esfera en la que se han planteado dificultades en términos de aplicación efectiva es la comprendida en el apartado v) del inciso *a)*, es decir, la organización, gestión o financiación de alguno de los delitos graves mencionados en otras partes del inciso *a)*.

3.40 Al considerar estas cuestiones, algunos Estados han podido basarse en gran parte o exclusivamente en disposiciones legislativas amplias, a menudo junto con el delito incipiente de confabulación¹³⁹. En otros casos, los mecanismos tradicionales del derecho penal han sido complementados o sustituidos por nuevas estrategias legislativas diseñadas específicamente para combatir las dimensiones financieras y de gestión del tráfico de drogas o, en forma más general, la delincuencia organizada¹⁴⁰.

¹³⁷Véanse, *infra*, los comentarios sobre párrafo 11 del artículo 3.

¹³⁸Véanse, *infra*, los comentarios sobre los artículos 12 y 13.

¹³⁹Véanse, *infra*, los comentarios sobre el inciso *c)* del párrafo 1 del artículo 3 (véase también Italia, Decreto No. 309 de 9 de octubre de 1990).

¹⁴⁰La legislación de los Estados Unidos ha creado delitos penales especiales para esas actividades. Las categorías de derecho penal de empresa delictiva continuada, 21 USC s.848, y organizaciones corruptas o influenciadas por la mafia, 18 USC s.1961-1964, son particularmente importantes. En el artículo 222.34 del Código Penal francés de 1994 figura un delito penal específico a este respecto.

Inciso b) del párrafo 1

- b) i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas 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, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;
- ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que 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;

Comentarios

3.41 Las disposiciones del inciso *b)* del párrafo 1 atacan el blanqueo de dinero y, al igual que las disposiciones del inciso *a)*, imponen como obligación para todas las partes la tipificación de delitos. Su contenido y el estilo del texto dimanen en gran parte de la legislación en vigor en los Estados Unidos a este respecto¹⁴¹. En todos los casos comprendidos en estas disposiciones, el delito abarca sólo la conducta de que “se cometan intencionalmente”¹⁴². El inciso *b)* se divide en dos partes, la primera trata concretamente de los actos de conversión o transferencia de bienes y la segunda trata en forma más general de las medidas adoptadas para ocultar o encubrir el bien y los derechos e intereses en él.

3.42 El texto no hace ninguna referencia a una cuestión que en el período siguiente a 1988 planteó dificultades a los legisladores. El lenguaje utilizado, y en particular la referencia a la “transferencia”, puede aplicarse a la persona que comete el delito original (imputado). Algunos opinan, sin embargo, que el blanqueo de dinero es distinto del delito imputado y que el delito de blanqueo de dinero es esencialmente cometido por otra persona en apoyo del delito imputado. La Convención pareciera no obligar a las partes respecto de una u otra opinión sobre esta cuestión.

3.43 En todos los casos, el delincuente tiene que haber sabido que el bien de que se trata era derivado o bien de un delito establecido de conformidad con el inciso *a)* del párrafo 1 (o de varios de esos delitos) o de un acto de participación en un delito (o delitos) de ese tipo. La interpretación de las referencias a un “acto de participación” en un delito o delitos también plantea ciertas dificultades. El apartado iv) del inciso *c)* del párrafo 1 de este artículo de la Convención dispone la tipificación de delitos de participación, pero esa disposición está sujeta a una cláusula de salvaguar-

¹⁴¹18 USC 1956–57, posteriormente derogada y sustituida.

¹⁴²Párrafo introductorio del párrafo 1 del artículo 3.

dia, por lo que puede haber partes cuyas leyes no tipifiquen como delito el acto de participación en sí mismo. El texto de la presente disposición, sin embargo, se refiere a un “acto” de participación y no a “un delito” de participación. Parecería que cada parte debiera crear el delito de blanqueo de dinero en los términos del inciso *b*), cualesquiera sean las limitaciones que pudieran existir en su propio ordenamiento jurídico acerca de la tipificación del delito de participación.

3.44 El delincuente debe tener conocimiento de un delito (el delito imputado) o de un acto de participación en un delito. La cuestión del lugar en que se comete el delito imputado, o el acto de participación, no parece haber sido considerada durante las negociaciones. La cuestión se plantea cuando una persona transfiere un bien a un Estado, sabiendo que el bien tenía su origen en un delito cometido en otro Estado. Se pueden concebir ejemplos de mayor complejidad, por ejemplo, cuando la transferencia del bien es entre dos Estados o cuando el delito imputado se cometió en un Estado pero hubo también un acto de participación en otro Estado. El texto de la disposición, que no contiene ninguna limitación territorial, concordaría con la práctica reciente si en la legislación relativa a la aplicación se reflejase la posibilidad de que el delito imputado se hubiera cometido en un Estado distinto del Estado de la promulgación.

3.45 El delincuente debe tener conocimiento de que el bien se deriva de “cualquiera” de los delitos especificados. Esto parece indicar que no debe demostrarse que tenía conocimiento del delito preciso que se había cometido. El conocimiento de que el bien era derivado de alguna actividad de la mafia o de la delincuencia organizada insuficientemente definida no sería, sin embargo, suficiente. Por supuesto, las partes tienen libertad para definir el blanqueo de dinero con la amplitud que escojan, por ejemplo, extendiéndolo para que abarque los casos en que el delito imputado es de tráfico de drogas.

3.46 Gran parte de la legislación moderna en esta esfera utiliza el término “producto” para describir el bien derivado, directa o indirectamente, de una actividad delictiva. La palabra “producto” se define en la Convención de 1988 en este sentido preciso, 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”¹⁴³. La decisión de no utilizar el término “producto” en el inciso *b*) del párrafo 1 del artículo 3 puede haberse debido a un error, pero plantea la cuestión de si se puede considerar que la referencia a que el bien “procede” de ciertos delitos abarca los bienes “obtenidos directa o indirectamente” de esos delitos. Una interpretación amplia de la “procedencia” permitiría incluir también ciertos casos de “procedencia indirecta”.

3.47 El apartado i) del inciso *b*) trata de la “conversión o transferencia” de bienes. En el caso de bienes tangibles, estos términos pueden utilizarse para abarcar la transferencia del bien a otra persona sin modificaciones y la conversión del bien en otra forma (por ejemplo su venta o intercambio, de modo que el valor del bien esté representado por el dinero o el otro bien recibido). Con frecuencia, el bien tendrá la forma de dinero, que puede ser convertido en otra moneda o en algún otro tipo de bien, por ejemplo mediante el depósito en un banco o la compra de acciones o bonos. En su nueva forma, puede ser transferido, quizá de manera electrónica, a otra jurisdicción.

¹⁴³Inciso *p*) del artículo 1; véanse también los comentarios de los párrafos 1.17 y 1.18 *supra*.

3.48 La “transferencia” de bienes se considera normalmente como el acto del transferente más que el del transferido, o sea el receptor. En el caso de la “conversión” del bien (por ejemplo, mediante intercambio), ambas partes pueden ser consideradas como activas. Parecería, sin embargo, del tratamiento separado dado al término “adquisición” de bienes, que el receptor no estaría comprendido en la presente disposición.

3.49 El acto de conversión o transferencia debe hacerse no sólo de manera intencional (véanse los párrafos 3.7 y 3.41 *supra*) y con el conocimiento prescrito (véanse los párrafos 3.44 y 3.45 *supra*); el acto debe tener por objeto también uno de los dos propósitos establecidos en ese texto. Es evidente que hay un considerable solapamiento entre esos propósitos. Uno se expresa en términos del bien: el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito del bien. Toda conversión o transferencia de bienes puede tener el efecto de ocultar o encubrir los orígenes de los bienes; lo que se requiere es que se haga con ese propósito, con esa motivación. El otro propósito se expresa en términos de ayudar “a cualquier persona” (y en el texto no se habla de “cualquier otra persona”, por lo que es correcto incluir al propio delincuente) a evadir las consecuencias legales de su participación en la comisión del delito o los delitos. En muchos casos, ambos propósitos serán evidentes: el origen ilícito de los bienes se encubrirá a fin de reducir la posibilidad de decomisarlos y de sentenciar al delincuente.

3.50 El texto del apartado ii) del inciso b) es algo más amplio, ya que no se menciona expresamente ningún elemento de “propósito”, aunque esto parece estar implícito en el lenguaje utilizado. Abarca todos los actos intencionales, cometidos con el conocimiento de la procedencia ilícita del bien, lo cual equivale a la ocultación o el encubrimiento de la verdadera “naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes”. La “fuente” de los bienes puede incluir su origen físico (por ejemplo, el país desde el que se han importado) así como su procedencia. Algunos de los otros términos sencillamente tienen un significado coincidente; el movimiento de mercancías implica normalmente a su ubicación.

Consideraciones relativas a la aplicación: inciso b) del párrafo 1

3.51 Como se ha señalado, el apartado v) del inciso a) del párrafo 1 del artículo 3 expresa el concepto de que uno de los requisitos principales de toda estrategia eficaz para combatir el moderno tráfico internacional de drogas es proporcionar a la comunidad de autoridades de represión los instrumentos necesarios para socavar el poder financiero de las redes y grupos delictivos involucrados. A finales del decenio de 1980, se produjo un amplio consenso en la comunidad internacional en el sentido de que la tipificación del blanqueo de dinero como delito era un componente esencial de esa estrategia. El inciso b) del párrafo 1, considerado conjuntamente con el apartado i) del inciso c) del párrafo 1, tuvo por objeto satisfacer esta necesidad, aunque en el texto no se utiliza explícitamente el término “blanqueo de dinero” debido a su relativa novedad y a los problemas de traducción. Dado que este concepto no figuraba en ninguno de los instrumentos multilaterales anteriores, se lo expresó con cierto detalle¹⁴⁴. Pese a esto, las partes en la Convención de 1988 tienen bastante flexibili-

¹⁴⁴Véanse, *supra*, los comentarios sobre el inciso b) del párrafo 1 del artículo 3.

dad para determinar la forma más apropiada de satisfacer sus obligaciones a este respecto. En la práctica, algunas han promulgado leyes que utilizan un lenguaje similar al del inciso *b)* del párrafo 1 del artículo 3, mientras que otras han considerado conveniente utilizar estrategias alternativas, como la modificación del alcance de los delitos penales preexistentes. Ambos criterios son aceptables, en tanto abarquen toda la gama de conductas.

3.52 Desde que se elaboró la Convención de 1988 se han registrado considerables avances en la promoción de la comprensión de la naturaleza y extensión del proceso de blanqueo de dinero y la amenaza que plantea. Además, se ha ganado valiosa experiencia de la aplicación práctica de la legislación nacional pertinente y del perfeccionamiento y ulterior desarrollo de medidas para combatir el blanqueo de dinero en diferentes foros¹⁴⁵. Por lo tanto, puede ser sumamente conveniente que los encargados de aplicar esta importante disposición se familiaricen con esa evolución a fin de determinar si sería conveniente aprovechar la flexibilidad que concede el artículo 24 para adoptar medidas más ambiciosas que las estrictamente requeridas por la Convención.

3.53 Una de esas cuestiones es el alcance que se ha de dar al delito de blanqueo de dinero en la aplicación de la legislación. Si bien la obligación contenida en el inciso *b)* del párrafo 1 está limitada a la tipificación como delito del blanqueo de dinero en relación con bienes derivados de delitos graves de tráfico de drogas, en los últimos años se ha producido una tendencia que favorece la extensión del delito penal más allá del ámbito de los estupefacientes. Por ejemplo, ese criterio está consagrado en el artículo 6 del Convenio sobre el blanqueo, la investigación, la incautación y el decomiso del producto del delito de 1990 del Consejo de Europa, y apoyado por la quinta de las 40 recomendaciones aprobadas por el Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales en 1990. Estos precedentes internacionales se van reflejando cada vez más en el contenido del derecho penal de los diversos Estados, algunos de los cuales han extendido el alcance a todos los delitos mientras que otros han optado por hacerlo sólo respecto de ciertos delitos específicos de carácter grave¹⁴⁶. Estas novedades nacionales e internacionales reflejan la percepción de diversos especialistas y oficiales de organismos de represión y otras entidades de que un criterio específico relacionado con las drogas trae consigo varias desventajas. Por ejemplo, habría dificultades para probar que un producto determinado es atribuible a actividades de trá-

¹⁴⁵Véase W. Gilmore, *Dirty Money: the Evolution of Money Laundering Counter-Measures* (Estrasburgo, Council of Europe Press, 1995); y R. Parlout, ed., *Butterworths Guide to Money Laundering Law and Practice* (Londres, Butterworths, 1995).

¹⁴⁶Por ejemplo, al 28 de junio de 1996, de los 26 Estados miembros del Grupo de Acción Financiera, 25 habían promulgado leyes para tipificar como delito penal el lavado del dinero procedente de las drogas y 19 habían extendido el alcance más allá de los delitos relacionados con las drogas (véase Grupo de Acción Financiera Internacional sobre Lavado de Dinero, "Informe anual, 1995-1996", París, 28 de junio de 1996, pág. 11). A la luz de esta tendencia y de otros factores, el Grupo de Acción Financiera volvió a formular su posición como parte del examen de sus 40 recomendaciones originales. El nuevo texto de la recomendación 4 dice: "Cada país debería tomar las medidas necesarias, entre ellas las legislativas, para poder tipificar como delito el blanqueo de capitales tal y como se prevé en la Convención de Viena. Cada país debería ampliar el delito de blanqueo de capitales procedente del tráfico de estupefacientes al blanqueo de capitales procedentes de delitos graves. Cada país determinaría qué delitos graves deben ser considerados como delitos subyacentes al blanqueo de capitales" (Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales, "Informe anual, 1995-1996", París, 28 de junio de 1996, anexo I, pág. 3).

fico de drogas, especialmente cuando las personas involucradas participan en una amplia gama de actividades delictivas¹⁴⁷.

3.54 Otra cuestión que hay que considerar es si las corporaciones, como entidades distintas de sus empleados, deben estar sujetas a responsabilidad penal por lavado de dinero. Respecto de esta cuestión, tanto la Convención de 1988 como la Convención de 1990 del Consejo de Europa guardan silencio, pero la cuestión se ha examinado en cierta medida a nivel internacional. En 1990, el Grupo de Acción Financiera adoptó, en la sexta de sus recomendaciones, la opinión de que “en la medida de lo posible” debía imponerse esa responsabilidad¹⁴⁸. Hay otro antecedente útil en el artículo 14 del Reglamento Modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves, aprobado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 1992. La creación de un sistema de responsabilidad penal corporativa ayuda a resolver numerosas dificultades que se pueden plantear cuando son personas jurídicas las que realizan el lavado de dinero. Por ejemplo, cuando las estructuras de gestión son complejas resultará difícil o imposible identificar a la persona o personas responsables de la comisión del delito. En esos casos, la imposición de la responsabilidad a la persona jurídica puede ser la única opción para que esa actividad no quede impune. Asimismo, una sanción impuesta a una institución en lugar de a un individuo puede actuar como catalizador para la reorganización de las estructuras de gestión y supervisión a fin de asegurar que no se realicen actividades similares en el futuro.

3.55 Se reconoce en general que muchas operaciones complejas de lavado de dinero contienen características transnacionales conspicuas, por lo que se considera también en general que es importante que un Estado pueda enjuiciar a un individuo por su participación en esas actividades aun cuando la actividad delictiva subyacente que generó el producto tuvo lugar en otra parte. Si bien la Convención de 1988 no se refiere específicamente a esta cuestión, ese procedimiento es una práctica común. Por ejemplo, la definición de lavado de dinero que figura en el artículo 1 de la Directiva relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, emitida por el Consejo de Ministros de las Comunidades Europeas el 10 de junio de 1991, que se basa en gran parte en el criterio adoptado por la Convención de 1988, dispone que el lavado de dinero se produce también “cuando las actividades que generen los bienes que vayan a blanquearse se desarrollen en el territorio de otro Estado miembro o en el de un tercer país”¹⁴⁹.

¹⁴⁷Véase, por ejemplo, “Blanqueo de capitales y cuestiones conexas: la necesidad de la cooperación internacional” (E/CN.15/1992/4/Add.5) y “Informe y recomendaciones de la Conferencia Internacional sobre la prevención y represión del blanqueo de dinero y el empleo del producto del delito: un enfoque global” (E/CONF.88/7).

¹⁴⁸En Islandia, por ejemplo, las instituciones financieras están sujetas a responsabilidad penal corporativa por lavado de dinero (véase Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales, “Informe anual, 1994–1995), París, 8 de junio de 1995, pág. 9, nota 3; y *Liability of Enterprises for Offences: Recommendation No. R(88) adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 20 October 1988 and Explanatory Memorandum* (Estrasburgo, Consejo de Europa, 1990)).

¹⁴⁹Véase también el artículo 3 del Reglamento Modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves y el inciso *a*) del párrafo 2 del artículo 6 de la Convención del Consejo de Europa sobre lavado, búsqueda, incautación y decomiso del producto del delito (Estrasburgo, 1990).

3.56 Las disposiciones sobre lavado de dinero de la Convención de 1988 se limitan a introducir mejoras en los sistemas nacionales de derecho penal con los consiguientes beneficios para el alcance y la eficacia de la cooperación internacional. No se refieren a los elementos de la estrategia concebidos para combatir el lavado de dinero, que adoptan una filosofía de prevención. Esta dimensión de la estrategia internacional más amplia se refleja en varios precedentes internacionales y regionales, incluida la Declaración de Principios de Basilea sobre prevención del uso delictivo del sistema bancario con fines de lavado de dinero, emitida en diciembre de 1988 por el Comité de Basilea sobre Reglamentación y Supervisión Bancaria, la Directiva de 1991 de las Comunidades Europeas y el Reglamento Modelo de la OEA de 1992. La conveniencia de realzar la función del sistema financiero en un intento por crear un entorno hostil e inhospitalario para los que lavan dinero es también uno de los aspectos centrales del programa preparado por el Grupo de Acción Financiera. Estas diversas iniciativas, si bien contienen varias diferencias importantes en cuanto al ámbito y los propósitos, revelan la aparición de importantes principios comunes. Subrayan también la difusión que ha tenido la creencia compartida de que la eficacia de las actividades para combatir el lavado de dinero requiere la voluntad y la adhesión colectiva de los sectores público y privado trabajando de consuno. Teniendo en cuenta esta evolución, sería prudente que los encargados de aplicar el inciso b) del párrafo 1 consideraran la medida en que esta dimensión de la moderna práctica internacional es aceptable en términos de políticas nacionales y adecuada para las circunstancias locales.

3.57 El fundamento de la estrategia de prevención es el reconocimiento general de la utilidad de exigir a las instituciones comprendidas en su ámbito que tomen medidas apropiadas para identificar a sus clientes¹⁵⁰ y conservar los datos sobre la identidad de las partes así como los expedientes de categorías específicas de transacciones por períodos establecidos¹⁵¹. El requisito de la identificación del cliente, que con frecuencia está relacionado con la identificación de los beneficiarios, expresa la creencia de que las instituciones financieras y de crédito y otras instituciones interesadas están en mejores condiciones que los organismos de represión y otras autoridades para juzgar si un cliente o una transacción particular son de buena fe¹⁵². La conservación de los expedientes es un complemento importante del principio de “conocer al cliente”, ya que asegura la existencia de antecedentes de auditoría para ayudar a las autoridades a identificar a los que blanquean dinero y seguir la pista del producto ilícito con miras a su posible decomiso¹⁵³.

3.58 Un segundo elemento crítico de este enfoque es obtener la plena cooperación entre las instituciones interesadas y los órganos de fiscalización pertinentes¹⁵⁴ por una parte, y los responsables de combatir las operaciones de lavado de dinero, por la otra. Esta filosofía de cooperación con frecuencia lleva a informar a estos últimos, por iniciativa propia, de cualquier hecho que podría indicar una operación de lavado

¹⁵⁰Véanse, por ejemplo, el artículo 3 de la Directiva de las Comunidades Europeas y el artículo 10 del Reglamento Modelo de la OEA.

¹⁵¹Véase, por ejemplo, el artículo 4 de la Directiva de las Comunidades Europeas.

¹⁵²Véase, por ejemplo, J. C. Westerweel y J. L. Hillen, *Measures to Combat Money Laundering in the Netherlands* (La Haya, Ministerio de Finanzas, 1995), pág. 4.

¹⁵³Véanse también, *infra*, los comentarios sobre artículo 5.

¹⁵⁴Véase, por ejemplo, el artículo 10 de la Directiva de las Comunidades Europeas.

de dinero. Todos los Estados que deseen adoptar este criterio tendrán que determinar las funciones y facultades de los servicios de lucha contra el lavado de dinero que estarán autorizados para recibir esos informes. Muchos Estados han designado a un organismo de represión apropiado para que realice esta tarea, mientras que otros han optado por crear un servicio nacional separado, por ejemplo en el Ministerio de Finanzas. Si se sigue esta última práctica, los encargados de introducir esta estrategia deberán prestar particular atención al establecimiento de vínculos efectivos entre el servicio de información y las autoridades nacionales de represión pertinentes. Es común reforzar un sistema de información de “transacciones sospechosas” con el requisito, concebido para salvaguardar la integridad de las investigaciones ulteriores, de que la transmisión de esa información a las autoridades competentes no se debe señalar a la atención del cliente interesado o a ningún tercero¹⁵⁵. Con frecuencia, el incumplimiento de una obligación de ese tipo es objeto de sanciones penales.

3.59 Se reconoce que, al solicitar y obtener la participación de las instituciones financieras y de crédito y otras instituciones en estas actividades, es necesario asegurar que, de hecho, estén en condiciones de cumplir esta función plenamente y con eficacia. A tal fin, se suele proporcionarles un elemento de inmunidad jurídica contra enjuiciamiento por incumplimiento de contrato u otras obligaciones jurídicas, como las relativas a la confidencialidad de los clientes¹⁵⁶.

3.60 Algunos países opinan que las actividades para combatir el lavado de dinero serían más eficaces si las autoridades nacionales estuvieran en condiciones de recibir información sobre todas las transacciones de grandes cantidades de efectivo que tienen lugar en sus territorios nacionales. A tal fin, una minoría de Estados que han adoptado el criterio de prevención han introducido un sistema de presentación de informes ordinarios y obligatorios sobre ciertas transacciones que superan un umbral determinado¹⁵⁷. Sin embargo, todavía no hay consenso en cuanto a la conveniencia y utilidad de este criterio¹⁵⁸. Son muchos más los Estados que han optado por disponer que las instituciones financieras deben comunicar las transacciones sospechosas o fuera de lo común.

3.61 Por otro lado, se ha aceptado ampliamente que la eficacia del criterio de prevención depende de que las instituciones interesadas establezcan sistemas adecuados de comunicación y fiscalización interna. Además, es práctica común pedir a las instituciones interesadas que establezcan programas de capacitación para sus empleados a fin de familiarizarlos con los requisitos jurídicos y ayudarlos a reconocer transacciones que pudieran estar relacionadas con el lavado de dinero, y que les den instrucciones sobre la mejor forma de proceder en esos casos¹⁵⁹.

3.62 Dado el carácter sumamente intrusivo de esta dimensión de las crecientes actividades internacionales para combatir el lavado de dinero, sería prudente asegurar, en la mayor medida posible, que la estrategia adoptada sea sensible a las realidades

¹⁵⁵Véase, por ejemplo, el párrafo 3 el artículo 13 del Reglamento Modelo de la OEA.

¹⁵⁶Véase, por ejemplo, el artículo 8 de la Directiva de las Comunidades Europeas.

¹⁵⁷Australia y los Estados Unidos han adoptado este criterio.

¹⁵⁸Véase, por ejemplo, “Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales: informe”, París, 7 de febrero de 1990, recomendación No. 24.

¹⁵⁹Véase, por ejemplo, el artículo 11 de la Directiva de las Comunidades Europeas.

comerciales de los sectores de la economía afectados. Por consiguiente, es sumamente conveniente entablar un diálogo y establecer una cooperación estrecha con los sectores económicos interesados a fin de reducir al mínimo todo impacto adverso sobre la realización de actividades comerciales legítimas.

3.63 Cuando se introduce una estrategia amplia para combatir el lavado de dinero, cabe prever que una de las consecuencias será que las jurisdicciones menos reglamentadas resultarán más atractivas. Los delincuentes monetarios pueden, por ejemplo, tratar de emprender las tareas iniciales o la etapa del establecimiento de una operación de lavado de dinero en una jurisdicción de ese tipo. La adopción de una estrategia de desplazamiento geográfico crea, a su vez, un elemento de vulnerabilidad que puede ser explotado por las autoridades de los organismos de represión. Un número creciente de países optan por establecer estructuras jurídicas que permiten adoptar medidas para impedir ciertas categorías de remesas transfronterizas de dinero. Algunos han impuesto la obligación de comunicar la exportación o importación (o ambas) de divisas cuando la suma supera un umbral determinado. El incumplimiento puede resultar en la imposición de sanciones y la confiscación de las divisas. En otras jurisdicciones, los órganos de represión pertinentes están autorizados a decomisar grandes sumas de efectivo que se importan o exportan en circunstancias en que razonablemente se pueda creer que representan el producto del tráfico de drogas. Por último, otro grupo de Estados puede invocar las disposiciones de sus leyes de control monetario o similares. A fin de limitar al máximo las opciones de que disponen los que se dedican al lavado de dinero, se podría estudiar la posibilidad de ampliar el alcance de esas medidas para incluir a los instrumentos monetarios equivalentes al dinero, los metales preciosos, las piedras preciosas y otros valores sumamente líquidos¹⁶⁰.

3.64 Independientemente del resultado del examen nacional de la naturaleza y el alcance de los delitos de lavado de dinero que se han de tipificar y otras cuestiones conexas, muchos Estados harán frente a un desafío considerable cuando procuren asegurar su aplicación efectiva. Los organismos de represión deberán considerar la conveniencia de los métodos de capacitación tradicionales a la luz de lo que, en muchos países, será un nuevo mandato¹⁶¹. El desarrollo y la conservación de aptitudes de investigación financiera, gestión de patrimonios y cooperación y coordinación internacionales de las investigaciones sobre el blanqueo de capitales figuran entre las muchas cuestiones que deberán resolverse. En este empeño, algunos quizá deseen obtener asistencia técnica y capacitación en otras partes. En el sistema de organizaciones de las Naciones Unidas, la tarea de prestar dirección coordinada en esta esfera se ha confiado al Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (véase la resolución 45/179 de la Asamblea General). Actuando en forma independiente o junto con otras organizaciones, según proceda, atiende peticiones de diversos tipos de asistencia que van desde la organización de programas de capacitación hasta la difusión de manuales y otros instrumentos de trabajo útiles des-

¹⁶⁰Véanse, por ejemplo, Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales, "Informe anual, 1991-1992", pág. 17; y el texto de la recomendación 22 del Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales y la nota interpretativa adoptada respecto de esa recomendación (Grupo de Acción Financiera sobre Blanqueo de Capitales, "Informe anual, 1995-1996", París, 28 de junio de 1996, anexo 1, pág. 6, y anexo 2, pág. 4).

¹⁶¹Véanse, *infra*, los comentarios al párrafo 2 del artículo 9.

tinados a los oficiales de los organismos de represión (véase la resolución 1991/41 del Consejo Económico y Social)¹⁶².

Parte introductoria del inciso c) del párrafo 1

c) A reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico:

Comentarios

3.65 La obligación de las partes de establecer los delitos enumerados en los incisos *a)* y *b)* del párrafo 1 no está sujeta a calificaciones, pero el inciso *c)* comienza con esta “cláusula de salvaguardia”. Esta cláusula particular es un texto más restringido de una cláusula similar utilizada en el párrafo 2 del artículo 36 de la Convención de 1961, que se refiere a “lo dispuesto por su Constitución, del régimen jurídico y de la legislación nacional de cada Parte”. Esta frase no fue fácil de interpretar, y en los comentarios oficiales se indicó que se refería a los principios jurídicos básicos del Estado y a los conceptos de amplia difusión de su derecho interno¹⁶³. Aunque algunas delegaciones en la Conferencia expresaron su insatisfacción por el nuevo texto de la cláusula de salvaguardia, éste fue objeto de aceptación general.

3.66 El objetivo de la Conferencia al incluir la cláusula de salvaguardia era reconocer las dificultades que tenían algunos Estados en cuanto al posible alcance de los delitos especificados en el inciso *c)* del párrafo 1. En ciertos países, algunos de estos delitos, si se los define en forma amplia, podrían atentar contra la garantía constitucional de la libertad de expresión. Fue necesario ir más allá de una mera referencia a los “principios constitucionales” para incluir una referencia a los “conceptos básicos” del ordenamiento jurídico de la parte. Esos conceptos, ya sea que estén consagrados en el derecho codificado, las decisiones judiciales o la práctica, pueden ser irreconciliables con el criterio adoptado en el inciso *c)* respecto de delitos específicos. Éste es el caso, en particular, de la confabulación y los delitos conexos, que son totalmente desconocidos en algunos ordenamientos; cuando consisten en un mero acuerdo para actuar, más que en la acción, en algunos Estados pueden ser considerados como contrarios a una libertad fundamental. En algunos países, la práctica es dejar esta cuestión a la discreción del ministerio público, lo que permite proteger a aquellos cuya conducta inocente podría considerarse comprendida en el alcance de un delito definido en forma general; cuando no se permite esa discreción, hay que definir los delitos de manera más precisa.

Apartado i) del inciso c) del párrafo 1

i) La adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bie-

¹⁶²Véase también *Manual de Capacitación de las Naciones Unidas para Lucha contra las Drogas: Guía para los funcionarios de policía y otros agentes de la autoridad* (Viena, 1991).

¹⁶³Comentarios a la Convención de 1961, párrafo 5 de los comentarios sobre el inciso introductorio del párrafo 2 del artículo 36. Cabe recordar que los principios constitucionales y los conceptos básicos pueden cambiar. El Gobierno alemán hizo una declaración a tal efecto al ratificar la Convención de 1988.

nes 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;

Comentarios

3.67 Cabe referirse al anterior examen del conocimiento que debe poseer el delincuente y que debe probarse (véanse los párrafos 3.43 a 3.45 *supra*).

3.68 En el presente contexto, el conocimiento específico debe existir “en el momento de recibirlos”. No hay delito cuando la persona que recibe los bienes, ya sea como regalo o contra una prestación, y continúa usándolos pero sólo más tarde sospecha o toma conocimiento de que proceden de delitos relacionados con las drogas.

3.69 Aunque la conducta prohibida se define en el sentido de que incluye la “adquisición”, la “posesión” o la “utilización”, es esencial (en razón de la forma en que se define el elemento del conocimiento) que el delincuente haya recibido los bienes; debe haber una “recepción”. Si se entiende, como parece ser el caso, que la adquisición se refiere a la toma de posesión (por oposición a la adquisición de la propiedad o algún otro interés en los bienes), las referencias a “posesión” y “utilización” pueden ser, estrictamente hablando, innecesarias. El delito se puede descubrir porque se determina que el delincuente está en posesión de los bienes, o los utiliza; pero la prueba de que la persona adquirió los bienes a sabiendas de su procedencia bastará para establecer el delito.

Apartado ii) del inciso c) del párrafo 1

- ii) La posesión de equipos o materiales o sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que se utilizan o se habrán de utilizar en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para tales fines;

Comentarios

3.70 Como ya se ha señalado (véase el párrafo 3.31 *supra*), la tipificación como delito de la fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o sustancias especificadas en esta disposición es obligatoria en virtud del apartado iv) del inciso a) del párrafo 1 del artículo 3. La mera posesión de estos artículos se trata en el inciso c), con su cláusula de salvaguardia.

3.71 La adquisición o recepción de los bienes tiene lugar en el mismo momento; la posesión es la continuación de la relación con los bienes. Por lo tanto, es importante que en esta disposición no sea esencial que el conocimiento prescrito exista en el momento de la primera adquisición. Las personas que reciban equipos en forma inocente, pero que más tarde tomen conocimiento de que se tiene la intención de utilizarlos en la producción de drogas y continúen en posesión de los bienes, habrán cometido el delito. En esas circunstancias, los compradores de bienes de buena fe pueden verse enfrentados a imputaciones penales; la ansiedad provocada por esta posibilidad constituyó, en parte, el razonamiento para apoyar la cláusula de salvaguardia del inciso c).

Apartado iii) del inciso c) del párrafo 1

- iii) Instigar o inducir públicamente a otros, por cualquier medio, a cometer alguno de los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo o a utilizar ilícitamente estupefacientes o sustancias sicotrópicas;

Comentarios

3.72 Esta disposición de carácter amplio abarca varios tipos diferentes de actividad; tuvo su origen en la preocupación por las revistas y las películas que glorifican el uso de las drogas y promueven una cultura de las drogas¹⁶⁴. Aunque el texto inglés no está totalmente libre de ambigüedades, parece que el adverbio “públicamente” abarca tanto la “instigación” como la “inducción”. Una conducta similar pero sin el factor público podría muy bien constituir “asesoramiento” y en algunos contextos podría constituir delito en virtud del apartado iv) del inciso c) del párrafo 1.

3.73 El significado de la palabra “públicamente” no está nada claro. Puede haber situaciones en que la instigación o la inducción se dirigen a personas identificadas (aunque podrían ser escuchadas por otros); en otros casos, como en una transmisión de radio o un anuncio por altoparlantes, la categoría de la audiencia no está determinada por adelantado. Otro criterio consistiría en determinar si la ocasión era de carácter “público”, estableciendo una distinción entre una reunión privada o una reunión abierta al público. En la práctica, la palabra deberá interpretarse a la luz tanto de las circunstancias particulares de la conducta de que se trate como de las analogías que se puedan encontrar en los ordenamientos jurídicos pertinentes.

3.74 Una definición sudafricana muy citada dice que un instigador es “la persona que busca y procura influenciar el pensamiento de otra con miras a la comisión de un delito. Teniendo en cuenta que las maquinaciones de ingeniosidad delictiva son innumerables, la forma de influir en la mente de la otra persona puede adoptar diversas formas, como la sugestión, la propuesta, la petición, la exhortación, el gesto, el argumento, la persuasión, la inducción, la provocación o la codicia”¹⁶⁵. La inducción es la forma de incitación que comprende la oferta de dinero o de valores equivalentes. La inclusión de la frase “por cualquier medio” indica que el término debe interpretarse en forma amplia. En algunos ordenamientos jurídicos, puede ser procedente especificar los medios de instigación en la legislación pertinente.

3.75 La conducta a la que se incita o induce es, o bien: a) la comisión de cualquiera de los delitos establecidos de conformidad con el artículo 3; o bien b) el uso ilícito de estupefacientes o sustancias sicotrópicas. No es obligatorio tipificar como delito el uso ilícito en sí mismo, pero sí la conducta de instigar ese uso.

Apartado iv) del inciso c) del párrafo 1

- iv) La participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presen-

¹⁶⁴En el momento en que se aprobó la Convención no se previó la evolución subsiguiente en cuanto al uso de los medios electrónicos, en particular la Internet, para dar publicidad a las drogas y promover su uso indebido, pero esto está comprendido en las palabras “por cualquier medio”.

¹⁶⁵J. A. Holmes, *Nkosiyana*, 1966 (4) S.A. 655, p. 658, A.D.

te artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión.

Comentarios

3.76 Esta disposición trata de las diversas formas de participación en una actividad delictiva, concretamente la comisión de cualquiera de los delitos establecidos de conformidad con el artículo 3.

3.77 Las diversas formas en que los individuos pueden participar en actividades delictivas se clasifican de manera diferente en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Además del delincuente principal, puede haber partes auxiliares o cómplices. Éstos pueden tener un cierto grado de participación real en la actividad delictiva (por ejemplo, estar presentes en la comisión del acto); pueden proporcionar algún tipo de asistencia (“la asistencia” o “la facilitación”); pueden participar en la concepción y planificación del delito (la “asociación” o la “confabulación”); pueden alentar a cometer el delito o proporcionar asesoramiento técnico (“el asesoramiento” o “la facilitación”); o pueden participar directamente en un intento de realizar la conducta prohibida.

3.78 Estas formas de participación no sólo están sujetas a diferentes sistemas de clasificación, sino que hay también desacuerdo entre los ordenamientos jurídicos nacionales en cuanto a los límites apropiados de la responsabilidad penal. Esto queda ilustrado en relación con los intentos. Muchos ordenamientos jurídicos establecen una distinción (necesariamente imprecisa) entre los “actos de mera preparación”, que no son punibles, y los “intentos” (en los que la interferencia externa, independiente de la voluntad del agente, previene la consumación del delito), que implican responsabilidad penal. Las preguntas sobre el precio de las drogas en el mercado ilícito con la intención de adquirirlas si el precio es aceptable sería un acto de mera preparación, más que un intento de compra. Una oferta no aceptada podría ser considerada como un intento¹⁶⁶. El texto de la presente disposición es más completo que el de la disposición correspondiente de la Convención de 1961, que incluye una referencia a los “actos preparatorios”¹⁶⁷.

3.79 Como se ha señalado, se consideró que estas variaciones en los criterios hacían necesaria la inclusión de la cláusula de salvaguardia en la introducción al inciso c), para que las partes pudieran conciliar los objetivos de esta disposición con el enfoque particular adoptado en su propio derecho penal.

Consideraciones sobre la aplicación: inciso c) del párrafo 1

3.80 Los apartados i) y ii) del inciso c) del párrafo 1 son importantes complementos de obligaciones anteriores contenidas en el párrafo 1 del artículo 3. El primero se

¹⁶⁶Comentarios a la Convención de 1961, párrafo 2 de los comentarios de carácter general sobre el artículo 36, y párrafos 2 a 4 de los comentarios sobre el apartado ii) del inciso a) del párrafo 2 del artículo 36.

¹⁶⁷Convención de 1961, apartado ii) del inciso a) del párrafo 2 del artículo 36.

refiere a un aspecto económico del delito que debe ser incluido en todo plan amplio para combatir el blanqueo de capitales mediante el uso de medidas de la justicia penal¹⁶⁸. El segundo tiene por objeto completar el tratamiento amplio de los esfuerzos por prevenir el uso de equipos, materiales y sustancias en la producción ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas¹⁶⁹. Al elaborar las leyes u otras medidas apropiadas en esta esfera, las partes tienen mucha discreción. Por ejemplo, en virtud de la autoridad conferida en el artículo 24, los que lo deseen pueden extender la cobertura del apartado i) del inciso c) para incluir el conocimiento adquirido después de la compra.

3.81 Los apartados iii) y iv) del inciso c) del párrafo 1, aunque tratan de problemas muy diferentes, tienen en común el hecho de que la obligación calificada de las partes se aplica a cualquiera de los delitos establecidos de conformidad con el artículo 3 y no sólo a los delitos relativamente más graves del tráfico ilícito enumerados en el párrafo 1. Por consiguiente, incluye los delitos relativos al uso personal comprendidos en el ámbito del párrafo 2. Esto reviste mucha importancia para los encargados de elaborar leyes apropiadas para asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la Convención de 1988.

3.82 El apartado iv) del inciso c) del párrafo 1 trata de las diversas formas de participación en el tráfico ilícito, que van desde la confabulación hasta la facilitación. Si bien se determinó que los ordenamientos jurídicos nacionales diferían tan considerablemente respecto de estas cuestiones que fue necesario someter la obligación de tipificar estos delitos a una “cláusula de salvaguardia”, la práctica de la aplicación de la ley ha demostrado la utilidad particular de esos delitos para penetrar en las complejas redes del tráfico de drogas. Esto ayuda a enjuiciar a los cerebros de las organizaciones de traficantes de drogas que rara vez entran en contacto con los estupefacientes o las sustancias sicotrópicas. El inciso c), por lo tanto, complementa el apartado v) del inciso a) y el inciso b), que también centran su atención en los esfuerzos por desbaratar las organizaciones de traficantes.

3.83 En la práctica hay una necesidad apremiante de asegurar una cobertura lo más amplia posible de estos actos preparatorios, teniendo en cuenta los principios constitucionales y los conceptos básicos del ordenamiento jurídico de que se trate. Los encargados de la aplicación de la ley en los Estados que poseen la flexibilidad necesaria, en todo o en parte, para tratar estos delitos, pero en los que no está bien establecida la familiaridad con conceptos como “intentos”¹⁷⁰ o “confabulación”¹⁷¹, pueden aprovechar con ventaja la experiencia de otros países que han adoptado criterios específicos para las drogas a este respecto.

3.84 En todo caso, todos los Estados partes en la Convención de 1988 deben tratar esta cuestión al menos en parte. Esto resulta de la naturaleza de la obligación no calificada, contenida en el inciso b) del párrafo 1, de tipificar como delitos el blanqueo

¹⁶⁸Véase, por ejemplo, “Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales: informe”, París, 7 de febrero de 1990, secc. II.B; véase también el Código Penal del Canadá, secc. 354, y el Código Penal de Francia, art. 321.1; véanse también, *supra*, los comentarios sobre el inciso b) del párrafo 1 del artículo 3.

¹⁶⁹Véanse, *supra*, los comentarios sobre el apartado iv) del inciso a) del párrafo 1 del artículo 3, e *infra*, comentarios sobre el artículo 12.

¹⁷⁰Véase, por ejemplo, Tailandia, Ley B.E. 2534, 1991, secc. 7.

¹⁷¹Véase, por ejemplo, Italia, Decreto No. 309 de 9 de octubre de 1990, secc. 74.

de dinero relacionado con las drogas. En la descripción de esos delitos se utiliza la frase “o de un acto de participación en tal delito o delitos”. Las partes pueden crear el delito de lavado de dinero en estos términos, independientemente de las limitaciones que puedan existir en sus propios ordenamientos jurídicos respecto de la tipificación de delitos de participación¹⁷². Por supuesto, puede que la comisión de un delito de lavado de dinero sea considerada en sí misma como la participación en la comisión del delito principal.

Párrafo 2

2. A reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971.

Comentarios

3.85 El párrafo 2 trata de la controvertida cuestión de la posesión, adquisición o cultivo para consumo personal. En este punto, cabe explicar la situación en virtud de los tratados anteriores a los que el párrafo hace referencia.

3.86 En virtud de la Convención de 1961, una parte debe, “a reserva de lo dispuesto por su Constitución”, adoptar las medidas necesarias para que el cultivo, la posesión y la adquisición de drogas constituya delito¹⁷³. Varios Estados han adoptado la posición de que en este párrafo la “posesión” no incluye la posesión para consumo personal; aunque la cuestión se examina por lo general en el contexto de la “posesión”, esos Estados adoptan una interpretación similar del término “cultivo”. Hay otras dos disposiciones de la Convención de 1961 que son pertinentes a este respecto: el párrafo 1 del artículo 4, en virtud del cual las partes “adoptarán todas las medidas legislativas y administrativas que puedan ser necesarias: ... c) sin perjuicio de las disposiciones de la presente Convención, para limitar exclusivamente ... el uso y la posesión de estupefacientes a los fines médicos y científicos”; y el artículo 33, en virtud del cual las partes “sólo permitirán la posesión de estupefacientes con autorización legal” (artículo que, sin embargo, no impone sanciones penales).

3.87 Los argumentos en que se funda la posición en virtud de la Convención de 1961 se resumen en los comentarios sobre el artículo 4 de esa Convención. Los párrafos pertinentes, omitiendo las notas de pie de página, son los siguientes:

“17. Se plantea la cuestión de hasta dónde y de qué modo rigen estas disposiciones la posesión de estupefacientes fiscalizados; de si se aplican sin tener en

¹⁷²Véanse, *supra*, los comentarios sobre el inciso b) del párrafo 1 del artículo 3.

¹⁷³Párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de 1961.

cuenta si los estupefacientes se poseen para la distribución ilegal o sólo para el consumo personal, o de si se aplican exclusivamente a la posesión de estupefacientes destinados a la distribución.

“18. El inciso *c*) del artículo 4 se refiere sin duda a ambos tipos de posesión; pero si esa disposición debe aplicarse mediante la imposición de sanciones penales a la posesión para el consumo personal es una cuestión que puede recibir respuestas diferentes según los países. Algunos gobiernos parecen sostener que no están obligados a castigar a los toxicómanos que poseen ilegalmente estupefacientes para su uso personal. Esta opinión parece basarse en la consideración de que las disposiciones del artículo 36, que en su párrafo 1 exige a las Partes que, a reserva de lo dispuesto por su Constitución, castiguen la posesión de estupefacientes que se considere constituye una infracción de las disposiciones de la Convención Única, tienen por objeto combatir el tráfico ilícito, y no requieren el castigo de los toxicómanos que no participan en ese tráfico. El artículo 45 del tercer proyecto, que sirvió de documento de trabajo de la Conferencia de Plenipotenciarios, enumeraba en su inciso *a*) del párrafo 1 la ‘posesión’ entre los actos que exigían castigo. Este párrafo es idéntico a la primera parte del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención Única, que enumera la ‘posesión’ entre los delitos. El artículo 45 del tercer proyecto figura en el capítulo IX, titulado ‘Medidas contra los traficantes ilícitos’. Ello parecería apoyar la opinión de quienes consideran que la posesión para la distribución, y no para el consumo personal, es el único delito punible conforme al artículo 36 de la Convención Única. La división en capítulos del proyecto no se repitió en la Convención Única, y éste fue el único motivo por el cual se suprimió el título del capítulo que se acaba de mencionar, al igual que todos los demás títulos. El artículo 36 continúa estando en la parte de la Convención Única que se refiere al tráfico ilícito. Va precedido del artículo 35, titulado ‘Lucha contra el tráfico ilícito’, y seguido del artículo 37, titulado ‘Aprehensión y decomiso’.

“19. Las Partes que no compartan esta opinión y sostengan que la posesión de estupefacientes para el consumo personal debe sancionarse en virtud del párrafo 1 del artículo 36 pueden, sin duda, optar por no prever el encarcelamiento de las personas que se hallen en posesión de estupefacientes, sino imponer sólo penas menores, como multas o incluso amonestaciones. Cabe sostener que la posesión de una pequeña cantidad de estupefacientes para el consumo personal no constituye un delito ‘grave’ conforme al párrafo 1 del artículo 36, y que sólo un delito ‘grave’ puede ser ‘castigado en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad’.

“20. El castigo por la posesión de estupefacientes para el consumo personal equivale de hecho también a un castigo del consumo personal.

“21. Por otra parte, se ha señalado, y lo han hecho en particular agentes de represión, que la paralización de toda posesión no autorizada de estupefacientes, comprendidos los destinados al uso personal, facilita el procesamiento y la condena de los traficantes, pues es muy difícil demostrar cuál es el objeto de la posesión de estupefacientes. Si los gobiernos optan por no castigar la posesión para el consumo personal o por imponer sólo penas menores por esa posesión, sería muy conveniente que en su legislación se previera una presunción legal de que toda cantidad por encima de una pequeña y especificada está destinada

a la distribución. También se podría estipular que esa presunción se convierte en indiscutible si la cantidad en posesión del infractor supera determinados límites. Cabe también señalar que las disposiciones de la Constitución respectiva, que pueden eximir a una parte de toda obligación de castigar uno de los actos mencionados en el párrafo 1 del artículo 36, no prevendrán, en general, la penalización de la posesión no autorizada de estupefacientes.¹⁷⁴

3.88 Hay una incertidumbre similar en cuanto al efecto de las disposiciones pertinentes del Convenio de 1971. El artículo 22, que trata de las disposiciones penales, dispone en el inciso *a*) del párrafo 1 que “a reserva de lo dispuesto en su Constitución, cada una de las Partes considerará como delito, si se comete intencionalmente, todo acto contrario a cualquier ley o reglamento que se adopte en cumplimiento de las obligaciones impuestas por este Convenio”.

3.89 Se ha sostenido que el efecto no es tipificar como delito la posesión para el consumo personal. Aparte de la consideración de carácter general, que también se sostuvo respecto de la Convención de 1961, de que el objetivo era luchar contra el tráfico ilícito y que no se exigía el castigo de los que hacían uso indebido de sustancias fiscalizadas, se ha sugerido que la “posesión” no es una “acción” y, por lo tanto, no está comprendida en el inciso *a*) del párrafo 1 del artículo 22¹⁷⁵.

3.90 Fue en este contexto que los negociadores de la Convención de 1988 abordaron la cuestión, y el texto resultante refleja compromisos sobre diversos puntos.

3.91 En primer lugar, se acordó incluir en el párrafo 2 del artículo 3 la cláusula de salvaguardia relativa a los principios constitucionales y los conceptos básicos del ordenamiento jurídico de la parte interesada.

3.92 En segundo lugar, se acordó incluir las palabras finales en el sentido de que la conducta debe estar “en contra de lo dispuesto” en los instrumentos anteriores. Esto puede interpretarse en el sentido de que las partes podían mantener la postura que habían adoptado respecto de la interpretación de esos textos anteriores¹⁷⁶. Esto requiere, sin embargo, que se establezca un equilibrio con la importancia de la referencia al “consumo personal” en el texto del párrafo 2. Una lectura más coherente sería que las palabras “en contra de las disposiciones” de los instrumentos anteriores incorporan las listas de sustancias fiscalizadas así como la distinción que hacen esos instrumentos entre consumo lícito e ilícito.

3.93 Tercero, las disposiciones del párrafo 2 se mantuvieron separadas de las del párrafo 1. El efecto es que las referencias en las últimas disposiciones de la Convención a la naturaleza de las sanciones que se han de imponer respecto de los delitos¹⁷⁷ permiten distinguir fácilmente los delitos establecidos de conformidad con el

¹⁷⁴Comentarios a la Convención de 1961, párrafos 17 a 21 de los comentarios sobre el párrafo 1 del artículo 4.

¹⁷⁵Comentarios al Convenio de 1971, párrafos 9 a 16 de los comentarios sobre el inciso *a*) del párrafo 1 del artículo 22.

¹⁷⁶Véase la declaración del representante de Bolivia (*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión I, 24a. sesión, párr. 65), que declaró que si la Convención de 1988 excedía los términos de 1961 relativos al cultivo de la hoja de coca “grupos enteros de población se verán amenazados y las cárceles estarán llenas a rebosar”.

¹⁷⁷Párrafo 4 del artículo 3.

párrafo 2 de los delitos más graves establecidos en cumplimiento del párrafo 1; y las disposiciones relativas al establecimiento de la jurisdicción extraterritorial¹⁷⁸, la confiscación¹⁷⁹, la extradición¹⁸⁰ y la asistencia judicial recíproca¹⁸¹ se limitan a los delitos establecidos en cumplimiento del párrafo 1. Estas últimas medidas de cooperación, costosas y a veces engorrosas, se consideraron no apropiadas para los delitos relativamente menores pero muy numerosos establecidos de conformidad con el párrafo 2.

Consideraciones relativas a la aplicación: párrafo 2

3.94 Como se ha señalado *supra*, la opinión de que la Convención no debía descuidar la cuestión de los delitos relacionados con el uso personal prevaleció y se refleja en el párrafo 2 del artículo 3¹⁸². Aunque la definición de tráfico ilícito contenida en el artículo 1 se aplica también a esos delitos además de los establecidos en el párrafo 1, hay diferencias importantes en el tratamiento dado a los primeros en el marco de la Convención en su conjunto. En particular, se reconoce que, en el contexto de la cooperación internacional, las consideraciones prácticas de administración y gastos exigen una distinción entre las dos categorías. Además, la división de los delitos en estas dos categorías facilita una diferenciación en el enfoque de la cuestión estrechamente vinculada de las sanciones. Así pues, el inciso *d*) del párrafo 4 del artículo 3 da a las partes un mayor grado de latitud en el enfoque de los delitos relacionados con el uso personal en este contexto¹⁸³. Ya sea como adición, o lo que es importante, como alternativa a la sentencia o castigo de los delitos establecidos de conformidad con el párrafo 2, dispone la imposición de medidas para el tratamiento, la educación, el cuidado posterior, la rehabilitación o la reintegración social del delincuente.

3.95 Como se observará, al igual que en los instrumentos de 1961 y 1971, el párrafo 2 no dispone que el consumo de la droga como tal se considere delito punible¹⁸⁴. Más bien, trata la cuestión del consumo con fines no médicos indirectamente haciendo referencia a la posesión intencional, la compra o el cultivo de sustancias controladas para consumo personal. En contraste con lo dispuesto en los instrumentos de 1961 y 1971, sin embargo, el párrafo 2 dispone claramente que las partes deben tipificar como delitos esos actos a menos que sean contrarios a los principios constitucionales y los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico¹⁸⁵.

3.96 Al determinar la estrategia de aplicación de la ley respecto de toda la gama de delitos relacionados con el uso personal enumerados en el párrafo 2, sería convenient-

¹⁷⁸Párrafos 1 y 2 del artículo 4.

¹⁷⁹Párrafo 1 del artículo 5.

¹⁸⁰Párrafo 1 del artículo 6.

¹⁸¹Párrafo 1 del artículo 7.

¹⁸²Véase también, *infra*, el párrafo 14.32, relativo a la cuestión estrechamente vinculada de la eliminación de la demanda de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

¹⁸³En el inciso *c*) del párrafo 4 del artículo 3 se adopta un enfoque similar para el tratamiento de los delitos de menor importancia de conformidad con el párrafo 1.

¹⁸⁴Véanse los artículos 4 y 36 de la Convención de 1961 y los artículos 5 y 22 del Convenio de 1971.

¹⁸⁵Véanse, *supra*, los comentarios al párrafo 2 del artículo 3; véase también *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 1992* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.93.XI.1), cap. 1.

te examinar la práctica seguida por muchos Estados en los que esos delitos se diferencian de los de naturaleza más grave haciendo referencia a umbrales estipulados en términos, por ejemplo, de peso. Esto podría ser muy útil en el contexto de la posesión para uso personal.

Párrafo 3

3. El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso.

Comentarios

3.97 Los delitos establecidos en virtud del artículo 3 requieren *mens rea*; es decir, la Convención no dispone la tipificación como delitos de actos de negligencia. La prueba del conocimiento o de *mens rea* puede plantear dificultades, cualquiera sea el sistema probatorio que se adopte en un ordenamiento jurídico nacional determinado; en la práctica, el acusado negará normalmente el grado necesario de conocimiento y el tribunal deberá determinar a su satisfacción la existencia de ese conocimiento a través de pruebas admisibles. Un análisis riguroso del “conocimiento”, por ejemplo, tiene que considerar circunstancias de “ceguera premeditada”, en los que el actor “cierra sus ojos a lo que es evidente”; casos de *dolus eventualis*, en que el delincuente asume un riesgo que es evidente; y circunstancias en que cualquier persona que estuviera en la posición del actor hubiera tenido el conocimiento requerido.

3.98 El párrafo 3 no intenta un examen exhaustivo de estas cuestiones. Sí deja en claro, en cambio, que la prueba directa en forma, típicamente, de una confesión no es esencial. Los elementos mentales pertinentes pueden inferirse de las circunstancias que rodean al supuesto perpetrador de la conducta. No se descartan, sin embargo, diferencias en las leyes y las prácticas nacionales.

3.99 El párrafo trata de las inferencias que podrán hacer los tribunales u otras entidades encargadas de juzgar los hechos. No trata de los procedimientos probatorios adoptados en los ordenamientos jurídicos nacionales y, por lo tanto, no requiere modificaciones. Hay que tener presente que el párrafo 3 se refiere a delitos establecidos de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, y omite toda referencia al párrafo 2 de ese artículo, pero los encargados de juzgar los hechos normalmente harán inferencias en cualquier caso que consideren justificado.

Consideraciones relativas a la aplicación: párrafo 3

3.100 El párrafo 3 es permisivo más que obligatorio. Tiene por objeto aclarar que los elementos requeridos de conocimiento, intención o finalidad contenidos en la descripción de los diversos delitos establecidos de conformidad con el párrafo 1 pueden ser objeto de pruebas circunstanciales; es decir, pueden “inferirse de las circunstancias objetivas del caso”. Este texto, que se ha reproducido literalmente en varios textos e instrumentos de tratados internacionales subsiguientes¹⁸⁶, debe interpretarse

¹⁸⁶Véase, por ejemplo, el inciso c) del párrafo 2 del artículo 6 de la Convención del Consejo de Europa sobre blanqueo, búsqueda, decomiso e incautación del producto del delito de 1990 (Estrasburgo, 18 de noviembre de 1990).

junto con el párrafo 11 que dispone, entre otras cosas, que ninguna de las disposiciones del artículo 3 “afectará al principio de que la tipificación de los delitos a que se refiere o de las excepciones alegables en relación con éstos queda reservada al derecho interno de las Partes”.

3.101 Pese a la flexibilidad que caracteriza al párrafo 3, en la práctica se ha tropezado con problemas particulares para satisfacer el requisito del conocimiento en casos de blanqueo de dinero. Esto, a su vez, ha provocado discusiones a nivel internacional sobre alternativas para enfocar el concepto de *mens rea* en este contexto¹⁸⁷. Por ejemplo, la definición de blanqueo del artículo 2 del Reglamento Modelo de la OEA utiliza la fórmula “a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional” cuando se refiere a delitos sustantivos. El inciso *a*) del párrafo 3 del artículo 6 de la Convención del Consejo de Europa de 1990 permite, pero no dispone, la tipificación como delito del lavado de dinero negligente. Esas preocupaciones figuran ahora en las leyes nacionales pertinentes de varias jurisdicciones¹⁸⁸. Por consiguiente, los encargados de promulgar leyes para la aplicación del párrafo 1 quizá deseen considerar la conveniencia y aceptabilidad de utilizar estos u otros métodos para dar a las iniciativas legislativas nacionales la mayor eficacia posible¹⁸⁹. En este caso, es importante asegurar, en la mayor medida posible, que el empleo de diferentes patrones respecto del conocimiento no perjudica la capacidad o voluntad de la parte de solicitar y obtener cooperación internacional y asistencia jurídica¹⁹⁰.

Inciso a) del párrafo 4,

4. a) Cada una de las Partes dispondrá que por la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo se apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso.

Comentarios

3.102 Las disposiciones correspondientes de los instrumentos de 1961 y 1971 especifican que “los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad”¹⁹¹. Los negociadores de la Convención de 1988 estaban decididos a fortalecer estas disposiciones, superando el alcance de los textos anteriores. La estructura del artículo 4 da prioridad a penas más rigurosas en el inciso *a*) y, a modo de excepción o calificación, permite en el inciso *c*) sanciones menos rigurosas en caso de “infracciones de carácter leve”.

¹⁸⁷Véase Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales, “Informe, 1996”, anexo, recomendación No. 5.

¹⁸⁸Véase, por ejemplo, Código Penal Civil General de Noruega, secc. 317.

¹⁸⁹El criterio australiano se refiere a una persona que sabe “o razonablemente debería haber sabido” que el dinero o bien en cuestión eran impuros (véase Procedimientos de Derecho Penal, 1987, Ley No. 87 (1987), 81 3)).

¹⁹⁰Véase Grupo de Acción Financiera, “Informe de 1996”, anexo, recomendación No. 33, y la nota interpretativa sobre este tema contenida en el anexo 2.

¹⁹¹Convención de 1961, párr. 1 del artículo 36; y Convenio de 1971, inciso *a*) del párrafo 1 del artículo 22.

3.103 En el inciso *a*) del párrafo 4, se disponen sanciones proporcionadas “a la gravedad de esos delitos” especificados en el párrafo 1 del artículo 3. La enumeración de los tipos de sanciones no se prevé como exclusiva ni tampoco como necesariamente acumulativa. Estas sanciones, por sí solas o en combinación, figuran entre las que podrían aplicarse.

3.104 En algunos ordenamientos jurídicos, la frase “otras formas de privación de libertad” comprenden la “servidumbre penal” o el confinamiento en campamentos de trabajo. La frase puede incluir también algunas medidas que no impliquen privación de libertad completa, como la detención domiciliaria, el “toque de queda”, que se pueden combinar con otros medios de supervisión, como la vigilancia electrónica¹⁹².

3.105 En algunos ordenamientos jurídicos nacionales y en algunas circunstancias, se priva al delincuente de los beneficios del producto del delito imponiendo una multa u otras sanciones pecuniarias en lugar del decomiso de bienes específicos. El texto tiene la amplitud suficiente para abarcar estos diversos arreglos.

Incisos b), c) y d) del párrafo 4,

b) Las Partes podrán disponer, en los casos de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, que, como complemento de la declaración de culpabilidad o de la condena, el delincuente sea sometido a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social.

c) No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, en los casos apropiados de infracciones de carácter leve, las Partes podrán sustituir la declaración de culpabilidad o la condena por la aplicación de otras medidas tales como las de educación, rehabilitación o reinserción social, así como, cuando el delincuente sea un toxicómano, de tratamiento y postratamiento.

d) Las Partes podrán, ya sea a título sustitutivo de la declaración de culpabilidad o de la condena por un delito tipificado de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo o como complemento de dicha declaración de culpabilidad o de dicha condena, disponer medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social del delincuente.

Comentarios

3.106 El Convenio de 1971 y la Convención de 1961 enmendada por el Protocolo de 1972¹⁹³ contienen una disposición (con un texto idéntico en los dos instrumentos)

¹⁹²Véase también la resolución 45/110 de la Asamblea General, que contiene las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio).

¹⁹³Convención de 1971, inciso *b*) del párrafo 1 del artículo 22; y Convención de 1961 enmendada, inciso *b*) del párrafo 1 del artículo 36. Hay que tener presente que las disposiciones relativas a las medidas alternativas fueron introducidas en la Convención de 1961 por el Protocolo de 1972.

en el sentido de que cuando las personas que hagan uso indebido de estupefacientes hayan cometido esos delitos, las partes podrán, en vez de declararlas culpables o sancionarlas penalmente, o además de declararlas culpables o de sancionarlas, someterlas a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación y readaptación social. Los incisos *b)*, *c)* y *d)* del párrafo 4 de la Convención de 1988, aunque aprovechan las disposiciones anteriores, amplían el ámbito de aplicación a los que han cometido delitos relacionados con las drogas en general, sean o no toxicómanos. Introducen también distinciones basadas en la gravedad del delito cometido: respecto de los delitos de naturaleza grave en virtud del párrafo 1 del artículo 3, las medidas de tratamiento, educación, etc., sólo se pueden aplicar además de la sanción o el castigo; cuando se trata de los delitos de carácter leve en virtud del párrafo 1 del artículo 3¹⁹⁴, y los delitos cometidos con fines de consumo personal en virtud del párrafo 2 del artículo 3, esas medidas se podrán aplicar como alternativa a la sanción y la pena¹⁹⁵.

3.107 El hecho de que los incisos *b)*, *c)* y *d)* no limiten la aplicación de las medidas adicionales o alternativas de tratamiento y cuidado a los toxicómanos parece indicar que esas medidas pueden ir más allá del contexto de los problemas médicos y sociales de los toxicómanos y pueden considerarse en el contexto más amplio de las medidas de tratamiento de delincuentes en general, concebidas para reducir la probabilidad de reincidencia. En la práctica, los toxicómanos constituyen, sin embargo, el grupo objetivo principal de esas medidas en el contexto de los delitos relacionados con las drogas.

3.108 Los incisos *b)*, *c)* y *d)* se refieren a la “declaración de culpabilidad o la condena” como las etapas en que se pueden disponer medidas adicionales o alternativas. Cabe tener presente, sin embargo, que la vinculación entre el sistema de justicia penal y el sistema de tratamiento podría también preverse en otras etapas del proceso penal, incluida la etapa del proceso judicial (por ejemplo, suspensión condicional de los procedimientos penales a condición de que la persona asista a un programa de tratamiento; orden de tratamiento pronunciada por un magistrado de enjuiciamiento en Francia) o en la etapa de la aplicación de la pena de prisión (transferencia de una prisión a una institución de tratamiento o a una comunidad terapéutica en ciertas circunstancias).

3.109 El “tratamiento” comprende normalmente el asesoramiento individual o en grupo o la remisión a un grupo de apoyo, que puede comprender cuidado diario externo, apoyo diario, cuidado en hospitales o apoyo de una comunidad terapéutica. Algunas instalaciones de tratamiento pueden prescribir tratamiento farmacológico, como el mantenimiento con metadona, pero las remisiones con fines de tratamiento se hacen con más frecuencia a programas libres de drogas. Otros servicios de tratamiento pueden incluir la educación sobre las drogas, la capacitación en modificación del comportamiento, la acupuntura, la terapia familiar, la capacitación para la prevención de la reincidencia y el desarrollo de aptitudes interpersonales y de supervivencia. La capacidad para mantenerse alejado de las drogas también se puede fomentar mediante programas de rehabilitación y reintegración, como las disposiciones

¹⁹⁴Los delitos de “particular gravedad” con respecto a los factores enunciados en el párrafo 5 por definición no quedarán comprendidos en la categoría de “delitos leves”.

¹⁹⁵Véanse las normas y reglas de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal.

sobre continuación de la educación, obtención de trabajo y enseñanza de aptitudes. Por lo tanto, las medidas de tratamiento, postratamiento, rehabilitación, reintegración social y educación estarán normalmente vinculadas entre sí y se superpondrán unas a otras. Como medida alternativa, el tratamiento se impone a veces como una condición para evitar el encarcelamiento. El objetivo es tener en cuenta la condición médica del delincuente manteniéndolo apartado de un entorno en que el tratamiento sería mínimo y la oportunidad para seguir usando drogas en forma indebida sería grande. Esas medidas, por lo tanto, no son necesariamente más leves que el encarcelamiento ni muy diferentes del concepto de castigo. Cabe tener en cuenta que el empleo del tratamiento como alternativa del castigo del uso de drogas y condición para evitar sentencias de encarcelamiento plantea cuestiones controvertidas: si el tratamiento obligatorio puede lograr resultados duraderos o si es esencial un cierto grado de voluntad y cooperación del toxicómano; la relación entre los especialistas médicos encargados del tratamiento y las autoridades judiciales; la combinación de las funciones de tratamiento y aplicación de la ley; y cuestiones de derecho civil dimanantes de la internación por períodos indefinidos.

3.110 El término “postratamiento” es utilizado normalmente por los penalistas para describir la fase de la supervisión y el asesoramiento que sigue a la liberación (especialmente la liberación condicional o temprana) tras una sentencia de encarcelamiento, mientras el ex recluso se reajusta a las condiciones de una sociedad normal. En el presente contexto, ésta sigue siendo una interpretación posible, pero es igualmente apropiado aceptar el argumento expuesto en los comentarios sobre los textos anteriores de que se trata de una etapa “que consiste principalmente en las medidas siquiátricas, psicoanalíticas o psicológicas que se necesitan después que esa persona haya dejado de consumir las sustancias de que hacía uso indebido o, en el caso de un “programa de mantenimiento”¹⁹⁶, después de haber sido inducida a limitar las cantidades consumidas de esas sustancias a las que requiera el programa”¹⁹⁷.

3.111 Se ha sugerido que la palabra “rehabilitación” abarca medidas que se requieren para que el ex toxicómano esté en condiciones físicas, vocacionales, mentales y de otro tipo adecuadas para vivir una vida normal como un miembro útil de la sociedad (cura de enfermedades, rehabilitación física en caso de discapacidad, capacitación vocacional, supervisión acompañada de asesoramiento y estímulo, medidas de avance gradual hacia una vida autónoma normal, etc.).

3.112 Es sumamente difícil establecer una línea divisoria entre “rehabilitación” y “reintegración social”. Se sugiere que el término “rehabilitación” se refiere principalmente a las medidas que tienen por objeto mejorar las cualidades personales del toxicómano (salud, estabilidad mental, normas morales, aptitudes vocacionales), mientras que el término “reintegración social” abarca medidas para que el toxicómano pueda vivir en un entorno que le sea más favorable. El término “reintegración social”, por lo tanto, comprende medidas como la colocación en un puesto de trabajo o en una vivienda de transición y quizá también facilitar al toxicómano el alejamiento del entorno en que había vivido y el traslado a una atmósfera social con menos pro-

¹⁹⁶Es decir, programas en que la dosis de las sustancias pertinentes que necesita el toxicómano se reducen a las cantidades mínimas médicamente justificadas a la luz de su condición personal.

¹⁹⁷Comentarios al Convenio de 1971, párrafo 4 de los comentarios sobre el párrafo 1 del artículo 20; y comentarios al Protocolo de 1972, párrafo 4 de los comentarios sobre el párrafo 16 del artículo 38.

habilidades de fomentar el uso indebido de drogas. El cambio de entorno puede también ser conveniente para reducir los perjuicios que el estigma social que conlleva el uso indebido de drogas pueden causar al ex toxicómano. El servicio comunitario, en forma de una obligación de cumplir cierto número de horas de trabajo no remunerado para el bien de la comunidad, puede considerarse como una medida válida de reintegración social, así como una medida de educación, que puede disponerse en caso de delitos leves en lugar del encarcelamiento.

3.113 La palabra “educación” puede referirse a la educación en general o a la enseñanza específica relativa a las consecuencias perjudiciales del uso indebido de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Esa educación se puede impartir durante el período de tratamiento o durante la encarcelación y puede también formar parte de un programa de posttratamiento, rehabilitación o reintegración social.

3.114 La lista de medidas adicionales de los incisos *b)*, *c)* y *d)* no es excluyente. Se deja al arbitrio de las partes el establecimiento de las medidas que juzguen apropiadas para las circunstancias particulares del delincuente en el contexto de sus ordenamientos jurídicos nacionales.

Parte introductoria del párrafo 5

5. Las Partes dispondrán lo necesario para que los tribunales y demás autoridades judiciales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, tales como:

Comentarios

3.115 Aunque los instrumentos anteriores utilizan la noción de “delitos graves”¹⁹⁸, no se identifican las circunstancias que confieren gravedad al delito. El párrafo 5 proporciona esa orientación presentando una lista no exhaustiva de circunstancias de hecho pertinentes. Corresponde a las partes asegurar que sus tribunales u otras autoridades competentes (por ejemplo, los tribunales especiales que usan algunos Estados para los casos de delitos relacionados con las drogas) puedan tener en cuenta esas circunstancias al declarar la culpabilidad. Por supuesto, no se necesitará legislación especial si la práctica de los tribunales ya satisface esta condición. Las partes no tienen obligación de asegurar que los tribunales u otras autoridades utilicen en la práctica esta facultad, ni tampoco se intenta determinar el efecto que esas circunstancias tendrían sobre la pena impuesta.

Inciso a) del párrafo 5

a) La participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte;

¹⁹⁸Convención de 1961, párrafo 1 del artículo 36; y Convenio de 1971, inciso *a)* del párrafo 1 del artículo 22.

Comentarios

3.116 La circunstancia importante es que el delito no sea cometido por un individuo actuando por sí solo. El texto requiere no sólo que el delincuente pertenezca a un grupo delictivo organizado, sino también que el grupo participe activamente en la comisión del delito. Dado que las circunstancias enunciadas en el párrafo 5 son circunstancias agravantes más que elementos de la definición de un delito, no fue necesario incluir un texto más específico en cuanto a la naturaleza de la participación del grupo.

Inciso b) del párrafo 5

b) La participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas;

Comentarios

3.117 En este caso se hace hincapié no en la relación de un grupo delictivo organizado con el delito que se ha cometido sino más bien en el hecho de que el delincuente participa en otras actividades delictivas internacionales organizadas. Esas actividades deben tener una dimensión internacional. Aunque deben ser “otras” actividades, no se excluyen las otras actividades relacionadas de alguna forma con el tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias sicotrópicas. Dos de los ejemplos dados durante las negociaciones fueron el contrabando de armas y el terrorismo internacional.

Inciso c) del párrafo 5

c) La participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito;

Comentarios

3.118 Hay muchos casos en que los beneficios derivados del tráfico ilícito o de otros delitos relacionados con las drogas se utilizan para financiar otros tipos de actividades ilícitas o criminales. Entre éstas pueden figurar actividades que comprendan el juego o la prostitución, que en algunos ordenamientos jurídicos se pueden considerar ilícitos (por ejemplo, si no están sujetos a control o supervisión oficial) pero no criminales; de ahí que se utilice el adjetivo más amplio “ilícito”.

Inciso d) del párrafo 5

d) El recurso a la violencia o el empleo de armas por parte del delincuente;

Comentarios

3.119 Aunque el texto del inciso d) no lo especifica, lo que significa sencillamente es que el delincuente utilizó violencia o armas en la comisión del delito. Se sugiere

que el término “armas” debe entenderse en su sentido más amplio, aunque hay razones para suponer que originalmente los autores tuvieron la intención de referirse a las armas de fuego. La intención más amplia se ve apoyada también por el uso del término “armes” en el texto francés (en lugar del término más específico “armes à feu”).

Inciso e) del párrafo 5

e) El hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo;

Comentarios

3.120 No se da ninguna definición de “cargo público”; el alcance de este término debe determinarse haciendo referencia a los conceptos utilizados en el ordenamiento jurídico nacional de cada Estado. Tiene que haber una relación entre el cargo que se ocupa y el delito; no es suficiente con que el delincuente ocupe un cargo público (aunque no se prohíbe a los tribunales tratar este hecho como una consideración material, independientemente de las directrices establecidas en la Convención). La relación normalmente tomará la forma de un uso indebido de poderes o de la influencia del cargo, aunque el texto no se refiere específicamente a una forma particular de relación.

Inciso f) del párrafo 5

f) La victimización o utilización de menores de edad;

Comentarios

3.121 La intención del inciso f) es clara; corresponderá a las partes, por referencia a los conceptos de sus ordenamientos jurídicos nacionales, definir la categoría de “menores de edad”. La palabra “utilización” incluye la explotación de menores, pero no se limita a ella. Por ejemplo, el empleo de un menor como mensajero podría ser suficiente para la aplicación del inciso.

Inciso g) del párrafo 5

g) El hecho de que el delito se haya cometido en establecimientos penitenciarios, en una institución educativa o en un centro asistencial o en sus inmediaciones o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas y sociales;

Comentarios

3.122 El inciso g) refleja varios problemas. Uno es el hecho de que el uso indebido de drogas constituye un problema en muchos institutos penales, y esto se considera como un obstáculo a la rehabilitación de los delincuentes, que pueden salir de la prisión con problemas que no tenían cuando entraron. La otra preocupación tiene

que ver con un deseo de brindar la máxima protección posible a los niños y a otros grupos expuestos especialmente a riesgos. Por esta razón, el párrafo se aplicará cuando las circunstancias sean tales que los niños, los estudiantes o las personas que asisten a instalaciones de servicios sociales puedan verse involucradas. En el texto no hay ninguna referencia a la posibilidad de que se pueda cometer un delito cerca de uno de los institutos especificados pero en un momento en que el instituto está cerrado y no hay ninguna otra persona presente; ahora bien, es difícil comprender cómo esa proximidad geográfica por sí sola puede tener mucho peso. En todo caso, el concepto de “en sus inmediaciones” no está claramente definido.

Inciso h) del párrafo 5

h) Una declaración de culpabilidad anterior, en particular por delitos análogos, por tribunales extranjeros o del propio país, en la medida en que el derecho interno de cada una de las Partes lo permita.

Comentarios

3.123 Según muchos ordenamientos jurídicos nacionales, los que imponen sanciones penales deben tener en cuenta la reincidencia y otros aspectos del historial de la persona culpable. Una característica saliente del inciso *h)* es la expresa referencia a la declaración de culpabilidad por tribunales extranjeros. En razón de las considerables diferencias entre los ordenamientos jurídicos nacionales en cuanto a la forma en que tratan estas cuestiones, se consideró esencial incluir en las palabras finales del inciso lo que de hecho representa una cláusula de salvaguardia adicional.

Párrafo 6

6. Las Partes se esforzarán por asegurarse de que cualesquiera facultades legales discrecionales, conforme a su derecho interno, relativas al enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, se ejerzan para dar la máxima eficacia a las medidas de detección y represión respecto de esos delitos teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasivo en lo referente a la comisión de esos delitos.

Comentarios

3.124 El origen de lo que luego fue el párrafo 6 está en una propuesta que hubiera exigido a las partes asegurarse de que su ministerio público aplique estrictamente la ley en las cuestiones relacionadas con el artículo 3. En algunos Estados, la falta de facultades discrecionales produce este efecto: el enjuiciamiento es obligatorio. Cuando existen facultades discrecionales, las negociaciones relativas al retiro de la acusación, la reducción de los cargos en cuanto a la gravedad del delito o la probable pena, o a otras concesiones podrían resolverse por medios impropios; en algunos Estados, las autoridades del ministerio público podrían requerir una cierta medida de protección frente a los poderosos intereses relacionados con la delincuencia organizada.

3.125 Existen, sin embargo, algunas consideraciones que se oponen a esta interpretación. Las facultades discrecionales se conceden normalmente a las autoridades del ministerio público para facilitar una política racional de enjuiciamiento y reconocer la preocupación perfectamente válida por establecer prioridades en el uso de los recursos. Pueden muy bien darse situaciones en que la promesa de una pena reducida persuada a la persona acusada de proporcionar información sobre otros delincuentes; una persona acusada que accede a ser testigo de la acusación podría aportar datos muy valiosos para asegurar la aplicación efectiva de la ley. Las concesiones otorgadas a las personas que ocupan los escalones más bajos de la delincuencia organizada permitirían a los organismos de investigación identificar y enjuiciar a los que ocupan los estratos superiores.

3.126 El texto final refleja un compromiso entre estas dos posiciones. Su inclusión en la Convención apunta a los peligros inherentes de la utilización demasiado generosa de la discreción de los fiscales y subraya el hecho de que hay que tener en cuenta debidamente la necesidad de impedir la comisión de delitos. El aspecto fundamental, sin embargo, es la necesidad de asegurar lo que el texto denomina “dar la máxima eficacia a las medidas de detección y represión” y esto permite dar la ponderación adecuada a las consideraciones que se resumen en el párrafo 3.125.

Párrafo 7

7. Las Partes velarán por que sus tribunales o demás autoridades competentes tengan en cuenta la gravedad de los delitos enumerados en el párrafo 1 del presente artículo y las circunstancias enumeradas en el párrafo 5 del presente artículo al considerar la posibilidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de alguno de esos delitos.

Comentarios

3.127 Los párrafos 4 y 5 tratan de las sanciones que se podrían imponer tras la declaración de culpabilidad. En el párrafo 7 se reconoce que la sanción impuesta inicialmente, ya se trate de encarcelamiento o de otro tipo de privación de la libertad, puede verse sustancialmente afectada por una decisión posterior de permitir la libertad anticipada o la libertad condicional de la persona sancionada. Esas decisiones son comunes en muchos Estados y forman parte de sus políticas y prácticas de aplicación de sanciones, aunque están totalmente prohibidas en otros. En el párrafo se exhorta a las partes a que aseguren que, cuando se vayan a adoptar decisiones de ese tipo en virtud de su ordenamiento jurídico nacional, los responsables por adoptar la decisión tengan en cuenta la gravedad de los delitos pertinentes, y la existencia de cualquiera de las circunstancias agravantes enunciadas en el párrafo 5.

Párrafo 8

8. Cada una de las Partes establecerá, cuando proceda, en su derecho interno un plazo de prescripción prolongado dentro del cual se pueda

iniciar el procesamiento por cualquiera de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo. Dicho plazo será mayor cuando el presunto delincuente hubiese eludido la administración de justicia.

Comentarios

3.128 Muchos Estados no prevén la prescripción en los casos penales; en muchos otros, se disponen y aplican períodos de prescripción, ya sea en forma universal o con sujeción a excepciones estrictamente limitadas. El párrafo 8 no se aplica a las partes que no establecen un plazo de prescripción; de ahí la frase “cuando proceda”. Las partes que tienen leyes sobre prescripción deben establecer un plazo de prescripción “prolongado” respecto de los delitos establecidos de conformidad con el párrafo 1; la palabra “prolongado” no se define. Además, deben prever la prolongación del período cuando el supuesto delincuente haya evadido la administración de justicia. Este último punto se introdujo teniendo presente el caso de un sospechoso que hubiese salido del territorio de una parte, pero en el texto final este caso particular se encuadra en un lenguaje de carácter más general. No es fácil interpretar el resultado: parecería que se requiere algún acto positivo del supuesto delincuente para “eludir” el enjuiciamiento, ya que la prescripción no tiene sentido si la mera falta de enjuiciamiento de un supuesto delincuente (que ha escapado a la administración de justicia) constituye un motivo para prolongar el período de prescripción. Cabe tener presente que las convenciones internacionales que establecen normas de derechos humanos exigen que, para que los procedimientos penales sean justos, los cargos se imputen sin demoras injustificadas.

Párrafo 9

9. Cada una de las Partes adoptará medidas adecuadas, conforme a lo previsto en su propio ordenamiento jurídico, para que la persona que haya sido acusada o declarada culpable de alguno de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, que se encuentre en el territorio de dicha Parte, comparezca en el proceso penal correspondiente.

Comentarios

3.129 En un proyecto anterior del párrafo 9 se hacía referencia en especial a la libertad bajo fianza, poniendo de relieve las grandes sumas de dinero con que normalmente cuentan los traficantes. Este material se suprimió, pero, no obstante, el párrafo se refiere precisamente a estas cuestiones. No trata la extradición, que se trata en el artículo 6; tampoco excluye los juicios *in absentia* cuando el supuesto delincuente no “se encuentre en el territorio de dicha Parte” y cuando esos juicios estén permitidos en los sistemas jurídicos pertinentes. Más bien, tiene por objeto, al igual que los párrafos precedentes, fomentar una aplicación efectiva de la ley. Dadas las sumas de dinero involucradas y la dimensión internacional de gran parte de los delitos relacionados con las drogas, el uso no prudente de la liberación previa al juicio puede poner en grave peligro la eficacia de la aplicación de la ley.

Párrafo 10

10. A los efectos de la cooperación entre las Partes prevista en la presente Convención, en particular la cooperación prevista en los artículos 5, 6, 7 y 9, los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo no se considerarán como delitos fiscales o como delitos políticos ni como delitos políticamente motivados, sin perjuicio de las limitaciones constitucionales y de los principios fundamentales del derecho interno de las Partes.

Comentarios

3.130 El párrafo 10 trata de la delicada cuestión de la excepción de los delitos políticos y fiscales, que es sumamente familiar en el campo de la extradición. Una característica común de la práctica de los Estados es que la asistencia se niega cuando el delito se caracteriza como de naturaleza política o fiscal. La definición de estas categorías no está implícita; por ejemplo, un acto realizado en un contexto político (como un levantamiento armado) podría no ser considerado de carácter político si se efectúa por razones personales o privadas. En el presente contexto, si se permitiera a las partes categorizar los delitos establecidos de conformidad con el artículo 3 como fiscales o políticos, o como políticamente motivados, esto constituiría un obstáculo a la aplicación de las medidas de cooperación internacional prescritas en los artículos 5 (Decomiso), 6 (Extradición), 7 (Asistencia judicial recíproca) y 9 (Otras formas de cooperación y capacitación). Este enunciado de modalidades de cooperación no es exhaustivo. La cláusula de salvaguardia del párrafo 10, que emplea el término “limitaciones constitucionales y principios fundamentales del derecho interno” en lugar de “conceptos básicos de un sistema jurídico” (diferencia de redacción que no parece afectar al significado), tiene por objeto proteger, en particular, los derechos garantizados por la constitución que obligan a negarse a las peticiones de extradición. Las presentes disposiciones pueden compararse con las del párrafo 6 del artículo 6, que expresan una noción conexas en el contexto de la extradición.

Párrafo 11

11. Ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará al principio de que la tipificación de los delitos a que se refiere o de las excepciones alegables en relación con éstos queda reservada al derecho interno de las Partes y de que esos delitos han de ser enjuiciados y sancionados con arreglo a lo previsto en ese derecho.

Comentarios

3.131 El párrafo 11 está tomado del párrafo 4 del artículo 36 de la Convención de 1961. No fue concebido como una cláusula de salvaguardia adicional. Asegura que ninguna disposición del artículo 3 se considere de aplicación directa. Aunque requiere que las partes establezcan delitos, estos delitos y sus sanciones formarán parte del ordenamiento jurídico nacional y se utilizarán en el marco y la terminología de ese ordenamiento. Esto reviste quizá aún mayor importancia en el caso de “excepciones alegables”, a las que también se refiere el párrafo.

Consideraciones relativas a la aplicación: párrafos 4 a 11

3.132 Los párrafos 4 a 11 del artículo 3 están concebidos, en su mayor parte, para asegurar que los delitos de tráfico ilícito, especialmente los establecidos en el párrafo 1, sean objeto de la atención que merecen por parte de las autoridades judiciales y del ministerio público de cada parte. El estilo de redacción utilizado a tal fin otorga a las autoridades apropiadas de cada Estado considerable latitud para el ejercicio de su propio juicio en la determinación de la mejor forma de lograr los objetivos pertinentes a la luz de las tradiciones jurídicas, morales y culturales diferentes. Esta flexibilidad inherente, a su vez, es ampliada en las disposiciones del artículo 24, que permite la adopción de medidas más estrictas o más severas que las dispuestas por la Convención si se considera conveniente o necesario para la prevención o supresión del tráfico ilícito. Esto puede ser de gran utilidad, por ejemplo, al considerar la lista de factores agravantes contenida en el párrafo 5. Algunas partes quizá deseen suplementarla haciendo referencia a cuestiones como la participación en delitos pertinentes de ciertas categorías de grupos de personas profesionales o empleados¹⁹⁹ o a la adulteración de las drogas de que se trate con sustancias tóxicas²⁰⁰.

3.133 El párrafo 10 del artículo 3 constituye en cierta medida una excepción ya que introduce una obligación calificada en relación con cuestiones de contenido jurídico o políticamente delicadas. Dispone que, a los fines de la cooperación internacional en virtud de la Convención de 1988 “los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo no se considerarán como delitos fiscales o como delitos políticos, ni como delitos políticamente motivados ...”. En lo que se refiere a los delitos políticos o políticamente motivados, basta con hacer referencia a la preocupación expresada en la Declaración Política aprobada por la Asamblea General en su decimoséptimo período extraordinario de sesiones (resolución S-17/2 de la Asamblea General, anexo) respecto de la creciente vinculación entre el tráfico ilícito y las actividades de los terroristas. Esta disposición tiene por objeto limitar la posibilidad de que un individuo invoque la protección de los denominados delitos políticos en estas y otras circunstancias similares²⁰¹. La referencia a la designación como delito fiscal tiene una finalidad algo similar. Como se ha señalado en otras partes, “Tradicionalmente, varios Estados no extraditaban a los delincuentes ni prestaban asistencia judicial recíproca respecto de delitos fiscales. Por lo tanto, al aumentar la posibilidad de cooperación en las investigaciones sobre lavado de dinero proveniente de las drogas, esta disposición es extremadamente importante”²⁰².

¹⁹⁹Párrafo 1 del artículo 15, del Reglamento Modelo de la OEA: “Las instituciones financieras, o sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que, actuando como tales, tengan participación en un delito de tráfico ilícito, u otro delito grave, estarán sujetos a sanciones más severas”.

²⁰⁰En Italia, el Decreto No. 309 de 9 de octubre de 1990 dispone en el inciso e) del párrafo 1 de su sección 80 el aumento de las sanciones de un tercio a la mitad “si los estupefacientes y las sustancias sicotrópicas son adulterados o mezclados con otras sustancias a fin de aumentar el riesgo potencial”.

²⁰¹Por ejemplo, el inciso a) del artículo 3 del Tratado Modelo sobre Extradición de 1990 aprobado por la Asamblea General en su resolución 45/116; véase también, por ejemplo, el artículo 3 de la Convención Europea sobre Extradición de 1957.

²⁰²“Report of the United States Delegation to the United Nations Conference for the adoption of a Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances”, 101st Congress, 1st Session, Senate, Exec. Rept. 101-15, pág. 32.

3.134 Los encargados de la aplicación deben considerar también otra vinculación existente entre la prestación de cooperación internacional y el asunto del que tratan los párrafos del artículo 3. En algunos países, se ha decidido subrayar la gravedad de los delitos del tráfico de drogas aplicándoles la sanción máxima, es decir, la pena de muerte. Muchos otros Estados, sin embargo, han adoptado la posición de que no prestarán ciertos tipos de cooperación internacional en casos que comprendan la pena de muerte. Esta práctica está muy bien establecida en relación con la extradición²⁰³ y puede aplicarse también en otras esferas de cooperación como la asistencia judicial recíproca. La dificultad, o la imposibilidad de obtener la extradición de fugitivos u otros delincuentes utilizando procedimientos establecidos de cooperación internacional en la administración de justicia en esos casos debe ponderarse cuando se establece una política de sanciones en esta esfera²⁰⁴.

²⁰³Véase, por ejemplo, el inciso *d*) del artículo 4) del Tratado Modelo sobre Extradición de 1990 (resolución 45/116 de la Asamblea General, anexo); véase también G. Gilbert, *Aspects of Extradition Law* (Londres, Martinus Nijhoff, 1991), págs. 99 y 100.

²⁰⁴También son pertinentes las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo Económico y Social relativas a las salvaguardias respecto de la pena capital (resolución 2857 (XXVI) de la Asamblea General y resolución 1990/29 del Consejo Económico y Social).

Artículo 4

COMPETENCIA

Comentarios de carácter general

4.1 De conformidad con el criterio general adoptado en convenciones multilaterales anteriores que tratan de delitos de carácter internacional, se consideró que no bastaba con disponer en el artículo 3 que los Estados debían tipificar como delitos penales las actividades del tráfico de drogas. Dadas las incertidumbres y las controversias que caracterizan a la cuestión de los límites impuestos por las normas del derecho internacional consuetudinario al derecho de los Estados de legislar con efecto extraterritorial²⁰⁵, se consideró que sería apropiado reglamentar la cuestión de la competencia prescriptiva en una disposición específica del tratado. Ésta es la función del artículo 4.

4.2 El artículo 4, cuyo alcance se limita a los delitos del tráfico internacional de drogas más graves enumerados en el párrafo 1 del artículo 3, establece dos tipos de competencia: la obligatoria y la discrecional. Se ocupa sólo del establecimiento de la competencia y no impone obligaciones en cuanto a su ejercicio. Esta última cuestión, es decir, la aplicación de la competencia, se trata en otras partes de la Convención²⁰⁶.

4.3 En la doctrina del derecho internacional público se encuentran varias bases de competencia bien establecidas. Éstas comprenden la jurisdicción “territorial”, el principio de que un Estado tiene jurisdicción sobre los delitos cometidos en su territorio; la jurisdicción ampliada “cuasi territorial” sobre los delitos cometidos en barcos o aeronaves registrados en el Estado; y la jurisdicción “personal”, que típicamente se ejerce sobre los nacionales del Estado. En las convenciones anteriores sobre estupefacientes y sustancias sicotrópicas había también disposiciones relativas al enjuiciamiento de delitos graves por una parte en cuyo territorio se encontrase el delincuente, en casos en que no se disponía de la extradición²⁰⁷. La Conferencia abordó esta cuestión teniendo en cuenta estos precedentes.

4.4 El reconocimiento de la validez de bases múltiples para el establecimiento de la competencia plantea la posibilidad de que la conducta de que se trate esté sujeta al derecho penal de dos o más Estados. Esto se produce particularmente en la esfera del tráfico de drogas, que tiene una naturaleza inherentemente transnacional. Aunque es

²⁰⁵Véase, por ejemplo, M. N. Shaw, *International Law*, 3a. edición (Cambridge, Grotius Publications, 1991), págs. 400 a 419.

²⁰⁶Véanse, por ejemplo, *infra*, los comentarios sobre el párrafo 9 del artículo 6. Pero véanse también, *supra*, los comentarios al párrafo 11 del artículo 3, en los que se afirma que nada de lo dispuesto en el artículo 3 “afectará al principio ... de que esos delitos deben enjuiciarse y castigarse de conformidad” con el derecho interno.

²⁰⁷Convención de 1961, apartado iv) del inciso a) del párrafo 2 del artículo 36, y Convenio de 1971, apartado iv) del inciso a) del párrafo 2 del artículo 22.

inevitable que se planteen reclamaciones de competencia concurrentes en el contexto de la Convención de 1988, el texto no procura resolver el problema de la prioridad que debe otorgarse a esos derechos contrapuestos. De igual modo, no hay una solución adecuada para esta cuestión en el cuerpo de normas existentes de derecho internacional consuetudinario. Esta cuestión suele estar cubierta, en parte, en relación con el principio de *ne bis in idem* (o la prevención o prohibición de la doble jurisdicción), aunque normalmente en sentido negativo como motivo para denegar diversos tipos de asistencia judicial²⁰⁸.

Inciso a) del párrafo 1

1. Cada una de las Partes:

a) Adoptará las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3:

- i) Cuando el delito se cometa en su territorio;
- ii) Cuando el delito se cometa a bordo de una nave que enarbole su pabellón o de una aeronave matriculada con arreglo a su legislación en el momento de cometerse el delito;

Comentarios

4.5 El inciso *a)* del párrafo 1, que es obligatorio para las partes, trata de la competencia sobre una base “territorial” o “cuasi territorial”. En la práctica de los Estados, esta competencia está establecida virtualmente en forma universal, pero se consideró apropiado incluirla específicamente para que el artículo 4 pudiera contener un conjunto amplio de disposiciones.

4.6 Al igual que otros tratados y convenciones internacionales, el texto requiere que la Competencia se “declare”. No necesariamente debe “ejercerse” siempre, y esta última palabra se omitió deliberadamente del artículo 4. Por ejemplo, puede haber casos en que sea más apropiado que el supuesto delincuente, que ha realizado la mayor parte de sus actividades delictivas en otro Estado, sea extraditado para ser sometido a juicio en ese Estado.

²⁰⁸Véase, por ejemplo, el párrafo 10 4) del plan del Commonwealth para la entrega de delincuentes fugitivos (*Commonwealth Schemes of Mutual Assistance in the Administration of Justice* (Londres, Secretaría del Commonwealth, 1991)) y el inciso *d)* del artículo 3 del Tratado Modelo sobre Extradición de 1990, aprobado por la Asamblea General en su resolución 45/116. El artículo 16 de este último trata de la cuestión de las peticiones simultáneas de extradición (véase también European Committee on Crime Problems, *Extraterritorial Criminal Jurisdiction* (Estrasburgo, Consejo de Europa, 1990), párrs. 33 a 35; y R. S. Clark, *The United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Program: Formulation of Standards and Efforts at their Implementation* (Filadelfia, University of Philadelphia Press, 1994), pág. 208, nota 52). El Grupo de Cooperación Judicial, trabajando bajo los auspicios de los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, ha preparado un tratado sobre la aplicación del principio de *ne bis in idem*.

4.7 El texto no intenta resolver el bien conocido problema de decidir en qué Estado se ha cometido un delito cuyos elementos se encuentran ubicados en más de un Estado. Corresponderá a cada ordenamiento jurídico nacional determinar si lo que ocurrió en su territorio satisface la definición de los delitos pertinentes creados en virtud de su propia ley.

4.8 Hay que tener presente que la Convención de 1988 no contiene una disposición equivalente a la del apartado i) del inciso a) del párrafo 2 del artículo 36 de la Convención de 1961, en virtud del cual los delitos tipificados con arreglo al párrafo 1, si se cometen en diferentes países, “se considerarán como un delito distinto”. Esta disposición, sobre la que tuvo mucha influencia el texto del artículo 4 de la Convención de 1936, tiene por objeto “dar a los tribunales de un país la jurisdicción territorial necesaria en los casos en que no podrían tenerla de otro modo y, en particular, garantizar que un país tenga jurisdicción territorial sobre los actos accesorios, aunque los actos principales no se hayan cometido en su territorio, y aunque asigne en general jurisdicción sobre los actos accesorios a los tribunales en cuyos distritos se cometieron los actos principales”²⁰⁹. La disposición de la Convención de 1961, así como la del apartado i) del inciso a) del párrafo 2 del artículo 22 del Convenio de 1971, que es similar, está sometida a la cláusula de salvaguardia; concretamente “a reserva de las limitaciones que imponga la constitución respectiva, el sistema jurídico y la legislación nacional de cada Parte”.

4.9 En el texto inglés de la Convención de 1988 se prefirió la palabra “*vessel*” a la palabra “*ship*”; no parece haber diferencias significativas entre estos términos, aun en el contexto de vehículos como aerodeslizadores. La expresión “que enarbole su pabellón” es usual y, por supuesto, no debe tomarse literalmente; la ausencia de un pabellón en el lugar acostumbrado no extingue la competencia del Estado de registro²¹⁰. En unos pocos ordenamientos jurídicos nacionales, sin embargo, una nave registrada en un Estado puede obtener permiso, por un período limitado, para enarbolar el pabellón de otro Estado; en tal caso, el texto otorga la competencia a este último Estado.

4.10 Las aeronaves se registran de manera similar, pero no se utiliza el término “pabellón”. Hay un número creciente de aeronaves de propiedad de un grupo de aerolíneas establecidas en diferentes países²¹¹, pero la práctica es que cada aeronave individual está registrada en uno solo de los Estados participantes. El Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional, en una resolución controvertida²¹², permitió el establecimiento de un registro conjunto o internacional, cuyo efecto sería dar a la aeronave nacionalidad doble o múltiple y, a los fines de la presente disposición, otorgar competencia a varios Estados.

4.11 La referencia al momento del delito puede ser crítica en algunos contextos relacionados con la aviación. El intercambio de acuerdos entre aerolíneas a veces dis-

²⁰⁹Comentarios a la Convención de 1961, párrafo 2 de los comentarios sobre el inciso a) del párrafo 2 del artículo 36 (véase también el párrafo 4.7, *supra*).

²¹⁰Véase el artículo 91 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (*El derecho del mar: Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.83.V.5)).

²¹¹Como ejemplos se pueden citar el Sistema de Aerolíneas Escandinavo y Air Afrique.

²¹²Documento 87/43-C/978 de la Organización de Aviación Civil Internacional, pág. 26.

pone la transferencia temporal de una aeronave del registro de un Estado al de otro para una parte de un vuelo internacional. En tales casos, hay que tener cuidado de identificar el momento real en que se comete el delito a fin de determinar cuál era el Estado de registro en ese momento.

Consideraciones relativas a la aplicación: inciso a) del párrafo 1,

4.12 El inciso a) del párrafo 1 prescribe la declaración obligatoria de competencia por las partes.

4.13 La autoridad de un Estado para declararse competente respecto de actos que tuvieron lugar en su propio territorio es una norma no impugnada del derecho internacional público de larga data. De hecho, todos los miembros de la comunidad internacional otorgan al principio territorial de la competencia una posición central en sus ordenamientos jurídicos. Por lo tanto, el cumplimiento de esta obligación será automático.

4.14 Pese a esto, muchas jurisdicciones no siempre aprovechan plenamente la flexibilidad de la norma de derecho internacional al elaborar sus propias leyes penales. Esta norma abarca tanto los principios subjetivos como objetivos de la territorialidad: es decir, dónde comenzó el acto y dónde se terminó. Esta flexibilidad puede ser particularmente valiosa en relación con el tráfico de drogas y otros delitos transnacionales cuyos elementos constituyentes se cometen con frecuencia en más de una jurisdicción. En algunos países de derecho anglosajón, por ejemplo, tradicionalmente se ha asumido la competencia sólo cuando el elemento final del delito se cometió en el territorio nacional²¹³. La laguna en la cobertura no es el resultado de ninguna limitación impuesta por el derecho internacional y, por lo tanto, puede remediarse en las leyes nacionales. Un aspecto evidente que hay que tener en cuenta es el de los delitos enumerados en el apartado iv) del inciso c) del párrafo 1 del artículo 3 cuando se cometen en otro Estado.

4.15 Cabe recordar que, además de su territorio terrestre, cada Estado costero posee soberanía sobre el mar territorial y el espacio aéreo sobre él en virtud de las normas del derecho internacional, tanto consuetudinario como convencional²¹⁴. A fin de eliminar todas las deficiencias posibles que podrían aprovechar los traficantes, y teniendo en cuenta la importancia práctica de eliminar el tráfico por mar²¹⁵, las partes deben determinar si la legislación existente abarca adecuadamente los delitos cometidos en naves que se encuentren en su mar territorial²¹⁶. Esa legislación, por supuesto,

²¹³Véase, por ejemplo, G. Williams, "Venue and the ambit of the criminal law" (Parte 3), *Law Quarterly Review*, No. 81, 1965, pág. 158.

²¹⁴Véase, por ejemplo, artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (*Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.84.V.3), documento A/CONF.62/1221, anexo I).

²¹⁵Véase, *infra*, el comentario al artículo 17, que no se aplica a las actividades de tráfico dentro del mar territorial.

²¹⁶Véase, por ejemplo, el artículo 113-2 del Código Penal francés. En el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, se hace hincapié principalmente en las disposiciones pertinentes de la Ley de Administración de Aduanas y Aranceles, de 1979; véase también el inciso b) del párrafo 1 del artículo 6 de la Convención de 1988 sobre la supresión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (*International Legal Materials*, No. 207, 1988, pág. 676).

sólo se puede hacer cumplir contra naves que enarboleden pabellones extranjeros de conformidad con el derecho internacional del mar²¹⁷.

4.16 La imposición de la obligación contenida en el apartado ii) del inciso a) del párrafo 1, de declarar la competencia cuando el delito se comete a bordo de una nave que enarbole su pabellón o de una aeronave matriculada con arreglo a su legislación tampoco es controvertida a nivel internacional. Si bien sería prudente realizar un examen de la idoneidad de las leyes existentes a este respecto, probablemente serían muy pocos los países que considerarían apremiante la necesidad de promulgar nuevas leyes en esta esfera²¹⁸. Por otra parte, cabe señalar que las cuestiones relacionadas con la jurisdicción concurrente se pueden plantear en esta y otras esferas abarcadas por el artículo 4. Como lo ha señalado el Comité Europeo sobre Problemas de la Delincuencia del Consejo de Europa: “Se producen múltiples declaraciones de competencia en los casos en que las naves navegan en aguas territoriales de otro Estado en el momento en que se comete el delito o cuando las aeronaves vuelan en o sobre ese territorio: no se sabe de la existencia de normas generales del derecho internacional para asignar la competencia entre los Estados, uno de los cuales declara su competencia de pabellón”²¹⁹. Como se señaló *supra*, la Convención de 1988 no intenta resolver el problema de las declaraciones de competencia contrapuestas²²⁰. Por lo tanto, su determinación se deja a las políticas y las leyes nacionales o se trata en el contexto de otros arreglos, acuerdos o mecanismos multilaterales o bilaterales.

Apartado i) del inciso b) del párrafo 1

b) Podrá adoptar las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3:

- i) Cuando el delito sea cometido por un nacional suyo o por una persona que tenga su residencia habitual en su territorio;

Comentarios

4.17 Resulta claro que cada parte del inciso b) del párrafo 1 crea una base separada para la declaración opcional de competencia²²¹.

²¹⁷Véase, en particular, el artículo 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

²¹⁸En Australia, un examen de ese tipo determinó una laguna en la cobertura legislativa que posteriormente fue eliminada en la sección 11 de la Ley Penal (Tráfico en estupefacientes y sustancias sicotrópicas) de 1990 (Ley No. 97 de 1990).

²¹⁹Comité Europeo sobre Problemas de la Delincuencia, *op. cit.*, pág. 12.

²²⁰Véanse, *supra*, los comentarios generales sobre el artículo 4.

²²¹No puede sostenerse la opinión alternativa, de que los requisitos de los apartados i), ii) y iii) son acumulativos en el sentido de que hay que satisfacer todos en cada caso para que el Estado pueda declarar su competencia (véase *Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones plenarias, 7a. sesión plenaria, párr. 22); esto no se sugirió en las deliberaciones sobre el proyecto, cuando cada punto se examinó separadamente.

4.18 El apartado i) del inciso b) trata de la competencia sobre una base “personal”, que a veces se denomina también el principio de la personalidad activa. A diferencia del inciso a), es facultativo más que obligatorio. Esto refleja la diversidad de prácticas de los Estados, muchos de los cuales establecen la competencia extraterritorial sobre la base de la nacionalidad, pero son muy pocos los que también declaran esa competencia en caso de residencia habitual, y algunos no utilizan la base “personal” de la competencia.

4.19 No se hace ningún intento por definir los conceptos de nacionalidad y residencia habitual. En casos de nacionalidad doble o múltiple, cada Estado de los que es nacional el supuesto delincuente puede declarar su competencia sobre esa base. La “residencia habitual” se considera normalmente como una noción puramente fáctica. En una resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa se sugiere que “al determinar si una residencia es habitual, hay que tener en cuenta la duración y la continuidad de la residencia así como otros factores de naturaleza personal o profesional que apunten a la existencia de lazos duraderos entre una persona y su residencia”²²².

Apartado ii) del inciso b) del párrafo 1

- ii) Cuando el delito se cometa a bordo de una nave para cuya incautación dicha Parte haya recibido previamente autorización con arreglo a lo previsto en el artículo 17, siempre que esa competencia se ejerza únicamente sobre la base de los acuerdos o arreglos a que se hace referencia en los párrafos 4 y 9 de dicho artículo;

Comentarios

4.20 La segunda base permitida para la declaración de competencia, contenida en el apartado ii) del inciso b) del párrafo 1, tiene que ver con la interdicción consensual de un barco de pabellón extranjero cuando ejerce su derecho a la libre navegación fuera del mar territorial. Esta disposición tiene que ver con la situación en que una parte solicita la autorización del Estado del pabellón de una nave que se sospecha participa en el tráfico ilícito a fin de aplicar las medidas de represión apropiadas con respecto a esa nave y a las personas y al cargamento que contiene. Esto se examina *infra* en el contexto del tráfico ilícito por mar, que es el tema del artículo 17.

Apartado iii) del inciso b) del párrafo 1

- iii) Cuando el delito sea uno de los tipificados de conformidad con el apartado iv) del inciso c) del párrafo 1 del artículo 3 y se cometa fuera de su territorio con miras a perpetrar en él uno de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.

²²²Resolución 72 (1) del Comité de Ministros, anexo.

Comentarios

4.21 El apartado iv) del inciso c) del párrafo 1 del artículo 3 trata de la participación, la asociación o la confabulación respecto de la comisión, la tentativa de comisión y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con la comisión de los delitos establecidos de conformidad con ese artículo.

4.22 El caso de confabulación en el territorio de una de las partes con el objeto de cometer una acción en otro Estado, sea o no parte en la Convención, se considera comprendido en la competencia obligatoria a que se hace referencia en el apartado i) del inciso a) del párrafo 1. El efecto de la presente disposición es permitir a los Estados que declaren su competencia cuando uno de estos delitos preparatorios se comete fuera de su territorio pero “con miras” a cometer, dentro de su territorio, uno de los delitos establecidos de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. Un ejemplo sería la confabulación establecida en un Estado para distribuir estupefacientes en otro Estado. Este último Estado debe declarar su competencia respecto de la confabulación, independientemente de que conduzca en realidad a la distribución de drogas en su territorio. Ahora bien, si el acuerdo entre los conspiradores ha llegado a una etapa en que se prevén actividades delictivas en varios Estados pero la selección del lugar en que se realizará dependerá de la obtención de más información, ningún Estado dentro de esa región puede basarse en la presente disposición para declarar su competencia; no podrá demostrarse que lo que ya ha ocurrido se hizo “con miras a” la comisión de un delito en ese lugar.

Consideraciones relativas a la aplicación: inciso b) del párrafo 1,

4.23 En el inciso b) del párrafo 1 se enumeran tres bases permitidas para declarar la competencia. La primera de éstas se refiere a los delitos cometidos extraterritorialmente por nacionales y residentes habituales. En este caso, se reconoce universalmente la aceptabilidad jurídica de la declaración de competencia sobre la base de la nacionalidad del delincuente (a veces denominado el principio de la personalidad activa). De hecho, en algunas convenciones multilaterales que tratan de delitos de carácter internacional, esa declaración de competencia tiene carácter obligatorio²²³.

4.24 Muchos Estados, particularmente los que tienen una tradición de derecho romano, utilizan el principio de la nacionalidad en forma regular o con considerable frecuencia. En Francia, por ejemplo, se puede enjuiciar a un ciudadano por cualquier *crime* y muchos *délits* cometidos en el extranjero²²⁴. La mayoría de los países de derecho anglosajón, por el contrario, han aplicado sólo pocas veces su derecho penal sobre la base de la nacionalidad del delincuente. Ahora bien, quizá haya algunos que, a la luz de la naturaleza grave de los delitos de que se trata, deseen examinar la posibilidad de crear una nueva excepción en relación con los delitos establecidos de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. Australia, por ejemplo, ha tomado esta medida. La Ley Penal (Tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas) de 1990²²⁵ se elaboró con el fin de aplicar “a los nacionales australianos que, fuera de Australia,

²²³Véase, por ejemplo, el inciso c) del párrafo 1 del artículo 6 de la Convención de 1988 sobre la Eliminación de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima (*International Legal Materials*, No. 27, 1988, pág. 676).

²²⁴Código Francés de Procedimientos Penales, artículo 689.

²²⁵Ley No. 97 de 1990, s.12.

realizan actividades de tráfico de drogas, que es un delito contra el derecho de un Estado extranjero y que también sería un delito contra el derecho en vigor en el Estado o territorio, si la persona lo hubiera realizado en ese Estado o territorio. Si la persona se encuentra posteriormente en Australia, podrá ser acusada de un delito en virtud de esta disposición²²⁶.

4.25 El supuesto de la competencia sobre la base de la residencia habitual de un individuo, más que de su nacionalidad, no está tan bien establecido en la práctica internacional²²⁷ y se lo invoca con menos frecuencia en la legislación interna²²⁸. Tailandia, por ejemplo, es uno de los Estados que aprovechan esta opción²²⁹.

4.26 Al considerar este y otros motivos que permiten la declaración de la competencia, hay que prestar atención al efecto que esa afirmación de competencia probablemente tendrá en esferas de cooperación internacional como la extradición y la asistencia recíproca en cuestiones penales. Por ejemplo, en el derecho y la práctica de la extradición suele ser común excluir la cooperación cuando el país requerido no dispone el enjuiciamiento de delitos extraterritoriales en circunstancias similares²³⁰. Algunas jurisdicciones, sin embargo, han llegado a la conclusión de que interesa a la justicia que se pueda entregar a los fugitivos respecto de una gama de circunstancias más amplia, como en los casos en que el país requirente fundamenta su competencia en la nacionalidad del delincuente²³¹.

4.27 Aunque la segunda base para el establecimiento de la competencia contenida en el apartado ii) del inciso b) del párrafo 1 está redactada en términos permisivos, no cabe duda de que se requerirá el supuesto de la competencia obligatoria para poder utilizar efectivamente todo el potencial que ofrece el artículo 17. Esta conclusión dimana del hecho de que sería casi inútil abordar y registrar una nave extranjera en aguas internacionales, cuya tripulación podría estar compuesta exclusivamente de nacionales extranjeros, a menos que se pudiera iniciar un juicio en casos en que se encontrasen drogas ilícitas²³². Hasta la fecha, sin embargo, son relativamente pocos los Estados que han promulgado legislación de este tipo. En algunos casos, como en

²²⁶Ley Penal (Tráfico en Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas) de 1989: Memorando Explicativo (Camberra, Parlamento del Commonwealth de Australia, Cámara de Diputados, 1989), pág. 6.

²²⁷Un texto alternativo restringe esta base para el establecimiento de la competencia obligatoria respecto de personas apátridas que son residentes habituales (véase, por ejemplo, el inciso a) del párrafo 2 del artículo 6 y el inciso b) del párrafo 1 del artículo 5 de la Convención internacional contra la toma de rehenes de 1979 (resolución 34/146 de la Asamblea General, anexo)).

²²⁸Véase, sin embargo, *Restatement of the Law Third: The Foreign Relations Law of the United States* (St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 1987), vol. I, págs. 239 y 240.

²²⁹Véase la sección 5 1) de la Ley de 1991 sobre medidas para enjuiciar a los delincuentes y suprimir los delitos relacionados con los estupefacientes.

²³⁰Véase, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 7 de la Convención Europea sobre Extradición de 1957, reproducida en *Explanatory Report on the European Convention on Extradition* (Estrasburgo, Consejo de Europa, 1985); y el inciso e) del artículo 4 del Tratado Modelo sobre Extradición de 1990 (resolución 45/116 de la Asamblea General, anexo).

²³¹Véase, por ejemplo, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Ley de Extradición de 1989, c.33, s.2.

²³²Es interesante observar que en el párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995 sobre el Tráfico Ilícito por Mar, por el que se aplica el artículo 17 de la Convención de 1988 (Colección de tratados europeos, No. 156), el establecimiento de esa competencia es obligatorio.

Irlanda²³³ y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte²³⁴, las disposiciones estatutarias pertinentes se pueden utilizar sólo respecto de otras partes en la Convención de 1988. Quizá fuera conveniente, sin embargo, considerar un texto que no fuera específico de la Convención de 1988²³⁵, teniendo en cuenta que el derecho internacional permite a cualquier Estado cuyo pabellón se enarbola renunciar a su competencia exclusiva y prestar su consentimiento a las medidas de represión de otro miembro de la comunidad internacional contra sus naves. Esto permitiría la extensión de esta forma de cooperación respecto de Estados que todavía no son partes de este importante instrumento internacional.

4.28 El artículo 4, si bien se refiere tanto a la cuestión de la competencia de una parte respecto de los delitos cometidos a bordo de naves que enarbolan su propio pabellón como de naves que enarbolan pabellones de otras partes, no dice nada sobre la asunción de poderes legislativos sobre las naves apátridas que participan en el tráfico internacional de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. La ausencia de disposiciones específicas sobre este tema es algo curiosa, dado que el párrafo 2 del artículo 17 se refiere a peticiones de asistencia para poner término a la utilización de esas naves cuando participen en el tráfico ilícito. La práctica internacional subsiguiente ha determinado que ésta es una cuestión que requiere atención, dado que, de hecho, las naves apátridas se han utilizado extensamente en las redes de tráfico²³⁶. Así pues, el párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995 sobre Tráfico Ilícito por Mar, por el que se aplica el artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, requiere que cada Estado “adopte las medidas que sean necesarias para establecer su competencia sobre delitos pertinentes cometidos a bordo de una nave sin nacionalidad, o que se asimila a una nave sin nacionalidad en virtud del derecho internacional”.

4.29 Cabe también recordar que el artículo 17 contiene en su párrafo 11 una disposición de no derogación respecto del ejercicio de la competencia del Estado ribereño de conformidad con el derecho internacional del mar. Sería prudente, por lo tanto, que los encargados de aplicar la Convención de 1988 examinaran la idoneidad de la legislación existente en relación con el ejercicio de la competencia respecto de delitos pertinentes en cualquier zona contigua o aduanera, así como las normas de derecho interno relativas a otras leyes independientes de las potencias marítimas, incluido el derecho de persecución²³⁷.

4.30 El último justificativo discrecional para el establecimiento de la competencia extraterritorial obligatoria que se trata específicamente en el inciso *b*) del párrafo 1

²³³Irlanda, Justicia Penal (Cooperación Internacional), Ley No. 15 de 1994, secc. 34 a 36.

²³⁴Reino Unido, Justicia Penal (Cooperación Internacional), Ley de 1990, c.5, secc. 19 a 21.

²³⁵Ésta es la posición adoptada en la Ley de Aplicación del Derecho Marítimo de los Estados Unidos (véase 46 USC 1903).

²³⁶Véase la recomendación 13 del Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima, hecha suya por la Comisión de Estupefacientes en su resolución 8 (XXXVIII) (*Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 1995, Suplemento No. 9 (E/1995/25)*, cap. XII, secc. A.).

²³⁷El derecho de persecución se puede utilizar en relación con ciertas operaciones de contrabando de drogas en “buques nodrizas”. Algunos tribunales nacionales han determinado que este derecho se aplica también a las denominadas “operaciones de presencia constructiva extendida” (véase, por ejemplo, *Re Pulos, International Law Reports*, vol. 77, No. 587 (Italia); y *R. v. Sunila and Solayman* (1986) 28 D.L.R. (4th) 450 (Canadá).

es el denominado principio “de los efectos”²³⁸. Este principio, que ha sido fuente de algunas controversias en otros contextos, se limita estrictamente en su aplicación a los delitos enunciados en el apartado iv) del inciso c) del párrafo 1 del artículo 3, cuando se cometen fuera del territorio de una parte con miras a la comisión, dentro de ese territorio, de uno de los delitos establecidos de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. Por lo tanto, aunque hay una relación clara entre el acto denunciado y el territorio del Estado, el principio de los efectos, tal como se expresa en este contexto, es más amplio que el principio de la territorialidad previsto en el apartado i) del inciso a) del párrafo 1. Esto se debe a que, en este caso, el delito se ha cometido fuera del territorio del Estado y puede que, de hecho, no haya habido un acto manifiesto en el territorio del Estado. En otras palabras, el principio se puede extender a los efectos deseados pero todavía no realizados dentro del territorio del Estado.

4.31 En muchos países, será necesario adoptar medidas legislativas para aprovechar plenamente las posibilidades que ofrece esta disposición²³⁹. Ahora bien, en los últimos años las judicaturas de ciertas jurisdicciones de derecho anglosajón han adoptado una opinión que apoya el alcance de las normas existentes de derecho anglosajón en este contexto. En el caso de 1990 *Liangsirprasert c. Gobierno de los Estados Unidos y otro*²⁴⁰ el Comité Judicial del Consejo Privado sostuvo que “una confabulación iniciada en Tailandia con la intención de cometer el delito penal de tráfico de drogas en Hong Kong es ajusticiable en Hong Kong aun cuando todavía no haya ocurrido en Hong Kong ningún acto manifiesto en virtud de esa confabulación”²⁴¹. En un caso posterior, *Regina c. Sansom y otros*²⁴², que también se refiere a una confabulación extraterritorial relacionada con los estupefacientes, la Cámara de Apelaciones de Inglaterra confirmó la opinión precedente de la norma de derecho anglosajón y la extensión a la interpretación de las disposiciones estatutarias²⁴³.

Inciso a) del párrafo 2

2. Cada una de las Partes:

a) Adoptará también las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicha Parte no lo extradite a otra basándose en que:

- i) El delito se ha cometido en su territorio o a bordo de una nave que enarbole su pabellón o de una aeronave matri-

²³⁸Véase el apartado iii) del inciso b) del párrafo 1 del artículo 4.

²³⁹Véase, por ejemplo, Tailandia, Ley sobre medidas para enjuiciar a delincuentes que hayan cometido delitos relacionados con los estupefacientes, sección 5 2). Esta disposición dice lo siguiente: “ Toda persona que cometa un delito relacionado con los estupefacientes, a pesar de que el delito se cometa fuera del Reino, será castigada en el Reino si resulta que: ... 2) el delincuente es extranjero y su intención es que las consecuencias se produzcan en el Reino o que el Gobierno de Tailandia sea la persona lesionada”.

²⁴⁰[1990] 2 All E.R., pág. 866.

²⁴¹Ibíd., pág. 878.

²⁴²[1991] 2 All E.R., pág. 145.

²⁴³Ibíd., pág. 150.

culada con arreglo a su legislación en el momento de cometerse el delito; o

- ii) El delito ha sido cometido por un nacional suyo;

Comentarios

4.32 Siguiendo el plan general adoptado en muchos otros acuerdos multilaterales que tratan de delitos de interés internacional, el párrafo 2 del artículo 4 utiliza el concepto de la administración de justicia indirecta expresado en el principio *aut dedere aut judicare*. Básicamente, este concepto requiere que cuando un supuesto delincuente se encuentre en el territorio de una parte y ese Estado no extradite al individuo, debe haber establecido su competencia para poder iniciar el enjuiciamiento.

4.33 El texto del párrafo 2 en su conjunto se puede comparar al del apartado iv) del inciso a) del párrafo 2 del artículo 36 de la Convención de 1961. En el texto de 1961, a diferencia del texto de la presente disposición, hay una cláusula de salvaguardia relativa a las limitaciones constitucionales de una parte, su régimen jurídico y su legislación nacional. En los comentarios a la Convención de 1961, que se publicaron en 1973, se sugiere que “habida cuenta del deterioro de la situación internacional en materia de estupefacientes desde 1961 ..., los gobiernos interesados pueden considerar actualmente que el enjuiciamiento de delitos graves de tráfico ilícito cometidos en el extranjero es mucho menos objetable por razones de principio que entonces”²⁴⁴. Esta profética sugerencia se ha convalidado en cierta medida en el texto del párrafo 2.

4.34 Cuando se haya denegado la extradición basándose en uno de los dos motivos enunciados en los apartados i) y ii) del inciso a), la parte tendrá la obligación de declararse competente. La causa enunciada en el apartado i) del inciso a) se basa en el principio de la territorialidad, con su ámbito ampliado para abarcar naves y aeronaves; en todos estos casos, cada parte estará obligada a declarar su competencia en virtud del inciso a) del párrafo 1.

4.35 La situación es diferente respecto de los casos comprendidos en el apartado ii) del inciso a), en que el delito ha sido cometido por un nacional de esa parte. Este texto debe compararse con el del apartado i) del inciso b) del párrafo 1, que permite pero no exige a la parte la declaración de competencia en ciertos casos, incluido el caso en que el delito es cometido por un nacional suyo. El efecto de la presente disposición es que la competencia sobre los delitos cometidos por nacionales, que en general es discrecional, se vuelve obligatoria cuando se deniega la extradición sobre esa base. Cabe señalar que en la presente disposición no se hace ninguna referencia a los delitos cometidos por un residente habitual del territorio de una parte; la denegación basada en la residencia habitual del supuesto delincuente no está comprendida en la presente disposición.

Inciso b) del párrafo 2

b) Podrá adoptar también las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de con-

²⁴⁴Véanse también el párrafo 3 del artículo 36 de la Convención de 1961, y los comentarios a la Convención de 1961, comentarios sobre el apartado iii) del inciso a) del párrafo 2 del artículo 36.

formidad con el párrafo 1 del artículo 3, cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicha Parte no lo extradite a otra.

Comentarios

4.26 Si los motivos en que se basa, o se basaría, la denegación de la extradición son diferentes de los enunciados en el inciso *a*), la parte requerida no tiene la obligación de establecer su propia competencia. Así pues, por ejemplo, si la extradición de un supuesto delincuente que ha cometido un delito²⁴⁵ en un Estado es solicitada por otro Estado, donde el supuesto delincuente está presente pero del que no es nacional, y la extradición se deniega sobre la base de un posible prejuicio racial²⁴⁶ el delincuente quizá logre eludir el enjuiciamiento, ya que el Estado requerido no tiene la obligación de declarar su propia competencia y, de hecho, el caso no está comprendido en las disposiciones de los párrafos 1 y 2 que tratan de los motivos discrecionales para la declaración de la competencia. Cuando se ha establecido esa competencia facultativa y el supuesto delincuente no es extraditado, el inciso *b*) del párrafo 9 del artículo 6 dispone que se debe presentar el caso “ante sus autoridades competentes para enjuiciarlo, salvo que la Parte requirente solicite otra cosa a efectos de salvaguardar su competencia legítima”²⁴⁷.

Consideraciones relativas a la aplicación: párrafo 2

4.37 El inciso *a*) del párrafo 2 del artículo 4, que está redactado en términos obligatorios, dispone que una parte debe declarar su competencia cuando deniega la extradición ya sea porque el delito se ha cometido en su territorio o a bordo de una de sus naves o aeronaves o porque ha sido cometido por un nacional suyo²⁴⁸. En este último caso, las jurisdicciones de derecho civil, a diferencia de la tradición del derecho anglosajón, normalmente se ven impedidas por motivos constitucionales, jurídicos o de política, de extraditar a sus propios ciudadanos²⁴⁹. Como se ha señalado *supra*, sin embargo, los mismos países de derecho civil tienden también a extender el uso del principio de la nacionalidad y de esta forma tienen normalmente una base jurídica para enjuiciar a sus nacionales por delitos cometidos en el extranjero. Por lo tanto, todo Estado que tenga el propósito de pasar a ser parte en la Convención de 1988 y tropiece con impedimentos para extraditar a sus nacionales debe asegurar que ha invocado la opción prevista en el apartado i) del inciso *b*) del párrafo 1 para abarcar sus obligaciones en esos casos.

4.38 El uso de la disposición discrecional del inciso *a*) del párrafo 2 del artículo 4 brinda una oportunidad más para eliminar lagunas en la cobertura de los delitos establecidos de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, que de otra forma podrían ser aprovechadas por individuos que han cometido delitos de tráfico de drogas en el

²⁴⁵Ignorando, para este fin, el posible caso de un delito establecido de conformidad con el apartado iv) del inciso *c*) del párrafo 1 del artículo 3 (véase el apartado iii) del inciso *b*) del párrafo 1 del artículo 4 y los párrafos 4.21 y 4.22 *supra*).

²⁴⁶Véase el párrafo 6 del artículo 6.

²⁴⁷Véanse, *infra*, los comentarios sobre el inciso *b*) del párrafo 9 del artículo 6.

²⁴⁸Véanse, *infra*, los comentarios sobre el inciso *a*) del párrafo 9 del artículo 6.

²⁴⁹Véase, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 16 de la Ley Básica Alemana; véase también G. Gilbert, *Aspects of Extradition Law* (Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1991), págs. 95 a 99.

extranjero para evadir a la justicia. Entre los Estados que han aprovechado esta oportunidad figura Australia. En la sección 12 de su Ley Penal de 1990 (Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas)²⁵⁰, se establece la competencia extraterritorial sobre ciertos delitos relacionados con las drogas cometidos por un no australiano que posteriormente se encuentre en Australia. Se prevén dos situaciones: primero, cuando no se ha recibido petición de extradición del país en que se ha cometido el delito; y segundo, cuando se ha pedido la extradición pero ésta se ha denegado. En el *Memorando Explicativo* preparado bajo la autoridad del Fiscal General del Commonwealth se señala: “Esto podría ocurrir, por ejemplo, en los casos en que el Fiscal General determinase que la persona no debe ser entregada porque el país requirente se niega a dar seguridades satisfactorias en cuanto a la no imposición o no aplicación de la pena de muerte”²⁵¹.

Párrafo 3

3. La presente Convención no excluye el ejercicio de las competencias penales establecidas por una Parte de conformidad con su derecho interno.

Comentarios

4.39 La Convención obliga o alienta a las partes a declarar su competencia en ciertos tipos de casos. Cuando una parte ha declarado su competencia sobre una base que no está incluida entre las enunciadas en el artículo 4, ninguna disposición de la Convención le impide continuar ejerciendo esa competencia.

Consideraciones relativas a la aplicación: párrafo 3

4.40 Es importante tener presente que el párrafo final del artículo 4 no debe entenderse en el sentido de que los Estados deben considerarse como totalmente exentos de establecer cualquier tipo de competencia extraterritorial que pudiera estar justificada por motivos de política o prácticos. La cuestión de los límites correctos de la competencia extraterritorial obligatoria se rige por las normas del derecho internacional consuetudinario y los miembros de la comunidad internacional tradicionalmente han sido sensibles a las reclamaciones no razonables o exorbitantes de esa competencia. Si se considera la posibilidad de utilizar motivos para declarar la competencia no autorizados específicamente en otras partes del artículo 4, sería conveniente que los encargados de la aplicación solicitaran el asesoramiento de especialistas.

²⁵⁰Ley No. 97 de 1990.

²⁵¹*Proyecto de Ley Penal de 1989 (Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas: Memorando Explicativo)* (Cambera, Parlamento del Commonwealth de Australia, Cámara de Diputados, 1989), pág. 7; véase también Tailandia, Ley sobre medidas para castigar a los delincuentes que han cometido delitos relacionados con los estupefacientes, 1991, sección 5 3).

Artículo 5

DECOMISO

Comentarios de carácter general

5.1 La redacción del artículo 5 resultó difícil, en parte debido a las diferentes formas de decomiso que se usan en las leyes nacionales (véase el párrafo 5.7 *infra*) y en parte en razón de los diferentes conceptos de decomiso que se encuentran en los ordenamientos jurídicos nacionales, algunos de los cuales lo consideran como una medida preventiva y otros como una sanción. Cabe tener presente que el decomiso se trata expresamente como una sanción en el inciso a) del párrafo 4 del artículo 3, donde el contexto es la necesidad de que la comisión de delitos sea pasible de sanciones que tengan en cuenta la naturaleza grave de los delitos pertinentes.

5.2 Al considerar el artículo 5 en su conjunto, es importante recordar el estado del desarrollo del derecho en 1988. Fue sólo durante el decenio de 1980 que los Estados comenzaron a desarrollar legislaciones nacionales amplias relativas al decomiso del producto del tráfico de drogas y otros delitos, junto con cuestiones conexas como el lavado de dinero. En la última parte de ese decenio se hizo hincapié en la coordinación internacional de las actividades de represión²⁵². El Plan del Commonwealth de Asistencia Recíproca en Cuestiones Penales se aprobó en 1986 y las disposiciones sobre el producto del delito se incluyeron sólo en la etapa final de la redacción. Ésta fue, por lo tanto, una esfera en que muchos Estados tenían poca experiencia, y aun la legislación que ya se había promulgado, como la de los Estados Unidos, estaba en cierta forma en una etapa experimental.

5.3 El resultado fue una incertidumbre inicial sobre el grado de detalle que sería conveniente respecto de este asunto. El proyecto preliminar de la Convención, publicado en junio de 1986, entró en considerable detalle en cuanto al contenido preciso de las leyes nacionales de cada parte, los tipos de mandamientos que sus tribunales podían emitir y sus efectos y duración²⁵³. Los proyectos siguientes se redactaron en un estilo más flexible, a fin de facilitar la aplicación en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales.

Párrafo 1, parte introductoria e inciso a)

1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

²⁵²Véase, por ejemplo, "Informe de un comité de estudio del Parlamento Europeo", documento de trabajo del Parlamento Europeo 1986-1987, documento A2-114.

²⁵³*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CN.7/1978/2, secc. II, art. 3.

a) Del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto;

Comentarios

5.4 El texto introductorio del párrafo 1 deja en claro la obligación de las partes de adoptar medidas: cada parte debe hacer lo necesario para disponer en su ordenamiento jurídico nacional el decomiso en la forma en que se trata en este párrafo. El texto del párrafo, leído junto con el párrafo 9 (véase el párrafo 5.58 *infra*), da a cada parte cierta discreción en cuanto a la naturaleza de las medidas necesarias. Conviene tener presente que la obligación es de “autorizar” el decomiso; la parte no está obligada a dar carácter obligatorio al decomiso en todos los casos y ni siquiera en casos específicos.

5.5 La palabra “decomiso” utilizada en este párrafo se define de la siguiente manera en el inciso f) del artículo 1: “Por ‘decomiso’ se entiende la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente”. En el plano internacional el uso de los términos “decomiso” e “incautación” no es coherente. En diferentes ordenamientos jurídicos se utiliza uno u otro término para referirse a un concepto igual o virtualmente idéntico; en algunos ordenamientos jurídicos, ambos términos aparecen con sentidos diferentes²⁵⁴. El texto tiene por objeto impedir que cualquier disputa árida sobre terminología obstruya la finalidad de la disposición. Se dio prioridad al término “decomiso” en parte porque era el término que empleaban las convenciones anteriores, donde había disposiciones limitadas, no totalmente claras en cuanto a sus efectos, en el sentido de que ciertas sustancias y utensilios “podrán ser objeto de aprehensión y decomiso”²⁵⁵.

5.6 El inciso a) trata del decomiso del “producto”, definido en el inciso p) del artículo 1 como los bienes²⁵⁶ obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. Entre los bienes obtenidos directamente figurarían, por ejemplo, el dinero realmente pagado por una remesa de estupefacientes; los bienes derivados indirectamente de un delito podrían incluir, por ejemplo, un cuadro valioso u otro bien adquirido con el dinero recibido de esa forma. En todo caso, habría una cadena de transacciones que vincularían los bienes de que se tratase con el delito pertinente²⁵⁷.

5.7 El inciso a) se refiere también a la “sustitución de los bienes” o el “decomiso de valor equivalente”. En algunos Estados, la legislación sobre decomiso permite incautarse de un bien que represente el valor equivalente del beneficio obtenido por el delincuente de los delitos por los que ha sido sancionado, en lugar del verdadero bien recibido o derivado de esos delitos. El efecto es similar al de la ejecución de una sanción monetaria por ejecución contra el patrimonio de una persona. Este enfoque

²⁵⁴Véase Australia, Ley sobre el Producto del Delito de 1987, parte II, s.14.

²⁵⁵Convención de 1961, artículo 37; y Convención de 1971, párrafo 3 el artículo 22.

²⁵⁶Que a su vez está definido en los términos más amplios posibles (véase el inciso q) del artículo 1).

²⁵⁷De esto se desprende que el hecho de que un bien particular pueda ser una representación “indirecta” de los beneficios originales obtenidos del delito no significa que hay menos sospechas de las personas involucradas o prueba de su participación.

se encuentra paralelamente y como alternativa a la incautación directa del bien identificado. Hay circunstancias en que la incautación directa es impracticable o imposible, o plantea complejas cuestiones relativas a la situación de terceros inocentes: un ejemplo utilizado durante los debates del proyecto se refería a la adquisición por un delincuente de una participación de un octavo en un caballo de carrera, quedando las otras partes en poder de terceros inocentes. El decomiso del valor de esa participación, representada a tal fin por otros bienes en posesión del delincuente, se consideró una solución satisfactoria en ese caso. De hecho, el “decomiso de valor equivalente” resultó con frecuencia el método más eficiente para aplicar la ley.

5.8 Parece que la intención de esta disposición es que cada parte adopte las medidas necesarias para disponer o bien el decomiso del producto, o el decomiso de bienes de valor equivalente. Un Estado puede adoptar ambos tipos de decomiso, pero no está obligado a hacerlo; pero cada parte debe estar en condiciones de cooperar con otros Estados, aunque no hayan adoptado el mismo criterio de decomiso.

5.9 No fue el propósito del texto abarcar todas las cuestiones que podrían plantearse en el contexto de la legislación. En los párrafos 6 a 8, que se examinan más adelante, hay otros materiales pertinentes, pero muchas otras cuestiones se dejan al arbitrio del legislador nacional. Un ejemplo es el método para determinar el valor del bien en virtud de un “criterio de decomiso de valor equivalente”, que incluye cuestiones como el carácter “bruto” o “neto” del producto, y el efecto de la inflación entre la fecha en que se cometió el delito y la fecha del mandamiento de decomiso del tribunal o de otra autoridad competente. De hecho, la disposición se redactó cuidadosamente para no tener que especificar si se necesita un mandamiento judicial ni cuáles son los procedimientos jurídicos que deben realizarse. En particular, no se hizo ninguna referencia al empleo de formas de decomiso penales, por oposición a civiles; en algunos Estados, ambos son válidos y se aplican en cada caso al delito principal.

5.10 Se deja al legislador nacional la decisión de si debe haber una declaración de culpabilidad registrada o si basta con probar (en algunos ordenamientos, quizá en base a una norma probatoria menos estricta que la requerida para casos penales) que el bien se derivó de una conducta comprendida en la definición de un delito; el texto no impide las formas de decomiso que no requieren declaración de culpabilidad.

Inciso b) del párrafo 1

b) De estupefacientes y sustancias sicotrópicas, los materiales y equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en cualquier forma para cometer los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.

Comentarios

5.11 Los términos “estupefacientes” y “sustancias sicotrópicas” tienen el significado de la definición del artículo 1²⁵⁸; los otros términos utilizados en este inciso no se definen en la Convención de 1988. Parece estar claro que la frase “materiales y equi-

²⁵⁸Véanse, *supra*, los comentarios sobre artículo 1.

pos u otros instrumentos” debe ser objeto de la interpretación más amplia posible. La Convención de 1961 utilizó el término “utensilio” y no está claro si incluye a vehículos como naves y aeronaves, especialmente si se han utilizado sin el consentimiento de su propietario. El presente texto, sin embargo, contiene el término adicional “instrumentos”²⁵⁹, que es evidentemente lo bastante amplio para incluir todo vehículo utilizado, o que se tenga intención de utilizar, en la comisión del delito. La inclusión de las palabras “en cualquier forma” subraya la amplitud del concepto de instrumentos, concepto que es apto para hacer frente al creciente ingenio de los delincuentes.

5.12 El texto se refiere a elementos “utilizados o destinados a ser utilizados” en la comisión de un delito. El texto no especifica que deba probarse esa intención; será el legislador nacional quien determine si el decomiso se limita a los artículos en posesión de la persona que tiene el propósito de utilizarlos ella misma en la futura comisión de un delito o si basta con demostrar que los tenía en su posesión con el propósito de que otra persona los utilizara en la comisión de un delito.

Párrafo 2

2. Cada una de las Partes adoptará también las medidas que sean necesarias para permitir a sus autoridades competentes la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, con miras a su eventual decomiso.

Comentarios

5.13 Los términos “embargo preventivo” o “incautación” están definidos en el inciso *l*) del artículo 1, como la “prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal o por una autoridad competente”²⁶⁰.

5.14 El texto guarda silencio en cuanto a la localización de los bienes de que se trata. En muchas circunstancias, las autoridades estatales sólo podrán tomar medidas prácticas para identificar y localizar los bienes situados en su propio territorio. No obstante, los Estados quizá deseen dar carácter extraterritorial a un mandamiento de embargo preventivo, pero para ello necesitarán la asistencia de las autoridades competentes del Estado en que se encuentran los bienes; la Convención no contiene una disposición para dar efecto a esos mandamientos²⁶¹.

²⁵⁹El término “instrumento” no se define en la Convención de 1988 y hay diferencias marcadas en los criterios nacionales respecto de esta cuestión. En algunos países, esto puede incluir a los bienes raíces mientras que en otros no. En virtud del inciso *c*) del párrafo 4 y del párrafo 9, se aplica la ley del Estado requerido. El inciso *c*) del artículo 1 de la Convención del Consejo de Europa sobre Blanqueo, Búsqueda, Incautación y Decomiso del Producto de Delitos define el término de la siguiente manera: “todo bien utilizado, o que se tenga intención de utilizar, de cualquier manera, en todo o en parte, para cometer un delito o delitos penales”.

²⁶⁰En algunos ordenamientos jurídicos se pueden utilizar ambos términos, considerándose “el embargo preventivo” en relación con la primera parte de la definición del inciso *l*) del artículo 1, y el término “incautación” como la restricción física a que se refiere la última parte de esa definición.

²⁶¹Véase el inciso *b*) del párrafo 4 del artículo 5.

Párrafo 3

3. A fin de dar aplicación a las medidas mencionadas en el presente artículo, cada una de las Partes facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes a ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Las Partes no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.

Comentarios

5.15 Como se desprende claramente de la segunda oración del párrafo 3, la finalidad principal de esta disposición es privar a los delincuentes de las ventajas del secreto bancario. Sin embargo, su alcance es más amplio. Abarca otros documentos “financieros”, categoría que ha crecido enormemente en tamaño e importancia con el crecimiento de las industrias de los servicios financieros; y los documentos “comerciales” como los de las compañías de transporte marítimo, los portadores de carga y los aseguradores. Cada parte debe asegurar la disponibilidad de estos documentos (para su examen, que en el caso de los documentos almacenados en una base de datos computadorizada incluye la “consulta” de esos datos), de ser necesario mediante mandamientos de presentación, o la incautación por orden de un tribunal u otra autoridad competente con arreglo a la definición de la legislación nacional (como los fiscales, las autoridades aduaneras u otros organismos de investigación especiales).

5.16 En virtud de esta disposición, la obligación de las partes tiene por objeto “dar aplicación a las medidas mencionadas en el presente artículo”. Éstas incluyen las medidas a que se hace referencia en el párrafo 4, que tratan de la cooperación internacional. Tiene que haber facultades para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios u otros documentos en respuesta a peticiones de otras partes, y no sólo a los fines internos del Estado en que se encuentran los documentos.

5.17 La segunda oración, que hace referencia al secreto bancario, impide a una parte alegar que, en razón de su legislación, no puede cumplir con las disposiciones del párrafo 3. En todo caso, ese párrafo no contiene una cláusula de salvaguardia. Aunque la Convención no exige a las partes la abolición de sus leyes del secreto bancario, requiere la adopción de excepciones apropiadas al principio de secreto bancario o de la confidencialidad a fin de que se puedan adoptar medidas en casos de tráfico ilícito de drogas. La aplicación de estas excepciones quedará al arbitrio de los tribunales u otras autoridades competentes²⁶².

Párrafo 4

Comentario de carácter general

5.18 El párrafo 4 trata de la asistencia que una parte presta a otra en el contexto del decomiso. El tema de que trata este párrafo está estrechamente relacionado con las cuestiones más generales de la asistencia judicial recíproca de que trata el artícu-

²⁶²Véanse también, *infra*, los comentarios sobre el párrafo 9.

lo 7, y muchas de las disposiciones de este último artículo se aplican expresamente a casos comprendidos en el ámbito del párrafo 4.

Inciso a) del párrafo 4

4. a) Al recibirse una solicitud formulada con arreglo al presente artículo por otra Parte que sea competente respecto de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, la Parte en cuyo territorio se encuentren el producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros de los elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo:

- i) Presentará la solicitud a sus autoridades competentes con el fin de obtener un mandamiento de decomiso al que, en caso de concederse, dará cumplimiento; o
- ii) Presentará ante sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en la medida solicitada, el mandamiento de decomiso expedido por la Parte requirente de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, en lo que se refiera al producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 que se encuentren en el territorio de la Parte requerida.

Comentarios

5.19 El inciso a) del párrafo 4 trata de la situación en la que las autoridades de un Estado piden el decomiso del producto, los bienes, los instrumentos u otras cosas comprendidas en el ámbito del párrafo 1, y los bienes están situados en el territorio de otro Estado. Crea una obligación para el Estado parte en donde están situados los bienes de presentar el elemento sustancial de la petición a sus autoridades competentes. Lo que el inciso no hace es obligar a esa parte a conceder la asistencia requerida, porque podría haber circunstancias en que esto no fuera posible en virtud del derecho interno de esa parte²⁶³. Un ejemplo podría ser el caso en que el Estado requirente hubiese creado un delito de conformidad con el inciso c) del párrafo 1 del artículo 3²⁶⁴, pero el Estado requerido no lo hubiera hecho.

5.20 Si se ha de prestar la asistencia, hay dos formas diferentes en que se podría encarar esta situación. Una es que las autoridades de la parte que solicita la asistencia obtengan un mandamiento en los tribunales del Estado requerido, proporcionando cualquier prueba documental o de otro tipo que se requiera en virtud de la ley de ese Estado y solicitando la asistencia de las autoridades de ese Estado para facilitar lo que suele ser una solicitud extremadamente urgente. La otra es que las autoridades

²⁶³Véanse, *infra*, los comentarios sobre el inciso c) del párrafo 4 del artículo 5; véanse también la cuestión de principio de que las disposiciones constitucionales podrían excluir el decomiso de bienes no totalmente vinculados a la perpetración de un delito específico (y eso podría referirse a un delito en virtud de la ley del Estado requerido) y *Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones plenas, 7a. sesión plenaria, párr. 35.

²⁶⁴Como se recordará, esta parte del artículo 3 está sujeta a una cláusula de salvaguardia, y en ese caso la tipificación de delitos no es obligatoria; véanse los párrafos 3.65 y 3.66 *supra*.

competentes del Estado requirente obtengan, por lo general en sus tribunales, un mandamiento para el decomiso de bienes concretos (o los bienes de una persona concreta hasta un cierto valor), mandamiento que se aplicaría a los bienes pertinentes dondequiera que se encontrasen. Si los bienes están, de hecho, en otro Estado, se pediría a las autoridades de ese Estado que ejecutaran el mandamiento, proceso que podría comprender procedimientos *exequatur* o la confirmación del mandamiento por los tribunales de este último Estado de conformidad con los procedimientos de sus leyes nacionales.

5.21 Ambos criterios están previstos en el inciso *a*) del párrafo 4: el primero figura en el apartado i) y el segundo en el apartado ii). Respecto de ambos enfoques (y especialmente el primero) puede haber dificultades jurídicas importantes, por ejemplo, cuando el bien sea propiedad de una persona que no ha sido declarada culpable de ningún delito en el Estado requerido (o en cualquier otra parte). Cuando el bien es inmueble, y está registrado a nombre del ciudadano del Estado requerido, puede resultar imposible ejecutar el mandamiento de decomiso de un tribunal extranjero sobre la base de la declaración de culpabilidad de alguna otra persona en el país extranjero.

5.22 Algunas de estas dificultades han ido desapareciendo a medida que las ideas reflejadas en el presente párrafo se han ido difundiendo, pero siguen siendo formidables. Por esta razón, en el inciso *c*), que se examina más adelante, figura lo que es en efecto una cláusula de salvaguardia sustancial, que subordina la obligación de prestar asistencia a los requisitos del ordenamiento jurídico nacional o de los acuerdos bilaterales o multilaterales de cooperación en esta esfera.

Inciso b) del párrafo 4

b) Al recibirse una solicitud formulada con arreglo al presente artículo por otra Parte que sea competente con respecto a un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, la Parte requerida adoptará medidas para la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, con miras al eventual decomiso que se ordene, ya sea por la Parte requirente o, cuando se haya formulado una solicitud con arreglo al inciso *a*) del presente párrafo, por la Parte requerida.

Comentarios

5.23 El inciso *a*) trata de la cooperación internacional para ejecutar el decomiso; el inciso *b*) trata de la etapa anterior, en que se podrían necesitar medidas para la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación²⁶⁵ de los diversos tipos de bienes con miras a su eventual decomiso²⁶⁶.

²⁶⁵En cuanto al significado de estos términos, véanse el párrafo 5.13, *supra*, y el inciso *l*) del artículo 1.

²⁶⁶Es decir, el producto, las drogas, las sustancias, los materiales, el equipo y los instrumentos enunciados en el párrafo 1.

5.24 En este inciso se impone una obligación a la parte requerida de adoptar medidas en respuesta a una petición de otra parte que tenga competencia sobre el delito pertinente, por ser uno de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. Puede que los tribunales u otras autoridades de la parte requirente hayan emitido algún tipo de mandamiento de detección o embargo preventivo relativo a los bienes y con supuestos efectos extraterritoriales. La Convención no contiene disposición alguna relativa al procedimiento para transmitir ese mandamiento con miras a su ejecución en otro Estado parte, procedimiento que sería semejante a la aplicación respecto del decomiso de los mandamientos emitidos en virtud del apartado ii) del inciso *a*) del párrafo 4 (véase el párrafo 5.20 *supra*). Dispone, en cambio, que se haga una petición y se responda a ella, sin establecer distinción alguna entre los casos en que hay o no hay un mandamiento de los tribunales u otras autoridades de la parte requirente.

5.25 Las medidas que se han de tomar en respuesta a la petición son “con miras al eventual decomiso”. Si el producto ha sido objeto de un embargo preventivo como resultado de una petición, esto no excluye necesariamente su decomiso por la parte requerida sobre una base diferente de la que dio lugar a la petición; por ejemplo, el producto de un delito sobre el que la parte requirente tiene jurisdicción puede constituir también un instrumento de un nuevo delito cometido en el territorio de la parte requerida.

5.26 Las obligaciones dimanantes del inciso *b*), al igual que las dimanantes del inciso *a*), están sujetas a la cláusula de salvaguardia del inciso *c*).

Inciso c) del párrafo 4

c) Las decisiones o medidas previstas en los incisos *a*) y *b*) del presente párrafo serán adoptadas por la Parte requerida de conformidad con su derecho interno y con sujeción a sus disposiciones, y de conformidad con sus reglas de procedimiento o los tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que haya concertado con la Parte requirente.

Comentarios

5.27 De las deliberaciones de las diferentes reuniones preparatorias²⁶⁷ se desprende claramente que algunos representantes estaban preocupados, por diversas razones, por el carácter obligatorio de las disposiciones que se proponía incluir en lo que debía ser el artículo 5. Entre estas preocupaciones figuraban la falta de familiaridad con los conceptos y la ausencia de disposiciones apropiadas en los ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente respecto de la ejecución de mandamientos extranjeros, y algunas preocupaciones por la relación entre el proyecto de artículo y el incipiente conjunto de acuerdos bilaterales y regionales. El inciso *c*) del párrafo 4 resuelve estas preocupaciones.

5.28 Las decisiones o medidas requeridas en virtud de las disposiciones anteriores del párrafo 4 deben ser consideradas por la parte requerida no sólo “de conformidad

²⁶⁷Véanse, concretamente, los informes del tercer período de sesiones del grupo de expertos intergubernamental de composición abierta (*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CN.7/1988/2 (cuarta parte), pág. 33).

con su derecho interno” sino también “de conformidad con”²⁶⁸ toda una gama de instrumentos jurídicos. Entre éstos figuran sus leyes nacionales y, por un exceso de cautela, sus normas procesales y los arreglos, acuerdos o tratados bilaterales o multilaterales pertinentes. Teniendo en cuenta que, por lo general, el término “arreglos” significa entendimientos relativamente informales, la sujeción de la obligación en virtud de la Convención a esos arreglos es notable.

Inciso d) del párrafo 4

d) Será aplicable, *mutatis mutandis*, lo dispuesto en los párrafos 6 a 19 del artículo 7. Además de la información enumerada en el párrafo 10 del artículo 7, las solicitudes formuladas de conformidad con el presente artículo contendrán lo siguiente:

- i) En el caso de una solicitud correspondiente al apartado i) del inciso *a)* del presente párrafo, una descripción de los bienes por decomisar y una exposición de los hechos en que se funde la Parte requirente que sea suficiente para que la Parte requerida pueda tramitar el mandamiento con arreglo a su derecho interno;
- ii) En el caso de una solicitud correspondiente al apartado ii) del inciso *a)*, una copia admisible en derecho de un mandamiento de decomiso expedido por la Parte requirente que sirva de fundamento a la solicitud, una exposición de los hechos e información sobre el alcance de la solicitud de ejecución del mandamiento;
- iii) En el caso de una solicitud correspondiente al inciso *b)*, una exposición de los hechos en que se funde la Parte requirente y una descripción de las medidas solicitadas.

Comentarios

5.29 Ya se ha destacado (véase el párrafo 5.18 *supra*) que las disposiciones del párrafo 4 que tratan de la cooperación internacional en casos de decomiso podrían muy bien haberse tratado en la Convención en virtud del epígrafe general de la asistencia judicial recíproca. El resultado de la separación del material se observa en las amplias referencias cruzadas de las palabras iniciales del inciso *d)*. Las disposiciones aplicables en virtud del artículo 7, que se examinan detalladamente más adelante, tratan de las siguientes cuestiones:

a) La preservación de las obligaciones dimanantes de un tratado aplicable de asistencia recíproca; las disposiciones de los párrafos 8 a 19 del artículo 7 se aplican si las partes no están obligadas por un tratado de ese tipo²⁶⁹;

²⁶⁸El texto definitivo es más concluyente que el presentado al Comité de Redacción (véase *Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/11, “Preámbulo” (E/CONF.82/ C.1/L.18/Add.2), secc. IV, párr. 70 (inciso *c)* del párrafo 4 del artículo 3).

²⁶⁹Párrafos 6 y 7 del artículo 7.

- b) La designación de las autoridades que tramitarán las peticiones²⁷⁰;
- c) El idioma, la forma y el contenido de las peticiones de asistencia²⁷¹;
- d) La ejecución de las peticiones y la utilización de la información obtenida²⁷²;
- e) Los motivos para denegar la asistencia, o su aplazamiento²⁷³;
- f) La inmunidad de las personas que presten testimonio en la parte requirente²⁷⁴;
- g) Los costos de la ejecución de la petición²⁷⁵.

5.30 En este punto se requieren otras aclaraciones. La primera se refiere a la omisión del material aplicable en virtud del párrafo 5 del artículo 7, que dispone que no se podrá denegar la asistencia judicial recíproca invocando el secreto bancario. No fue necesario aplicar esa disposición en el contexto del decomiso, ya que el mismo principio se adopta expresamente en el párrafo 3 del artículo 5 (véase el párrafo 5.17 *supra*).

5.31 La segunda se refiere a los costos de la ejecución de las peticiones. Esta cuestión se examina plenamente en el contexto del párrafo 19 del artículo 7, pero cabe señalar que, en el contexto del decomiso, se pueden utilizar los bienes decomisados para sufragar esos costos. Esto podría ser el tema de un acuerdo en virtud del párrafo 5, que se examina más adelante.

Inciso e) del párrafo 4

e) Cada una de las Partes proporcionará al Secretario General el texto de cualesquiera de sus leyes y reglamentos por los que haya dado aplicación al presente párrafo, así como el texto de cualquier cambio ulterior que se efectúe en dichas leyes y reglamentos.

Comentarios

5.32 La redacción del inciso e) dio lugar a algunas dificultades. Sustituyó a una versión anterior en virtud de la cual se podía haber pedido a una parte que notificara al Secretario General cuál de los dos enfoques adoptaría respecto de la cooperación internacional en virtud del inciso a) del párrafo 4²⁷⁶. Se consideró que esto restringía indebidamente la libertad de acción de los Estados en un terreno nuevo. Hubo, sin embargo, acuerdo en que se necesitaba alguna disposición que permitiese al Secreta-

²⁷⁰Párrafo 8 del artículo 7.

²⁷¹Párrafos 9 a 11 del artículo 7; el párrafo 10 está complementado por las disposiciones del inciso d) del párrafo 4 del artículo 5.

²⁷²Párrafos 12 a 14 del artículo 7.

²⁷³Párrafos 15 a 17 del artículo 7.

²⁷⁴Párrafo 18 del artículo 7.

²⁷⁵Párrafo 19 del artículo 7.

²⁷⁶Es decir, la ejecución de un mandamiento extranjero o la emisión de un mandamiento nacional sobre la base de los datos proporcionados por la parte requirente (véanse los párrafos 5.20 a 5.22 *supra*).

rio General obtener información completa para poder prestar servicios de intercambio de información sobre los textos de las leyes y los reglamentos pertinentes²⁷⁷. Tras una prolongada deliberación, se acordó que esta disposición sería obligatoria para las partes y no meramente facultativa²⁷⁸.

5.33 El deber de las partes es de carácter continuado, impuesto con miras a proporcionar al Secretario General una colección amplia de textos jurídicos pertinentes. La referencia a “reglamentos” indica la inclusión de todo el derecho escrito, ya sea en forma de leyes o legislación subordinada (incluida, cuando corresponda, la legislación de partes de Estados federales o compuestos).

5.34 Evidentemente, es conveniente que esta disposición se interprete en el sentido más amplio posible. Por ejemplo, la información sobre las normas administrativas que rigen los procedimientos respecto del decomiso ayudan a asegurar la aplicación sin tropiezos de las medidas de cooperación internacional previstas en este artículo.

Inciso f) del párrafo 4

f) Si una de las Partes opta por supeditar la adopción de las medidas mencionadas en los incisos a) y b) del presente párrafo a la existencia de un tratado pertinente, dicha Parte considerará la presente Convención como base convencional necesaria y suficiente.

Comentarios

5.35 El inciso f) del párrafo 4 trata de una dificultad concreta creada por la insistencia, en algunos ordenamientos jurídicos nacionales, de que la prestación de asistencia del tipo contemplado en los incisos a) y b) se base en un tratado. Debe aceptarse que la Convención proporciona ese tipo de tratado de base. El texto actual dispone que la parte pertinente “considerará” la Convención como base convencional. Esto contrasta con la disposición correspondiente del artículo 6, sobre extradición, en que la Convención “puede” considerarse como base jurídica suficiente²⁷⁹. Una parte no puede denegar la asistencia en virtud del párrafo 4 del artículo 5 invocando la ausencia de un tratado de base; sus obligaciones, sin embargo, están siempre sujetas a las disposiciones de sus leyes nacionales (véase el párrafo 5.28 *supra*).

Inciso g) del párrafo 4

g) Las Partes procurarán concertar tratados, acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales para mejorar la eficacia de la cooperación internacional prevista en el presente artículo.

²⁷⁷*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión I, 7a. sesión, párrs. 37 a 42 (véanse también las obligaciones más generales en virtud del inciso a) del párrafo 1 del artículo 20).

²⁷⁸*Ibíd.*, 9a. sesión, párrafos 1 a 41.

²⁷⁹Párrafo 3 del artículo 6.

Comentarios

5.36 Esta disposición es una mera exhortación. Fue oportuna en 1988, dada la relativa escasez de cooperación recíproca en el campo del decomiso del producto del delito y el hecho de que para muchos Estados los procedimientos requeridos constituían una novedad. Sigue siendo importante como medio de realzar la eficacia de la Convención.

Párrafo 5

5. a) La Parte que haya decomisado el producto o los bienes conforme a los párrafos 1 o 4 del presente artículo dispondrá de ellos en la forma prevista por su derecho interno y sus procedimientos administrativos.

b) Al actuar a solicitud de otra Parte, con arreglo a lo previsto en el presente artículo, la Parte podrá prestar particular atención a la posibilidad de concertar acuerdos a fin de:

- i) Aportar la totalidad o una parte considerable del valor de dicho producto y de dichos bienes, o de los fondos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes, a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito y el uso indebido de estupefacientes y sustancias sicotrópicas;
- ii) Repartirse con otras Partes, conforme a un criterio preestablecido o definido para cada caso, dicho producto o dichos bienes, o los fondos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes, con arreglo a lo previsto por su derecho interno, sus procedimientos administrativos o los acuerdos bilaterales o multilaterales que hayan concertado a este fin.

Comentarios

5.37 El párrafo 5 trata del destino de los bienes que se han decomisado. En el inciso a), se establece claramente el principio de que los bienes decomisados por una parte serán utilizados de conformidad con el derecho interno y los procedimientos de esa parte. Estas normas regirán, por ejemplo, la venta de bienes en forma no monetaria, la transferencia de activos al tesoro u otros fondos gubernamentales y la disponibilidad de activos para financiar los gastos de los organismos nacionales de aplicación de las leyes sobre drogas o recompensar a individuos que hayan contribuido a un enjuiciamiento satisfactorio.

5.38 Se debe dar al término “bienes” el significado más amplio posible, para abarcar todos los tipos de bienes (incluidos los estupefacientes, las sustancias sicotrópicas, los materiales, los equipos y los instrumentos) decomisados de conformidad con el artículo 5.

5.39 El principio se aplica también al decomiso efectuado en respuesta a una petición de otra parte. Hay una posible ambigüedad en relación con casos comprendidos

en el alcance del apartado ii) del inciso a) del párrafo 4 del artículo 5, cuando el mandamiento de decomiso se hace en el territorio de una parte, la parte requirente, y se le da efecto en otra, la parte requerida. Puede sostenerse que los bienes son “decomisados por” la parte requirente, cuyo mandamiento, de hecho, se ejecuta en otra parte. El tenor de las deliberaciones, sin embargo, apoya firmemente la opinión de que el significado es que los bienes se utilizarán de conformidad con la ley interna del país en que se encuentran cuando se produce efectivamente el decomiso. La naturaleza de las medidas jurídicas que condujeron al decomiso efectivo no deberían afectar el principio básico.

5.40 En varios Estados, los principios generales del ordenamiento jurídico exigirán que la disposición de los bienes decomisados se efectúe de una forma determinada. Otros Estados ofrecen más flexibilidad y el inciso b) permite a las partes, pero no les exige, que concierten arreglos (que pueden ser con otras partes o con un órgano intergubernamental pertinente) adoptando uno o ambos de los procedimientos especificados en el texto. Uno de ellos consiste en aportar la totalidad o una parte considerable del valor de dicho producto a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito y el uso indebido de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Esto se ajustaría a la finalidad de la Convención establecida en el artículo 2: la promoción de la cooperación entre las partes para hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito. Por esta razón, aunque la disposición no es obligatoria para las partes, se alienta a éstas a “prestar particular atención” a la concertación de acuerdos.

5.41 La otra posibilidad es que una parte adopte la práctica de repartir con otras el valor de los bienes que se han decomisado. Como se expresa claramente en el texto, esto se puede adoptar como una práctica regular o se puede decidir en cada caso, lo que permitiría reflejar las contribuciones relativas hechas por los organismos de investigación y represión de las partes requirente y requerida y podría también tener en cuenta los costos en que se ha incurrido para dar efecto al mandamiento de decomiso. En todo caso, cualquier medida que se adopte debería estar en consonancia con el derecho interno y los procedimientos administrativos de la parte o con los acuerdos bilaterales o multilaterales que se hayan concertado a tal fin y que sean vinculantes para la parte interesada²⁸⁰.

Inciso a) del párrafo 6

6. a) Cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes, éstos podrán ser objeto de las medidas aplicables al producto mencionadas en el presente artículo.

Comentarios

5.42 Pese a la existencia de definiciones amplias de los términos “producto” y “bienes” (véase el párrafo 5.6 *supra*), se consideró necesario tratar varias cuestiones

²⁸⁰En el texto hay una cierta tautología. Las partes deben prestar particular atención a la concertación de acuerdos para compartir el producto de conformidad, entre otras cosas, con acuerdos que han concertado a tal fin; no obstante, el significado resulta claro.

específicas que de otra forma podrían plantear dudas en cuanto a la identidad de los bienes sujetos a decomiso.

5.43 El primer caso es la transformación o conversión de los bienes. El término “conversión” se utiliza también en el apartado i) del inciso b) del párrafo 1 del artículo 3. Ya se ha sostenido (véase el párrafo 3.47 *supra*) que en ese contexto se refiere a la conversión del bien en otra forma (por ejemplo, su venta o intercambio, de modo que el valor del bien queda representado por el dinero o los otros activos recibidos). La palabra “transformación” tiene claramente un significado similar. Durante las deliberaciones de la Conferencia se aceptó que este inciso se aplicaba ya fuese que el producto estuviese todavía en poder del delincuente o hubiese pasado a otra persona natural o jurídica²⁸¹.

5.44 Esta disposición proporciona una aclaración útil, pero los casos a que se refiere ya están comprendidos en el concepto de “producto”, que incluye los bienes derivados “directa o indirectamente” de un delito²⁸².

Inciso b) del párrafo 6

b) Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes ilícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado.

Comentarios

5.45 La segunda cuestión se refiere a los casos en que el producto se ha mezclado, por ejemplo, cuando un yate de lujo se compra en parte con el producto derivado del tráfico ilícito y en parte con beneficios de negocios legítimos. Cuando una parte elabora su ley interna en términos del decomiso del valor del producto ilícito, este caso no plantea dificultades especiales. Ahora bien, si el derecho interno se basa en el decomiso de bienes identificados, se corre el riesgo de lo que podría describirse como el “decomiso excesivo” al incautarse bienes valiosos de los cuales sólo una fracción del valor se deriva, aun indirectamente, del tráfico ilícito.

5.46 El criterio adoptado en el inciso b) es permitir el decomiso de bienes identificados (en el ejemplo dado *supra*, el yate), pero sólo hasta el valor proporcional del producto mezclado. En la práctica, los bienes pueden haberse vendido para poner en efecto este criterio.

5.47 En muchos casos, la mezcla del producto con otros bienes, obtenidos legítimamente, abarcará la participación de terceros. Continuando con el ejemplo del yate de lujo, el delincuente podría haber creado un consorcio con un grupo de amigos totalmente honestos a fin de hacer la compra. Las disposiciones del inciso protegen sus intereses, ya que sus participaciones en el yate no están sujetas a decomiso. Esto se

²⁸¹*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión I, 11a. sesión, párr. 6. En ese momento, la disposición era el inciso b) del proyecto.

²⁸²Inciso p) del artículo 1.

reafirma en la protección expresa otorgada en el párrafo 8, que se examina más adelante, a los terceros de buena fe.

5.48 El inciso utiliza la frase “sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable”. Esto asegura que el bien, en el caso citado *supra* el yate, puede ser objeto de incautación en virtud del párrafo 2 de este artículo a los fines de su eventual decomiso. El embargo preventivo o la incautación de bienes casi siempre se realiza con carácter urgente, y no es práctico estudiar la composición plena de los intereses en el bien antes de tomar medidas. La disposición no trata de algunas de las cuestiones prácticas que se plantean, teniendo en cuenta que el bien puede ser objeto de depósito por algún tiempo a la espera del eventual decomiso, y esto debe hacerse de tal forma que no perjudique los derechos de terceros de buena fe.

5.49 El texto se refiere al “valor estimado” del producto mezclado. Esto parecería referirse al valor en el momento en que se produjo la mezcla (por ejemplo, la suma invertida en la adquisición del yate). La interpretación de esta disposición puede crear considerables dificultades cuando no se puede determinar con precisión la fecha en que se mezclaron los productos, por ejemplo, cuando se utilizaron fondos ilícitos, junto con otros fondos, para financiar toda una serie de transacciones durante un largo período.

Inciso c) del párrafo 6

c) Dichas medidas se aplicarán asimismo a los ingresos u otros beneficios derivados:

- i) Del producto;
- ii) De los bienes en los cuales el producto haya sido transformado o convertido; o
- iii) De los bienes con los cuales se haya mezclado el producto de la misma manera y en la misma medida que el producto.

Comentarios

5.50 Los diversos tipos de bienes enunciados en el inciso c), todos los cuales pueden ser objeto de decomiso, pueden en muchos casos ser colocados para que produzcan ingresos u otros beneficios. Como ejemplos cabe citar los ingresos ilícitos colocados en cuentas de depósito, el producto invertido en acciones sobre las que se pagan dividendos, las ganancias producidas por los billetes de lotería que se han comprado con el producto del delito de las drogas, los productos agrícolas provenientes de tierras compradas con bienes ilícitos, o los descendientes de una yegua de pura raza. Se puede sostener que esos beneficios son todos derivados de transacciones lícitas y no están afectados en forma alguna por un aspecto delictivo, pero esta opinión se rechaza en el inciso. Lo que se desprende, en cambio, es que las ganancias derivadas de bienes contaminados se consideran también contaminadas; el delincuente no puede conservar los beneficios de la utilización de productos ilícitos.

5.51 En virtud de los términos de este inciso, el producto derivado está sujeto a decomiso en la misma medida que todos los otros productos. Si se producen beneficios derivados de productos mezclados (el caso abarcado en el inciso *b*)), parecería que los incisos *b*) y *c*) tendrían que aplicarse conjuntamente con el efecto de que, en tales casos, la facultad de decomisar se aplicaría a los beneficios derivados en la proporción en que se utilizó el producto original para adquirir el bien de fuentes legítimas.

5.52 El examen precedente omite otro factor de complicación. Los bienes pueden apreciarse significativamente (véase el párrafo 5.49 *supra*). Se ha sugerido que esa circunstancia no podría invocarse para aumentar el valor que se puede decomisar en virtud del inciso *b*), que debe reflejar el valor estimado del producto mezclado. El aumento del valor de los bienes, aun cuando no se haya realizado, puede considerarse como un “beneficio” y, por lo tanto, estaría sujeto a decomiso en virtud de este inciso.

Párrafo 7

7. Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen ilícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos.

Comentarios

5.53 La disposición del artículo 7 no impone ninguna obligación a las partes: se limita a permitirles, si así lo desean, considerar ciertas posibilidades. En efecto, pone de relieve un criterio que ha sido adoptado en algunos ordenamientos jurídicos nacionales, aunque en otros se consideraría una disminución inaceptable de la protección justamente acordada a las personas acusadas. A fin de reflejar la posición de las partes que se incluyen en este último grupo de Estados, el texto destaca que toda medida que se adopte debe estar en consonancia con los principios del derecho interno de la parte y con la naturaleza de los procedimientos judiciales y de otro tipo aplicables.

5.54 Lo que se expresa en el párrafo es una inversión de la carga de la prueba respecto del origen lícito del producto. La frase es quizá más apropiada en ordenamientos jurídicos nacionales en que los procedimientos penales se basan en un modelo acusatorio, pero se puede aplicar también en virtud de cualquier modelo de procedimiento. El tribunal u otras autoridades facultadas para aplicar el decomiso deberían suponer, o estar autorizadas a suponer que, en ausencia de prueba en contrario, los bienes supuestamente procedentes del tráfico ilícito u otros bienes sujetos a decomiso han sido de hecho adquiridos ilícitamente. Correspondería a la persona cuyo bien está amenazado de decomiso establecer el origen lícito de los mismos. Los legisladores nacionales deberán determinar la forma en que se debe hacer esto, y qué norma probatoria sería aplicable. Es probable que las leyes que adopten este criterio se consideren compatibles con las normas internacionales de derechos humanos, siempre que la persona acusada tenga una oportunidad suficiente para refutar la presunción²⁸³.

²⁸³Véase el caso *Silábica*, que se tramita en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 7 de octubre de 1988 (Cámara) (Serie A, No. 141.A).

5.55 El párrafo se aplica ya sea que los bienes estén todavía en poder del delincuente o que hayan sido transferidos a terceros, en la medida en que los bienes estén sujetos a decomiso.

Párrafo 8

8. Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

Comentarios

5.56 Del examen detallado de los diversos párrafos del artículo 5 se desprende que varias de sus disposiciones, y especialmente las de los párrafos 1 y 6, pueden plantear riesgos para los derechos de terceros de buena fe. En el párrafo 8 se establece el importante principio de que esos derechos deben ser protegidos y que los párrafos anteriores no deben interpretarse en perjuicio de ese principio.

5.57 Como se señaló durante las negociaciones de la Convención²⁸⁴, es común que el producto del tráfico se transfiera a partes que supuestamente son terceros de buena fe en forma de regalos a familiares, pagos a las empresas de los propios traficantes o transferencias entre entidades que pertenecen y están controladas por la misma persona. Por lo tanto, se produce con frecuencia un grave conflicto en cuanto a la buena fe del tenedor actual de los bienes que podrían estar sujetos a decomiso. El texto no resuelve esta cuestión, y deja la solución del conflicto a los ordenamientos jurídicos nacionales.

Párrafo 9

9. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas que en él se prevén serán definidas y aplicadas de conformidad con el derecho interno de cada una de las Partes y con arreglo a lo dispuesto en él.

Comentarios

5.58 El párrafo 9 se asemeja mucho al párrafo 11 del artículo 3, examinado *supra*. Puede entenderse que es una garantía de que nada de lo dispuesto en el artículo 5 puede aplicarse directamente o puede considerarse como una forma de cláusula de salvaguardia adicional.

Consideraciones relativas a la aplicación: artículo 5 en su conjunto

5.59 A los fines de su aplicación, el artículo 5 puede dividirse en disposiciones que requieren o permiten la adopción de medidas en el plano interno y disposiciones que centran su atención principalmente en la cooperación internacional. Ahora bien, hay de hecho una estrecha relación entre los dos grupos en el sentido de que el obje-

²⁸⁴*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión I, 11a. sesión, párr. 6.

tivo de una cooperación eficaz sólo se puede realizar si la legislación interna es suficientemente sensible a los requisitos prácticos de la dimensión internacional. Hay también un cierto grado de solapamiento entre los dos. Así pues, los requisitos establecidos en el párrafo 6 deben cumplirse satisfactoriamente tanto en el plano interno como en el plano internacional. Para facilitar la exposición, sin embargo, los párrafos 1, 2, 3, 6, 7 y 8 se examinarán en el contexto interno.

Medidas que se deben adoptar en el plano nacional

5.60 Como se ha señalado *supra*, la decisión de incluir el tratamiento detallado del decomiso del producto y los instrumentos de delitos graves de tráfico en la Convención de 1988 no tiene precedentes en un acuerdo internacional formal y vinculante de alcance mundial. De hecho, si bien muchos ordenamientos jurídicos vienen utilizando desde hace mucho tiempo conceptos como la restitución y la compensación para ayudar a las víctimas del delito, había relativamente poca familiaridad con el concepto del decomiso expresado en el artículo 5. Esto explica, en gran parte, la decisión, reflejada en los primeros tres párrafos, de dejar a cada Estado Parte una amplia latitud en cuanto a la mejor forma de alcanzar el resultado deseado. No obstante, la importancia del decomiso para la estrategia de socavar el poder financiero de los que participan en actividades de tráfico ilícito de drogas, que con frecuencia son sumamente lucrativas, queda subrayada por el hecho de que estas obligaciones, enunciadas en forma muy general, no están sujetas a ninguna limitación o cláusula de salvaguardia.

5.61 Los encargados de asegurar la aplicación plena y efectiva de estas obligaciones pueden sacar mucho provecho del examen de la experiencia de un gran número de países que ya han adoptado esta medida. Las partes deben proporcionar al Secretario General, de conformidad con el inciso *e*) del párrafo 4, los textos de las leyes y los reglamentos que hayan promulgado, junto con cualquier enmienda subsiguiente. Asimismo, se han desarrollado varias leyes modelo sobre el decomiso del producto de los delitos relacionados con las drogas que pueden resultar útiles²⁸⁵. Si bien en muchos de estos modelos el decomiso se basa en una declaración de culpabilidad penal, se ha recurrido también a otros criterios, y a veces se los ha utilizado en forma combinada. Estos últimos incluyen procedimientos *in rem* y medidas administrativas.

5.62 Al abordar esta compleja tarea, hay que tomar varias decisiones básicas que, a su vez, ayudarán a definir la naturaleza general y la extensión del proceso. Por ejemplo, con arreglo al inciso *a*) del párrafo 1, cada parte puede escoger entre los dos criterios principales que se utilizaban en la práctica legislativa nacional en el momento en que se aprobó la Convención: el decomiso de los bienes o el decomiso de valor equivalente. Ahora bien, nada impide a un Estado utilizar ambos criterios. De conformidad con el inciso *b*) del párrafo 6, debe aplicarse una forma de decomiso de valor equivalente respecto de los bienes que se han mezclado con otros bienes adquiridos de fuentes legítimas²⁸⁶. En muchos casos, se ha promulgado legislación que contiene elementos de ambos criterios. Por ejemplo, un Estado que opta por utilizar

²⁸⁵Véanse las leyes modelos a este respecto elaboradas por el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas, por ejemplo: *Modelo de legislación sobre el blanqueo de dinero y el decomiso en materia de drogas (noviembre de 1995)* (para países de derecho civil); y *Proyecto de Modelo de ley de drogas de dependencia de 1995*, parte IV, *Decomiso* (para sistemas de derecho anglosajón).

²⁸⁶Véanse, *supra*, los comentarios sobre el inciso *b*) del párrafo 6 del artículo 5.

principalmente el decomiso de los bienes quizá desee mantener disponible el criterio alternativo para los casos en que no sea posible llegar a los bienes de que se trate. Esto podría ser útil cuando no fuera posible localizar los bienes, cuando éstos hubieran sido transferidos a un tercero, cuando hubieran sido removidos de la jurisdicción, cuando se les hubiera quitado su valor o se lo hubiera disminuido sustancialmente y en cualquier otra circunstancia semejante²⁸⁷.

5.63 Al evaluar las diversas opciones disponibles en este contexto, hay que tener presente la estrecha relación entre el decomiso y la promulgación obligatoria del delito penal de lavado de dinero relacionado con las drogas²⁸⁸. El efecto de esto último es reducir las diferencias de orden práctico entre los dos criterios, en particular cuando se trata de bienes en posesión de terceros. En algunos casos, el tercero puede muy bien estar sujeto a procesamiento judicial por lavado de dinero y al decomiso del producto²⁸⁹.

5.64 Una segunda decisión fundamental se refiere a la promulgación de leyes que permitan sólo el decomiso del producto del tráfico de drogas, como se requiere en virtud de la Convención, o ampliar la medida para abarcar el producto derivado de otros delitos, o todos los delitos que generen beneficios. Desde 1998 se ha producido una tendencia en esta última dirección. Esto se refleja en las leyes nacionales de un creciente número de países y ha sido objeto de estímulo en varios instrumentos y declaraciones internacionales. Éste es, por ejemplo, el criterio básico de la Convención del Consejo de Europa de 1990 sobre Lavado, Detección, Incautación y Decomiso del Producto del Delito²⁹⁰. Como se explica en el informe explicativo oficial: “Uno de los propósitos de la Convención es facilitar la cooperación internacional respecto de la asistencia para la investigación, la detección, la incautación y el decomiso del producto de todo tipo de delitos, especialmente los delitos graves, y en particular los delitos relacionados con las drogas, el tráfico de armas, el terrorismo, la trata de niños y mujeres jóvenes ... y otros delitos que generen grandes beneficios”²⁹¹. Es interesante observar que en un número creciente de acuerdos bilaterales y multilaterales se prevé también la prestación de asistencia para el decomiso más allá del tráfico de drogas. Antes de 1988, por ejemplo, este criterio se había incluido en el Plan del Commonwealth²⁹². Posteriormente, se ha incluido en tratados multilaterales de asistencia recíproca formulados por la OEA²⁹³ y la Comunidad Económica de los Estados del África Occidental²⁹⁴. La asistencia en relación con el decomiso de bienes respecto de “todos los tipos de delito” se incluyó también en el Protocolo Facultativo del Tratado

²⁸⁷Véase, por ejemplo, Código Penal canadiense, *Revised Statutes of Canada 1985*, CC-46, s.462.37(3).

²⁸⁸Véanse, *supra*, los comentarios sobre el inciso b) del párrafo 1 del artículo 3.

²⁸⁹Véase, por ejemplo, Código Penal canadiense, *Revised Statutes of Canada 1985*, CC-46, s.462.37(3).

²⁹⁰Véase, por ejemplo, el artículo 2. Para un examen general de este instrumento, véase H. Nilsson, “The Council of Europe laundering convention: a recent example of a developing international criminal law”, *Criminal Law Forum*, No. 2, 1991, págs. 419 a 441.

²⁹¹Véase *Explanatory Report on the Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime* (Estrasburgo, Consejo de Europa, 1991), pág. 6.

²⁹²Actualmente representado por los párrafos 26 a 29 del Plan relativo a la Asistencia Recíproca en Cuestiones Penales dentro del Commonwealth (enmendado en 1990).

²⁹³Convención Interamericana de Asistencia Recíproca en Cuestiones Penales, 1992, artículos 13 a 15.

²⁹⁴Convención sobre Asistencia Recíproca en Cuestiones Penales, 1992, artículos 18 a 20.

Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales (resolución 45/116 de la Asamblea General, anexo). Si bien las decisiones sobre esta importante cuestión se dejan totalmente al arbitrio de cada parte, se acepta cada vez más que el criterio relativo a “todo tipo de delitos” tiene ciertas ventajas prácticas, especialmente en materia probatoria. Las partes tienen un grado similar de flexibilidad para determinar la mejor forma de dar efecto a las disposiciones del párrafo 2. Las medidas enunciadas constituyen los pasos preliminares necesarios para asegurar la eficacia del régimen de decomiso. La capacidad para aplicar un embargo provisional o incautar bienes, productos e instrumentos es indispensable para impedir su remoción o disipación antes del eventual decomiso. En este caso, la rapidez y la confidencialidad son esenciales.

5.65 La experiencia ha demostrado la necesidad apremiante de disponer de un régimen coherente y adecuadamente financiado de gestión para administrar los bienes sujetos a medidas de carácter provisional y los bienes decomisados. Las autoridades pertinentes deberán tener las facultades necesarias para tomar posesión y control de los bienes de que se trate, y administrarlos o manejarlos de cualquier otra forma. Esto podría incluir, por ejemplo, la necesidad de administrar bienes embargados que podrían ir desde restaurantes hasta centros turísticos de esquí, vender bienes perecederos o sujetos a rápida depreciación e indemnizar a los acreedores inocentes²⁹⁵.

5.66 La adopción de medidas que permitan identificar y detectar bienes y productos tiene que ver directamente con las necesidades de investigación derivadas de la introducción de esta medida innovadora de justicia penal. Al igual que respecto del lavado de dinero, el decomiso del producto del delito requiere el desarrollo y la conservación de aptitudes que podrían no ser familiares para los integrantes de la comunidad de organismos de detección y represión de muchos países²⁹⁶. Por esta razón, en el párrafo 2 del artículo 9 se requiere a cada parte que, en la medida necesaria, inicie, desarrolle o perfeccione programas específicos de capacitación relativos, entre otras cosas, a la detección, la vigilancia de los movimientos y los métodos utilizados para la transferencia, la ocultación o el encubrimiento de productos, bienes e instrumentos²⁹⁷. Las partes deben prestarse asistencia recíproca en la planificación y ejecución de esos programas de capacitación²⁹⁸.

5.67 La tarea que deben cumplir los organismos de represión se ve facilitada en gran parte en muchos países por la eliminación del secreto bancario como barrera a la adopción de medidas en esta esfera. En el párrafo 3 se dispone también que se confieran facultades apropiadas para asegurar el acceso a documentos bancarios, financieros y comerciales, que con frecuencia son sumamente valiosos para la identificación y detección del producto. En muchos países, el principio del párrafo 3 ha sido reforzado en las disposiciones de la justicia penal que sancionan a los que perjudican una investigación al “soplar” a un sospechoso de que sus asuntos están sujetos a una investigación oficial²⁹⁹.

²⁹⁵Véase, por ejemplo, Canadá, Ley de Gestión de Bienes Decomisados, 1993, y el correspondiente reglamento para la venta de bienes decomisados, 1994.

²⁹⁶Entre éstos figurarían la capacidad para realizar exámenes y auditorías de documentos financieros complejos y la preparación de estimaciones del patrimonio neto de los individuos.

²⁹⁷Véanse, *infra*, los comentarios sobre los incisos d) y e) del párrafo 2 del artículo 9.

²⁹⁸Véase el párrafo 3 del artículo 9.

²⁹⁹Véase, por ejemplo, el artículo 8 de la Directiva de las Comunidades Europeas sobre prevención del uso del sistema financiero con fines de blanqueo de capitales, de 10 de junio de 1991.

5.68 Es interesante observar que las partes en la Convención de 1990 del Consejo de Europa deben considerar la adopción de varias técnicas especiales de investigación para facilitar la labor de los organismos de represión en esta esfera particular. La vigilancia de los pedidos, la observación, la interceptación de telecomunicaciones, el acceso a sistemas de computadoras y los mandamientos de presentación de ciertos documentos se mencionan concretamente en el párrafo 2 del artículo 4 de esa Convención. Resulta claro, sin embargo, que esta lista no es exhaustiva. El texto positivo es suficientemente flexible para abarcar otros instrumentos de investigación que podrían resultar de utilidad en esta nueva y compleja esfera de vigilancia.

5.69 El párrafo 6 constituye la excepción al criterio general de dejar a las partes la determinación del contenido de las medidas nacionales apropiadas para facilitar el decomiso dentro de los límites del párrafo 1. Se limita la flexibilidad de las partes en el sentido de que esas medidas deben incluir la cobertura adecuada de las cuestiones contenidas en los tres incisos del párrafo 6. Como se ha señalado *supra*, los incisos *a)* y *b)* se refieren a cuestiones que de otra forma podrían plantear dudas en cuanto a la identidad de los bienes sujetos a decomiso. La necesidad práctica de hacer hincapié en el tratamiento dado a los bienes transformados, convertidos y mezclados dimana de la complejidad de las técnicas conocidas de lavado de dinero. En el inciso *c)* se reconoce que los bienes y productos contaminados con frecuencia se colocan con fines de obtención de ingresos u otros beneficios que, a su vez, deben estar sujetos al decomiso y medidas conexas.

5.70 La Convención guarda silencio respecto de una cuestión conexas que ha pasado a ser motivo de preocupación en algunos países. Esta cuestión se plantea cuando un individuo que participa en actividades de tráfico ilícito logra ocultar de los tribunales u otras autoridades competentes la existencia de productos o bienes y el hecho se hace público sólo después que se ha emitido un mandamiento de decomiso. En los sistemas jurídicos en que fuera posible, habría que considerar la conveniencia de incluir la posibilidad de tener en cuenta esos productos o bienes descubiertos posteriormente. Un caso en que se podría plantear ese problema sería el de los bienes que están situados en el territorio de un Estado que no es parte en la Convención y, por lo tanto, no está sujeto a las obligaciones impuestas por la cooperación internacional, que se examinarán más adelante, en la esfera del decomiso. Aun cuando no haya una obligación de cooperar, la existencia de esos bienes o productos puede quedar revelada durante la investigación. En este caso, sería útil contar con una facultad para obligar al individuo, en la medida en que esté en consonancia con el derecho internacional, a poner esos bienes al alcance de las disposiciones nacionales sobre decomiso. También se podría considerar la posibilidad de asegurar que, en casos en que el individuo no cumpla con un mandamiento de ese tipo, los bienes en cuestión quedarán vulnerables al decomiso a perpetuidad. Aumenta constantemente el número de Estados partes en la Convención de 1988 o en otros instrumentos internacionales que prevén la asistencia en materia de decomiso, y esto podría llevar eventualmente a la posibilidad de decomisar esos bienes. Otro criterio, adoptado por los Países Bajos³⁰⁰, consiste en separar las etapas de declaración de culpabilidad y decomiso previendo etapas cronológicamente independientes en estos procedimientos.

³⁰⁰Ley de 10 de diciembre de 1992, de enmienda de la Ley de Ejecución de Sentencias Penales (Transferencia) para facilitar la cooperación internacional en el decomiso del producto del delito.

5.71 En muchos casos relacionados con el decomiso, será difícil probar que los bienes de que se trata están contaminados. Como se ha señalado en otras partes: “Es casi inevitable que los fondos obtenidos de manera ilegal se mezclarán, quizá de manera inextricable, con fondos obtenidos por medios más ortodoxos; es muy improbable que se lleve una contabilidad clara y precisa, por lo que la prueba de la fuente del producto con frecuencia resultará difícil y quizá deba ser apoyada por supuestos estatutarios o la inversión de la carga normal de la prueba”³⁰¹. Una de esas medidas está permitida en el párrafo 7 aunque no es obligatoria: la inversión de la carga de la prueba relativa al origen lícito de los bienes. Varios países han adoptado este criterio en sus disposiciones legislativas internas. Como cabía esperar en una disposición de este tipo, no se trata la cuestión conexa de la norma o el nivel probatorio requerido. Esta cuestión debe ser resuelta por cada parte a la luz de los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico y otros factores que considere pertinentes. En algunos países de derecho anglosajón que aplican el sistema del decomiso posterior a la declaración de culpabilidad, ha ido ganando apoyo la opinión de que sería apropiado reducir la carga normal que corresponde al ministerio público cuando procura demostrar que el traficante declarado culpable ha obtenido beneficios de sus otras actividades ilícitas³⁰². La mayoría de esos países, sin embargo, no han optado por este criterio. En algunas tradiciones jurídicas, cuando se deja a los tribunales asegurar la suficiencia y la precisión de los hechos, la carga de la prueba para el ministerio público no constituye un problema.

5.72 De las diversas disposiciones del artículo 5, y en particular del artículo 6, es evidente que el decomiso con frecuencia afectará los derechos de terceros. Es por eso que en el párrafo 8 se aclara que lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Ahora bien, la naturaleza y el alcance de los derechos deben ser definidos por las leyes nacionales. También es importante incluir el tratamiento de los bienes y el producto cuya posesión se ha transferido como regalo o de cualquier otra forma a otras personas que no están comprendidas en la categoría de terceros inocentes³⁰³.

5.73 El sistema de decomiso constituye una grave interferencia con los derechos de los individuos y con sus intereses económicos. Deliberadamente, tiene un carácter draconiano. Por esta razón, hay que obrar con mucho cuidado para asegurar el cumplimiento de las protecciones constitucionales pertinentes y las normas internacionales aplicables de derechos humanos. Puede plantearse una amplia gama de cuestiones que van desde la protección de los derechos de propiedad hasta el pago de honorarios por servicios jurídicos por personas que más tarde fueron declaradas culpables de delitos pertinentes respecto de los cuales se permite o se requiere el decomiso³⁰⁴. De igual modo, al introducir medidas legislativas o de otro tipo para disponer el decomiso es necesario determinar si inadvertidamente no se han violado normas en esferas como la prohibición de aplicar leyes penales en forma retroactiva³⁰⁵.

³⁰¹J. D. McClean, *op. cit.*, pág. 215.

³⁰²Véase, por ejemplo, *The Home Office Working Group on Confiscation: Report on the Drug Trafficking Offences Act 1986* (Londres, Home Office, mayo de 1991), págs. 3 a 6.

³⁰⁴Para un examen de las cuestiones que se han planteado en un contexto europeo, véase, por ejemplo, W. Gilmore, *Dirty Money: The Evolution of Money Laundering Counter Measures* (Estrasburgo, Council of Europe Press, 1995), págs. 149 a 160.

³⁰⁵Véase, por ejemplo, *Welch c. El Reino Unido*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1995.

Medidas que se deben adoptar para fomentar la cooperación internacional

5.74 Como se ha indicado, los artífices de la Convención estaban decididos a dar carácter internacional a la aplicación de la innovadora medida de justicia penal representada por el decomiso; los términos del párrafo 4 del artículo 5 están concebidos para realizar ese objetivo. La tarea se ve facilitada por el lenguaje obligatorio utilizado y, lo que es más importante, por los términos del inciso *f*), donde se estipula que cuando una de las partes opta por supeditar la adopción de las medidas a la existencia de un tratado pertinente, “dicha Parte considerará la presente Convención como base convencional necesaria y suficiente”. Esto contrasta con el criterio facultativo adoptado respecto de la misma cuestión en el párrafo 3 del artículo 6, en el contexto de la extradición. También se estimula a las partes a concertar tratados, acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales para mejorar la eficacia de la cooperación internacional en cuestiones de decomiso³⁰⁶ y desde 1988 se ha concertado un número importante de instrumentos de ese tipo. Como se señaló *supra*, la asistencia se debe prestar de conformidad y con sujeción a las disposiciones del ordenamiento jurídico interno de la parte requerida y con los requisitos de los acuerdos y arreglos internacionales aplicables³⁰⁷.

5.75 Los incisos *a*) y *b*) del párrafo 4 son fundamentales para el criterio adoptado. El primero dispone que cada parte debe estar en condiciones de prestar, previa solicitud, asistencia a todas las otras partes que efectúen decomisos. A este respecto ofrece dos opciones: *a*) presentar la solicitud a sus autoridades competentes con el fin de obtener un mandamiento de decomiso local; o *b*) tratar de dar efecto al mandamiento de decomiso emitido por la parte requirente. La Convención no trata los casos en que una parte recibe múltiples peticiones respecto de los mismos bienes³⁰⁸. El inciso *b*) obliga a cada parte a tomar las medidas provisionales a que se refiere el inciso con miras al eventual decomiso. A diferencia del Plan del Commonwealth, la Convención de 1988 no menciona específicamente la petición o la prestación de asistencia para determinar el valor de los bienes³⁰⁹. Pareciera que no se adoptó una decisión positiva de excluir la asistencia de este tipo cuando se redactó esta disposición o el inciso *g*) del párrafo 2 del artículo 7, sobre asistencia judicial recíproca, que está estrechamente vinculado con él³¹⁰. Por consiguiente, las partes quizá deseen considerar la posibilidad de prestar esta valiosa forma de cooperación internacional a otros Estados.

5.76 Los artículos 5 y 7 de la Convención de 1988 siguen la práctica internacional prevaleciente de vincular la prestación de asistencia a una petición concreta. Las normas y los procedimientos establecidos en los párrafos 6 a 19 del artículo 7 son aplicables, *mutatis mutandis*, a las peticiones de asistencia en cuestiones relacionadas con el decomiso³¹¹. Como se ha mostrado, sin embargo, el inciso *d*) del párrafo 4 del artículo 5 requiere que las peticiones que se hagan en este contexto contengan cierta

³⁰⁶Véase el inciso *g*) del párrafo 4 del artículo 5.

³⁰⁷Véanse, *supra*, los comentarios sobre el inciso *c*) del párrafo 4 del artículo 5.

³⁰⁸Pero véase el artículo 29 de la Convención de 1990 del Consejo de Europa respecto de un criterio sobre esta cuestión.

³⁰⁹Plan relativo a la Asistencia Recíproca en Cuestiones Penales dentro del Commonwealth (en su forma enmendada en 1990), párr. 26 1).

³¹⁰Véanse, *infra*, los comentarios sobre el párrafo 2 del artículo 7.

³¹¹Inciso *d*) del párrafo 4 del artículo 5; véanse también, *infra*, los comentarios sobre el artículo 7.

información adicional³¹². No se contempla, en cambio, la presentación espontánea de la información. En contraste con esta disposición, el artículo 10 de la Convención de 1990 del Consejo de Europa se refiere a esta cuestión. El texto dice: “Sin perjuicio de las investigaciones o los procedimientos que realice, una Parte podrá, sin que medie una petición previa, transmitir a otra Parte información sobre instrumentos y productos cuando considere que la transmisión de esa información puede ayudar a la Parte que la recibe a iniciar o realizar investigaciones o procedimientos o puede conducir a una petición de esa Parte en virtud de lo dispuesto en el presente capítulo”. Los encargados de aplicar las medidas de decomiso quizá deseen considerar si conviene disponer la presentación espontánea de información y, en ese caso, con sujeción a qué restricciones o limitaciones³¹³.

5.77 Dado el carácter intrusivo y la finalidad sin precedentes de esta nueva forma de cooperación internacional, cabía esperar que diera lugar en la práctica a dificultades e ineficiencia. Varias de estas dificultades tienen que ver con problemas relativos a la relación entre países que han adoptado criterios diferentes respecto del decomiso.

5.78 La primera de esas dificultades dimana de la decisión, reflejada en el inciso *a*) del párrafo 1 y en el inciso *a*) del párrafo 4, de no imponer un criterio obligatorio único al decomiso. Como se ha visto, las partes pueden escoger entre sistemas de decomiso de bienes o de decomiso de valor equivalente. Alternativamente, no hay ningún impedimento al uso de ambos criterios. Los problemas se pueden plantear cuando un Estado que ha adoptado un sistema dirige una petición a un Estado que utiliza el otro sistema, a menos que el derecho interno de la parte requerida tenga la flexibilidad suficiente. A este respecto, es interesante observar que el inciso *a*) del párrafo 2 del artículo 7 de la Convención de 1990 del Consejo de Europa dispone que cada parte o Estado participante³¹⁴ debe estar en condiciones de responder a ambos tipos de petición. En esta y otras disposiciones, los originadores trataron de colocar a ambos sistemas en pie de igualdad³¹⁵. Un número creciente de países está incluyendo en su legislación nacional disposiciones para resolver esta compleja cuestión³¹⁶.

5.79 Como se recordará, en el inciso *a*) del párrafo 4, al dar efecto a la asistencia en el decomiso internacional, se reconocen dos opciones básicas: *a*) tratar de obtener un mandamiento nacional; o *b*) dar efecto a un mandamiento emitido por las autoridades competentes del Estado requirente. La primera refleja la posición de los Estados que no están dispuestos a ejecutar sentencias penales extranjeras. No obstante, se reconoce cada vez más el hecho de que esa ejecución, cuando sea constitucionalmente posible, proporciona ventajas en materia de velocidad y eficiencia, y se la utiliza cada vez con más frecuencia en las leyes nacionales sobre decomiso. En esos casos de carácter internacional, es necesario aclarar el estatuto que se acordará a un mandamiento judicial definitivo emitido en el Estado requirente que dispone el decomiso, cuestión que no se trata en el artículo 5. El Modelo de Reglamento de la OEA

³¹²Véanse, *supra*, los comentarios sobre el inciso *d*) del párrafo 4 del artículo 5.

³¹³Véase, por ejemplo, el artículo 33 de la Convención de 1990 del Consejo de Europa.

³¹⁴La Convención está abierta, en ciertas circunstancias, a la participación de Estados no miembros (véase el párrafo 1 del artículo 36 y el artículo 37).

³¹⁵Véase *Explanatory Report on the Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime* (Estrasburgo, Consejo de Europa, 1991), pág. 11.

³¹⁶Véase, por ejemplo, Australia, Ley sobre Asistencia Recíproca en Cuestiones Penales, 1987.

dispone que ese tipo de mandamiento extranjero “puede ser reconocido como prueba de que el bien ... puede estar sujeto a incautación de conformidad con la ley”. El párrafo 2 del artículo 14 de la Convención de 1990 del Consejo de Europa tiene una orientación algo diferente. Dispone que, en los procedimientos para conceder *exequatur* a mandamientos extranjeros de decomiso: “La Parte requerida estará obligada por las conclusiones relativas a los hechos en la medida en que éstas figuren en una declaración de culpabilidad o decisión judicial ... o en la medida en que esa declaración de culpabilidad o decisión judicial esté implícitamente basada en ellas”. En este caso, los tribunales del Estado requerido no pueden hacer una evaluación independiente de las pruebas. Esto no se aplica a las consecuencias jurídicas dimanantes de esos hechos ni a la aceptación de nuevas pruebas si éstas no estuvieron disponibles por alguna razón válida en las audiencias originales³¹⁷.

5.80 Otra fuente de dificultades puede darse en la práctica cuando un Estado que ha puesto en práctica un sistema de decomiso basado en la declaración de culpabilidad recibe una petición de un Estado que ha optado por un procedimiento de decomiso civil o administrativo. En la mayoría de las jurisdicciones, no existe la posibilidad de dar plena validez a los mandamientos de decomiso extranjeros que no se ajusten a una declaración de culpabilidad por un delito pertinente. En algunos otros países, que aplican sistemas basados en la declaración de culpabilidad, se ha adoptado la decisión de incluir en la legislación nacional disposiciones para prestar asistencia en relación con procedimientos extranjeros de decomiso civil. En la Convención de 1990 del Consejo de Europa se decidió formular un texto que tuviera en cuenta la realidad del decomiso civil pero no del decomiso administrativo³¹⁸. En virtud del inciso *d*) del párrafo 4 del artículo 18 de ese instrumento, sin embargo, el hecho de que la petición no guarde relación con una declaración de culpabilidad anterior constituye un motivo opcional para denegar la asistencia en el decomiso. La elaboración de una política para decidir esta cuestión es un componente importante de toda actividad general de aplicación.

5.81 El párrafo 5 se refiere a la importante cuestión del destino de los bienes y el producto eventualmente decomisados como resultado de procedimientos internos o a raíz de la disposición sobre asistencia internacional para el decomiso. La norma básica adoptada, que refleja el criterio preponderante en la práctica internacional³¹⁹, es que la cuestión debe resolverse de conformidad con el derecho interno y los procedimientos administrativos de la parte en que tiene lugar efectivamente el decomiso.

5.82 La Convención de 1988 no impone ninguna limitación a la discreción de los Estados en cuanto a la forma en que decidan tratar esta cuestión y en el tiempo transcurrido desde 1988 no se ha producido ningún consenso en la comunidad internacional. Ahora bien, teniendo en cuenta que las sumas de que se trate pueden ser muy sustanciales, es esencial elaborar una política e introducir las modificaciones necesarias en las leyes y la práctica nacional a fin de darle efecto. Estas consideraciones deben extenderse al destino de las sustancias ilícitas, los materiales, los equipos y los instrumentos sujetos a decomiso en virtud del inciso *a*) del párrafo 1 del presente ar-

³¹⁷Véase *Explanatory Report on the Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime* (Estrasburgo, Consejo de Europa, 1991), págs. 31 y 32.

³¹⁸Ibíd., págs. 26 y 27.

³¹⁹El mismo efecto se observa, por ejemplo, en el párrafo 28 del Plan del Commonwealth y en el artículo 15 de la Convención de 1990 del Consejo de Europa.

título. Éstos pueden comprender artículos sumamente útiles y valiosos como automóviles, embarcaciones y aeronaves³²⁰.

5.83 En algunos países se requerirá una facultad estatutaria para destruir estupefacientes, sustancias sicotrópicas u otros bienes que pudieran ser dañinos para la población. De hecho, en virtud del párrafo 5 del artículo 14 las partes quizá deseen tomar medidas apropiadas para la destrucción o eliminación lícita temprana de estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias incluidas en los Cuadros I y II de la Convención de 1988 y disponer la admisibilidad como prueba de muestras debidamente certificadas de esas sustancias³²¹. En la práctica, los problemas que se han planteado en ciertos países se refieren a la eliminación definitiva de sustancias utilizadas frecuentemente en la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas³²². En la Conferencia del Caribe sobre Blanqueo de Dinero Proveniente de las Drogas, celebrada en Aruba del 4 al 10 de junio de 1990, los países participantes propugnaron la cooperación internacional para buscar soluciones apropiadas en esta esfera³²³.

5.84 En muchos países, los fondos realizados como consecuencia del proceso de decomiso se utilizan para complementar los ingresos generales del gobierno. En un número creciente de casos, sin embargo, se ha adoptado la decisión de conservar el bien y dedicarlo a algún tipo específico de uso oficial o venderlo (en licitación pública, subasta pública o de cualquier otra forma) y utilizar el producto de dicha venta para apoyar las prioridades determinadas. Por ejemplo, el Grupo de Acción Financiera del Caribe ha recomendado que las medidas de decomiso dispongan que la totalidad o parte de los bienes decomisados se transfieran directamente a las autoridades competentes, o se vendan y el producto de esa venta se deposite en un fondo para que las autoridades competentes lo utilicen en las actividades de lucha contra el problema de los estupefacientes y el lavado de dinero³²⁴. Una medida que conviene considerar en este contexto es el establecimiento de un fondo especial administrado por una junta de síndicos o por un comité designado a tal efecto. Entre los países que han adoptado variantes de este criterio figuran Colombia³²⁵, Egipto³²⁶ y Tailandia³²⁷. Otros han tratado de lograr los mismos resultados de otras formas³²⁸.

5.85 En algunos países, el producto del decomiso se vuelve a invertir, en todo o en parte, en actividades nacionales o internacionales de aplicación de la ley. No hay duda que esos fondos pueden reforzar la eficacia de los programas existentes y facilitar iniciativas que de otra forma serían imposibles. En 1994, por ejemplo, el Grupo

³²⁰Véase, por ejemplo, Italia, Decreto No. 309 de 9 de octubre de 1990, secc. 100.

³²¹Véanse, *infra*, los comentarios sobre el párrafo 5 del artículo 14.

³²²Véanse también, *infra*, los comentarios sobre el artículo 12.

³²³Véase, por ejemplo, W. Gilmore, editor, *International Efforts to Combat Money Laundering* (Cambridge, Grotius Publications, 1992), pág. 27.

³²⁴Reproducido en A. Smellie, "The work of the Caribbean Regional Division of the Financial Action Task Force", *Action against Transnational Criminality: Papers from the 1993 Oxford Conference on International and White Collar Crime* (Londres, Secretaría del Commonwealth, 1994), pág. 32.

³²⁵Ley No. 30 de 1986, artículo 97; y Decreto No. 3788 de 31 de diciembre de 1986, art. 43.

³²⁶Ley No. 122 de 1989, art. 37 *bis d*).

³²⁷Ley de 1991 sobre medidas para enjuiciar a los delincuentes autores de un delito relacionado con los estupefacientes, cap. III.

³²⁸Véase, por ejemplo, Italia, Decreto No. 309 de 9 de octubre de 1990, secc. 101.

de Acción Financiera sobre Lavado de Dinero estableció una secretaría para Asia, financiada con adelantos tomados del fondo de bienes decomisados de Australia. Ahora bien, es evidente que la gestión no prudente de este nuevo instrumento de aplicación de la ley puede plantear peligros. En particular, podrían requerirse medidas para asegurar que los anticipos de los ingresos que se han de derivar de los procedimientos para compartir el producto no tengan por efecto modificar de manera inaceptable las prioridades de la aplicación de las leyes.

5.86 No es raro que al formular y aplicar políticas en esta esfera se establezca una distinción entre el decomiso en un entorno puramente interno y el que resulta de la cooperación internacional, y éste es el criterio consagrado en el inciso *b*) del párrafo 5. Esta disposición permite prestar “particular atención” a la posibilidad de concertar acuerdos sobre la aportación el valor del producto de la confiscación a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito y el uso indebido de drogas y sobre el reparto de los bienes y el producto decomisado con otras partes. Desde 1988, la práctica se ha centrado en esta última medida. La esencia de esa práctica se ha plasmado en el inciso *d*) del artículo 7 del Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Otros Delitos Graves de la OEA, que contempla la transferencia del objeto de la incautación o del producto de su venta a cualquier otro país que haya participado directa o indirectamente en el embargo preventivo, la incautación o el decomiso de los bienes, si esa transferencia está autorizada por un acuerdo internacional. En la práctica, gran parte de los tratados han sido de naturaleza bilateral y han tenido por objeto facilitar el reparto de los bienes sobre una base de caso por caso. El Acuerdo Modelo del Reino Unido de 1993 para complementar y facilitar la aplicación de la Convención del Consejo de Europa sobre Lavado, Detección, Incautación y Decomiso del Producto del Delito es un buen ejemplo de este criterio. El artículo 6 dice: “Los acuerdos para dejar sin efecto la norma de que el destino de los bienes decomisados lo decidirá la Parte requerida de conformidad con su derecho interno, se concertarán sobre una base de caso por caso y exclusivamente entre las autoridades centrales de las Partes en virtud del artículo 2 del presente Acuerdo”³²⁹.

5.87 Los países que deseen participar en planes internacionales para repartir bienes deben garantizar que su derecho interno disponga la autoridad necesaria y establezca las condiciones pertinentes. Por ejemplo, en los Estados Unidos hay tres disposiciones estatutarias que autorizan al Fiscal General o al Secretario del Tesoro a transferir bienes decomisados a un país extranjero³³⁰. En el Canadá, la Ley de Gestión de Bienes Decomisados crea un régimen estatutario para el reparto internacional de bienes basado en acuerdos de reciprocidad anteriores³³¹. Los términos del Reglamento subsiguiente sobre reparto de bienes decomisados, de 1995, establecen los detalles necesarios para dar carácter operacional al plan. Éstos incluyen cuestiones como la determinación de la cantidad disponible para repartir, el momento en que debe efectuarse el reparto y las normas y los motivos que rigen la evaluación de las contribuciones respectivas de las jurisdicciones.

³²⁹Reproducido en W. Gilmore, editor, *Mutual Assistance in Criminal and Business Regulatory Matters* (Cambridge, Cambridge University Press, 1995), pág. 264.

³³⁰Véanse 18 USC, s.981(i)(1), 19 USC, s.1616a(e)(2) y 21 USC, s.881(e)(1)(E).

³³¹Véase la sección 11, S.C. 1993, c.37.

5.88 En algunos casos, los gobiernos han adoptado políticas diferentes sobre el destino de los fondos decomisados basándose en la existencia de una dimensión internacional del caso del que se derivan los fondos. Por ejemplo, en el Reino Unido, los fondos derivados de casos puramente nacionales se suman a los ingresos generales del Estado. Los fondos decomisados como resultado de una operación realizada en virtud de un acuerdo internacional, además de los regalos recibidos de gobiernos extranjeros en reconocimiento de la cooperación del Gobierno británico en investigaciones internacionales, se depositan en un Fondo de Bienes Decomisados. Este fondo se utiliza para proyectos específicos únicos a fin de colaborar en la lucha contra el uso indebido de drogas en el Reino Unido y en otras partes. Las políticas de este tipo tienen el mérito de ser sensibles al hecho de que ciertos países quizá no estén en condiciones o no estén dispuestos a compartir los bienes a menos que obtengan de ello un beneficio directo para los que participan en actividades de lucha contra las drogas. Por cuestiones de política o por otras razones, no todos los países están dispuestos a adoptar este grado de flexibilidad. En el Canadá, por ejemplo, el Reglamento para compartir los bienes decomisados requiere específicamente que los acuerdos para repartir los bienes con países extranjeros “dispongan que no habrá condiciones respecto del uso que se dé a los efectos recibidos en virtud del acuerdo”³³².

³³²Véase la sección 4(1)(c) del Reglamento.

Artículo 6

EXTRADICIÓN

Comentarios de carácter general

6.1 La extradición, el mecanismo más antiguo y más firmemente establecido para la cooperación entre los Estados en cuestiones penales, es un proceso con el que están familiarizados todos los miembros de la comunidad internacional. De hecho, a raíz de que la extradición por delitos relacionados con las drogas fue ya objeto de disposiciones especiales en la Convención de 1961 y en esa Convención enmendada, así como en el Convenio de 1971³³³, muchos Estados han ganado considerable experiencia con su aplicación en un contexto específico de las drogas. A diferencia de cualquier otro arreglo de cooperación previsto en la Convención de 1988, como el decomiso, que trata de esferas que eran nuevas para muchos países en el momento de aprobarse la Convención, la aplicación de las obligaciones relativas a la extradición se realiza, en la gran mayoría de los países, principalmente en una estructura administrativa y un marco legislativo que ya están bien desarrollados.

6.2 Esto no quiere decir, sin embargo, que pueda suponerse que el cumplimiento de la letra y el espíritu del artículo 6 será automático. Como se desprende de los párrafos que siguen, la Convención de 1988 difiere de los precedentes multilaterales en la esfera de la fiscalización de las drogas y constituye un mejoramiento de esos instrumentos. En virtud del artículo 6, asimismo, la extradición se puede utilizar en combinación con otros métodos de cooperación no tan bien afirmados, como la transferencia de la ejecución de las sentencias³³⁴ y la transferencia de personas declaradas culpables³³⁵ a fin de superar dificultades particulares con que se ha tropezado en la anterior práctica internacional.

6.3 A diferencia del criterio adoptado en la Convención respecto del decomiso (artículo 5) y la asistencia judicial recíproca (artículo 7), las disposiciones del artículo 6 no tienen el propósito de producir un minitratado detallado en relación con la extradición. Al igual que en el caso de la Convención de 1961 en su forma enmendada y del Convenio de 1971, estas disposiciones se basan en gran parte en arreglos y acuerdos internacionales pasados y futuros entre las partes y en las leyes nacionales de cada parte³³⁶.

³³³Véanse la Convención de 1961 en su forma enmendada, inciso *b*) del párrafo 2 del artículo 36, y el Convenio de 1971, inciso *b*) del párrafo 2 del artículo 22. Los incisos pertinentes de la Convención de 1961 fueron enmendados y considerablemente ampliados y fortalecidos en el artículo 14 del Protocolo de 1972 (véase también *La extradición por delitos relacionados con las drogas* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.85.XI.6)).

³³⁴Véanse, *infra*, los comentarios sobre el párrafo 10 del artículo 6.

³³⁵Véanse, *infra*, los comentarios sobre el párrafo 12 del artículo 6.

³³⁶Véase, por ejemplo, J. Schutte, "Extradition for drug offences: new developments under the 1988 U.N. Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances", *Revue internationale de droit pénal*, No. 62, 1991, pág. 137.

Párrafo 1

1. El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados por las Partes de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.

Comentarios

6.4 A semejanza de otras disposiciones clave de la Convención de 1988, el párrafo 1 limita el alcance de la conducta abarcada a los delitos relativamente más graves del tráfico enumerados en el párrafo 1 del artículo 3. Éstos incluyen tanto actos intencionales de lavado de dinero³³⁷ y la fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales y sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II de la Convención a sabiendas de que se iban a utilizar con fines ilícitos³³⁸. Ninguna de estas formas de conducta estaban prohibidas en virtud de las convenciones multilaterales anteriores sobre drogas y cuando se adoptó la presente Convención constituían delitos penales nuevos para muchos países. Dada la función central que cumple en el derecho y la práctica de extradición el concepto de la doble incriminación (es decir, el requisito de que el acto que constituye la base de la petición constituya un delito penal en virtud de las leyes de ambos Estados, el requirente y el requerido), estos delitos habían quedado en gran parte fuera del alcance de la cooperación internacional a través de la extradición. La modernización del derecho que esto representa ha sido considerada como uno de los logros más notables de la Convención de 1988³³⁹.

Párrafo 2

2. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre las Partes. Las Partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que concierten entre sí.

Comentarios

6.5 El texto del párrafo 2 es virtualmente idéntico al del apartado i) del inciso b) del párrafo 2 del artículo 36 de la Convención de 1961 enmendada por el Protocolo de 1972. El texto de esta parte de la Convención de 1961 era mucho más débil: no enmendaba los tratados de extradición existentes y se limitaba a indicar que era “conveniente” que los delitos pertinentes se incluyesen en futuros tratados entre las partes³⁴⁰. En consonancia con la moderna práctica de los tratados multilaterales preponderante acerca de los delitos de interés internacional³⁴¹, el Protocolo de 1972

³³⁷Véanse, *supra*, los comentarios sobre el inciso b) del párrafo 1 del artículo 3.

³³⁸Véanse, *supra*, los comentarios sobre el apartado iv) del inciso a) del párrafo 1 del artículo 3.

³³⁹Véase, por ejemplo, “Report of the United States Delegation to the United Nations Conference for the adoption of a Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances”, 101st Congress, 1st Session, Senate, Exec. Rept. 101-15, pág. 49.

³⁴⁰Véanse los Comentarios a la Convención de 1961, comentarios sobre el apartado b) del párrafo 2 del artículo 36; y los Comentarios al Convenio de 1971, comentarios sobre el inciso b) del párrafo 2 del artículo 22, redactado en términos similares.

³⁴¹Véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 10 de la Convención Internacional contra la toma de rehenes (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1316, pág. 205).

enmendó el párrafo 2 del artículo 36 de la Convención de 1961 y el presente texto sigue muy de cerca el adoptado en 1972. Ahora bien, en el texto de 1972, todo el párrafo 2 está sujeto a una cláusula de salvaguardia que hace reserva “de lo dispuesto por su constitución, del régimen jurídico y de la legislación nacional de cada Parte”; en virtud del texto de 1988 no se aplica una cláusula de salvaguardia de ese tipo.

6.6 El párrafo 2 del artículo 3 de la Convención de 1988 enmienda, como cuestión de derecho público internacional, los anteriores tratados sobre extradición a que estaban sujetas las partes a fin de incluir en su alcance los delitos establecidos de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. Esto se aplica tanto a los tratados multilaterales como bilaterales, en la medida en que sean vinculantes para las partes en la presente Convención³⁴².

6.7 Las partes también están obligadas a incluir en los futuros acuerdos de extradición que concierten entre ellas los delitos establecidos de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 como delitos extraditables.

Párrafo 3

3. Si una Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe de otra Parte, con la que no la vincula ningún tratado de extradición, una solicitud de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo. Las Partes que requieran una legislación detallada para hacer valer la presente Convención como base jurídica de la extradición considerarán la posibilidad de promulgar la legislación necesaria.

Comentarios

6.8 En los párrafos 3 y 4 se reconoce la existencia de dos tradiciones distintas en el campo del derecho y la práctica de la extradición. En el derecho internacional se acepta que un Estado no tiene la obligación de extraditar si no hay una obligación dimanante de un tratado a tal efecto. Es igualmente claro, sin embargo, que ninguna norma del derecho internacional consuetudinario excluye la extradición cuando no existe ningún tratado entre los Estados requirente y requerido. Muchos Estados han incluido en su legislación nacional disposiciones para permitir la extradición aun en ausencia de una obligación aplicable dimanante de un tratado. Otros, incluidos algunos países de derecho anglosajón, han impuesto como condición para la extradición la existencia de una relación de tratado entre los Estados requirente y requerido³⁴³. El primer grupo se trata en el párrafo 4, mientras que la posición del segundo está comprendida en el párrafo 3.

³⁴²Véanse los Comentarios al Protocolo de 1972, párrafo 3, nota 2, de los comentarios sobre el párrafo 2 del artículo 14, el párrafo introductorio, el inciso a) y el apartado i) del inciso b), en los que se ponen de relieve los requisitos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331) relativos a la enmienda del artículo 36 de la Convención de 1961.

³⁴³Otros han adoptado un criterio mixto. Por ejemplo, aun antes de su legislación de 1989 que contenía disposiciones sobre extradición ad hoc, el Reino Unido no requería, por diversas razones históricas de índole política y jurídica, la existencia de tratados con países del Commonwealth o Irlanda.

6.9 El texto de la primera oración del párrafo 3 se basa en la oración correspondiente del apartado ii) del inciso *b*) del párrafo 2 del artículo 36 de la Convención de 1961 enmendada por el Protocolo de 1972. No impone a las partes ninguna obligación y se limita a incluir una opción (que existiría aun cuando esa disposición no figurase en el texto)³⁴⁴. En la Conferencia, y en las reuniones preparatorias, hubo extensas deliberaciones acerca de la posibilidad de conferir carácter obligatorio a esta disposición³⁴⁵, para ponerla de esta forma en consonancia con la naturaleza obligatoria del párrafo 4 del artículo. Esto se impugnó alegando que algunos Estados tenían una política fijada en virtud de la cual la extradición debía negociarse en forma bilateral, y si el párrafo fuera obligatorio tendría por efecto funcionar como un tratado multilateral de extradición. Fue por esta razón que las disposiciones pertinentes de otros tratados multilaterales no tuvieron carácter obligatorio³⁴⁶. La decisión final fue de mantener la palabra “podrá”, y por consiguiente el carácter no obligatorio de la primera oración del párrafo, pero añadir una segunda oración en la que se utilizó la palabra “considerarán”.

6.10 De hecho, sin embargo, la segunda oración del párrafo 3 constituye una exhortación. Alienta, pero no exige, a las partes que podrían estar en condiciones de invocar la Convención de 1988 como la base jurídica de la extradición (pero cuya tradición jurídica nacional es tal que es de costumbre incluir disposiciones detalladas) a que aseguren la modificación apropiada de su legislación nacional. La obligación de las partes consiste en considerar la adopción de medidas, pero no hay ningún requisito de que esa consideración conduzca a la adopción de medidas.

Párrafo 4

4. Las Partes que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición entre ellas.

Comentarios

6.11 Respecto de las partes que puedan conceder la extradición en ausencia de un tratado, el párrafo 4 (basado en el texto del apartado iii) del inciso *b*) del párrafo 2 del artículo 36 de la Convención de 1961 enmendada por el Protocolo de 1972) requiere que los delitos establecidos de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 se consideren extraditables en relación con otras partes en la Convención. Esta disposición es obligatoria. Como lo señaló posteriormente un representante que participó en

³⁴⁴El texto de la Convención de 1961 enmendada por el Protocolo de 1972 subraya esta característica utilizando la frase “podrá discrecionalmente”.

³⁴⁵*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CN.7/1987/2 (cuarta parte), cap. II (“artículo 3”), pág. 36, párrs. 59 a 61; *Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión I, 13a. sesión, párrs. 100 a 105; *ibíd.*, 15a. sesión, párr. 1; *ibíd.*, 17a. sesión, párrs. 1, 2 y 21; e *ibíd.*, 27a. sesión, párrs. 13 a 32.

³⁴⁶Por ejemplo, párrafo 2 del artículo 8 del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970; párrafo 2 del artículo 8 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 1971; y párrafo 2 del artículo 11 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 1988.

la Conferencia de 1988, sin embargo, esto “sólo requiere que esos Estados establezcan para sí mismos la posibilidad jurídica de extraditar, pero no afecta sus facultades discrecionales respecto de la concesión o hasta de la consideración de las peticiones de extradición provenientes de otras Partes”³⁴⁷.

Párrafo 5

5. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas por la legislación de la Parte requerida o por los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que la Parte requerida puede denegar la extradición.

Comentarios

6.12 El párrafo 5 del artículo 6 establece la norma general de que la extradición respecto de delitos pertinentes en virtud de la Convención de 1988 sigue sujeta al derecho interno de la parte requerida y a las obligaciones aplicables en virtud de acuerdos de extradición bilaterales o multilaterales. Este concepto se aplica específicamente, como precaución, a la crítica esfera de los motivos por los que se puede denegar la petición de extradición. Ahora bien, la decisión fue de insertar en el párrafo 6 una referencia a un grupo específico de motivos facultativos de denegación.

6.13 La Conferencia examinó exhaustivamente la cuestión de la denegación de la extradición por razones de nacionalidad. Muchos Estados cuentan con un principio constitucional contra la extradición de sus nacionales, o se opusieron enérgicamente a ella, pero la Conferencia tuvo ante sí un proyecto de párrafo con muchas fórmulas facultativas, que excluirían, limitarían o al menos desalentarían la denegación de la extradición por razones de nacionalidad (o de residencia habitual)³⁴⁸. En definitiva, se rechazó todo el proyecto de párrafo. El caso de los nacionales cuya extradición no es posible se trata también en el inciso *a*) del párrafo 2 del artículo 4, que requiere que las partes declaren su competencia respecto de delitos cometidos por un nacional cuando se deniega la extradición sobre la base de la nacionalidad, y en los párrafos 9 y 10 del artículo 6, que reflejan el principio *aut dedere aut judicare* y tienen por objeto asegurar que, en general, esas personas sean sometidas a juicio o cumplan la sentencia que se les ha impuesto.

Párrafo 6

6. Al examinar las solicitudes recibidas de conformidad con el presente artículo, el Estado requerido podrá negarse a darles cumplimiento cuando existan motivos justificados que induzcan a sus autoridades judi-

³⁴⁷J. Schutte, *loc. cit.*, pág. 138.

³⁴⁸Para el texto, véase *Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF/82/11, “artículo 4” (E/CONF.82/C.1/L.18/Add.3), secc. I. Respecto de las deliberaciones, véase *Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión I, 15a. sesión, párrs. 7 a 112; *ibíd.*, 16a. sesión, párrs. 41 a 78; *ibíd.*, 17a. sesión, párrs. 1 a 32; e *ibíd.*, 25a. sesión, párrs. 67 a 72.

ciales u otras autoridades competentes a presumir que su cumplimiento facilitaría el procesamiento o el castigo de una persona por razón de su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas o que se ocasionarían perjuicios por alguna de estas razones a alguna persona afectada por la solicitud.

Comentarios

6.14 El tipo de protección a que hace referencia el párrafo 6 con respecto a los individuos cuya extradición se solicita es conocido por diversos nombres, como cláusula de “no discriminación”, “juicio justo” o “asilo”. Su finalidad es permitir al Estado requerido negarse a cumplir la petición de extradición cuando se determine que la petición es discriminatoria en su finalidad o que el individuo de que se trata podría resultar perjudicado a su regreso por uno o más motivos específicos. En numerosos acuerdos y arreglos internacionales, como el Plan del Commonwealth para la Entrega de Delincuentes Fugitivos³⁴⁹ y la Convención Europea sobre Extradición³⁵⁰, se incluyeron disposiciones que tienen por objeto lograr un tipo de protección similar. La inclusión del párrafo en el artículo 6 se inspiró expresamente en el Plan del Commonwealth³⁵¹. Esta inclusión fue objeto de una fuerte objeción de los Estados Unidos³⁵², dirigida a la frase “sus autoridades judiciales u otras autoridades competentes”. En muchos Estados, las decisiones sobre extradición las toma la judicatura, o por lo menos los tribunales participan en ellas, pero la posición de los Estados Unidos fue que su sistema jurídico confería la facultad de decisión a la rama ejecutiva del Gobierno. La opinión de los Estados Unidos era que el párrafo 6 no lo obligaba a introducir ninguna modificación a esta práctica, ya que la frase “sus autoridades judiciales u otras autoridades competentes” era una que cada parte podía interpretar a la luz de la práctica de su propio ordenamiento jurídico.

Consideraciones sobre la aplicación: párrafos 1 a 6

6.15 La fórmula utilizada en el párrafo 1 excluye los delitos definidos en el párrafo 2 del artículo 3 del ámbito del artículo 6³⁵³. Las partes, sin embargo, pueden ignorar esta restricción en sus leyes y prácticas nacionales si así lo desean³⁵⁴. Esto se puede lograr directamente, como es el caso de las leyes nacionales y las definiciones de delitos extraditables de los tratados pertinentes, o indirectamente, considerando el tema de la “extradición accesoria”³⁵⁵.

³⁴⁹Plan del Commonwealth para la Entrega de Delincuentes Fugitivos, párr. 10 2).

³⁵⁰Convención Europea sobre Extradición, párrafo 2 del artículo 3.

³⁵¹*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión I, 27a. sesión, párr. 2.

³⁵²*Ibid.*, Actas resumidas de las sesiones plenarias, 7a. sesión plenaria, párrs. 39 a 44.

³⁵³Véanse, *supra*, los comentarios sobre el párrafo 2 del artículo 3. Este criterio contrasta con el adoptado en el inciso b) del párrafo 2 del artículo 36 de la Convención de 1961. Este último, sin embargo, contiene la facultad específica de “negarse a conceder la extradición si sus autoridades competentes consideran que el delito no es suficientemente grave”, cláusula que no se vio afectada por las enmiendas hechas en el Protocolo de 1972.

³⁵⁴Véanse, *infra*, los comentarios al artículo 24.

³⁵⁵Véase, por ejemplo, Tratado Modelo sobre Extradición de 1990 (resolución 45/116 de la Asamblea General, anexo), párrafo 4 del artículo 2.

6.16 Como ya se ha señalado, el principio de la doble incriminación reviste una importancia fundamental para la extradición. Si bien el efecto de la norma de la doble incriminación se ha reducido en relación con los delitos establecidos de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, no necesariamente se lo ha eliminado. Hay que tener cuidado de asegurar que las diferencias técnicas en los criterios adoptados por los diferentes países para cumplir sus obligaciones de tipificar como delitos los tipos de conductas prohibidas enumerados no constituyan sin quererlo obstáculos a la extradición. La práctica internacional moderna apoya la opinión de que, para cumplir con este requisito, deben descartarse las diferencias de terminología y la aplicación de la norma de la doble incriminación debe basarse en un examen de todos los actos u omisiones, más que en una mera comparación de los delitos³⁵⁶. La adopción de un criterio como éste, sin embargo, tampoco permitiría superar todas las dificultades posibles en esta esfera. Por ejemplo, la obligación de tipificar como delito las actividades enumeradas en el inciso c) del párrafo 1 del artículo 3 está sujeta a una disposición de salvaguardia. Por consiguiente, probablemente habrá considerables diferencias entre las partes en cuanto a la medida y la forma en que se tratan estas cuestiones en la legislación nacional.

6.17 Hay que considerar la cuestión de si la enmienda *ex post facto* de obligaciones de tratados existentes realizada como cuestión de derecho internacional público en virtud del párrafo 2 puede considerarse efectiva en el derecho interno³⁵⁷. En caso contrario, sería necesario tomar medidas para enmendar el derecho interno a fin de que refleje los requisitos de la Convención.

6.18 Gran parte de la moderna práctica de los tratados internacionales en la esfera de la extradición no tiene que ver concretamente con las drogas pero trata de esta forma de cooperación en relación con la delincuencia en general. Esa práctica, que está creciendo, define los delitos extraditables en términos de la severidad de la sanción. Éste es el procedimiento utilizado, entre muchos otros instrumentos, en el Plan del Commonwealth para la Entrega de Delincuentes Fugitivos³⁵⁸ y en la Convención Europea sobre Extradición de 1957³⁵⁹. Es también el criterio recomendado en el Tratado Modelo sobre Extradición³⁶⁰ aprobado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana en 1990, y posteriormente aprobado por la Asamblea General en su resolución 45/116 de 14 de diciembre de 1960³⁶¹. Dada la naturaleza de los delitos establecidos en el párrafo 1 del artículo 3, y las salvedades contenidas en el inciso a) del párrafo 4 y en el párrafo 5 de ese artículo, para asegurar que se refieran a sanciones de

³⁵⁶Véase, por ejemplo, Tratado Modelo sobre Extradición de 1990, párrafo 2 del artículo 2.

³⁵⁷Véase, por ejemplo, *Arnbjorndottir-Mendler c. Estados Unidos*, 721 F.2d 679 (9.º distrito, 1983) (la extradición a Islandia se basó en el antiguo tratado entre Dinamarca y los Estados Unidos y en la Convención de 1961).

³⁵⁸Plan del Commonwealth para la Entrega de Delincuentes Fugitivos (enmendado en 1990), párr. 2 (delitos que permiten la entrega).

³⁵⁹*Informe Explicativo de la Convención Europea sobre Extradición* (Estrasburgo, Consejo de Europa, 1985), págs. 13 y 14.

³⁶⁰Véase el párrafo 1 del artículo 2.

³⁶¹Véanse también R. Clark, "Crime: the UN agenda on international cooperation in the criminal process", *Nova Law Review*, No. 15, 1991, págs. 485 a 489; y R. Clark, *The United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Program: Formulation of Standards and Efforts at Their Implementation* (Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1994), pág. 210 a 216.

severidad apropiada, es probable que el cumplimiento de los requisitos del párrafo 2 del artículo 6 sea automático, siempre que se adopte el criterio de definir los delitos extraditables en términos de la severidad de la sanción.

6.19 Por otra parte, algunos instrumentos internacionales que reflejan los requisitos de la ley interna, utilizan el criterio de enunciar específicamente los delitos considerados extraditables. Los que deban negociar un instrumento de este tipo en el futuro deben asegurar que se incluyan todas las actividades prohibidas en virtud del párrafo 1 del artículo 3. En algunos casos, para que pueda ser considerada como delito extraditable dentro de esta tradición, la conducta debe estar enunciada tanto en el tratado de extradición pertinente como en el cuerpo de legislación nacional sobre extradición. En esos casos, se necesitará también modificar en la forma correspondiente la ley nacional³⁶².

6.20 Algunas partes ya han hecho uso de la disposición positiva de la segunda oración del párrafo 3. El Reino Unido, por ejemplo, optó por incluir la Convención de 1988 en la lista de instrumentos internacionales, contenida en la sección 22 de la Ley sobre Extradición de 1989, que se pueden utilizar como instrumento de la ley nacional para este propósito³⁶³. Otras partes no han podido hacerlo por diversas razones. Por ejemplo, los Estados Unidos tienen restricciones jurídicas para utilizar las convenciones multilaterales como base de la extradición. Por consiguiente, ese país condicionó su ratificación de la Convención de 1988 al entendimiento concreto de que los Estados Unidos “no considerarán esta Convención como base legal para extraditar ciudadanos de cualquier país con el que los Estados Unidos no tenga ningún tratado bilateral de extradición en vigor”. Cuando la razón de la incapacidad para utilizar la Convención como la base jurídica de la extradición dimana de la ausencia de leyes nacionales detalladas, hay que considerar la posibilidad de promulgar esas medidas.

6.21 El tema de la “no discriminación” se suele considerar como motivo obligatorio para denegar la extradición; éste es el criterio que se adoptó en el inciso *b*) del artículo 3 del Tratado Modelo sobre Extradición de 1990 (resolución 45/116 de la Asamblea General, anexo). Esa cuestión también figura en las leyes nacionales de extradición de numerosos Estados. Por consiguiente, no debería haber dificultades particulares para dar efecto a sus disposiciones.

6.22 La cláusula de no discriminación del párrafo 6 se superpone, aunque no coincide plenamente, con la práctica de extradición tradicional de excluir la devolución de individuos si la extradición se solicita respecto de un delito que en el Estado requerido sería considerado como de carácter político³⁶⁴. En los casos en que el alcance de la excepción del delito político es limitada o se ha suprimido, hay que otorgar un peso mayor que el normal a la norma relativa a la discriminación³⁶⁵. A este respecto, cabe recordar que en virtud del párrafo 10 del artículo 3 los Estados participantes se deben asegurar de que a los fines de la cooperación internacional, incluida la extradición, los delitos establecidos de conformidad con la Convención de 1988 no se con-

³⁶²Véase, por ejemplo, Reino Unido, Ley sobre Extradición de 1989, secc. 38, y Ley sobre Justicia Penal (Cooperación internacional), 1990, secc. 22.

³⁶³Véase, Reino Unido, Ley de Justicia Penal (Cooperación internacional), 1990, secc. 22, párrs. 2 y 3.

³⁶⁴Véase J. Young, “The political offence exception in the extradition law of the United Kingdom: a redundant concept?”, *Legal Studies*, No. 1984, págs. 211 y siguientes.

³⁶⁵Véase, por ejemplo, *Informe Explicativo de la Convención Europea sobre la Supresión del Terrorismo* (Estrasburgo, Consejo de Europa, 1979), págs. 14 y 15.

sideran de carácter político o políticamente motivados³⁶⁶. Esta obligación, que se aplica también a la definición de los mismos actos como “delitos fiscales”, otro motivo tradicional para denegar la extradición, se aplica “sin perjuicio de las limitaciones constitucionales y de los principios fundamentales del derecho interno de las Partes”. Por consiguiente, hay que considerar si esta obligación calificada es aplicable y, de serlo, cuál es la mejor forma de aplicarla en el derecho y la práctica internos.

Párrafo 7

7. Las Partes se esforzarán por agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios con respecto a cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

Comentarios

6.23 El texto del párrafo 7 acordado en la Conferencia³⁶⁷ constituye sólo un mero estímulo a las partes para que pongan en práctica procedimientos más expeditos y superen las dificultades que algunas veces plantean los requisitos probatorios (en especial, el denominado requisito del caso *prima facie*) (véanse también los párrafos 6.25 y 6.26 *infra*).

Consideraciones relativas a la aplicación: párrafo 7

6.24 Si bien el párrafo 7 no es más que “una disposición general de exhortación que alienta a las Partes a simplificar y acelerar los procedimientos de extradición”³⁶⁸, puede considerarse que su inclusión refleja una insatisfacción general en la comunidad internacional con los criterios tradicionales que tratan de la amenaza planteada por las formas modernas del tráfico internacional de drogas. La conveniencia de introducir cambios concebidos para mejorar la eficacia de este tipo de extradición en relación con los delitos pertinentes, incluido el lavado de dinero, se ha seguido expresando en diversos foros desde que se concertó la Convención de 1988³⁶⁹.

6.25 Cuando se estaba redactando la Convención, un motivo de preocupación eran las dificultades con que se tropezaba en muchos países, especialmente en las jurisdicciones de derecho romano, para satisfacer los requisitos de proporcionar a los tribunales del país requerido pruebas adecuadas de la culpabilidad del acusado antes de proceder a la extradición. Esta norma, comúnmente conocida como el requisito del caso *prima facie*, que cumple una función importante en las leyes de extradición de

³⁶⁶Véanse, *supra*, los comentarios sobre el párrafo 10 del artículo 3.

³⁶⁷Hay un error en los *Documentos Oficiales* respecto del párrafo 7 y los párrafos que le siguen. La “propuesta básica” establecida en el informe de la Comisión I (*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/11, “artículo 4” (E/CONF.82/C.1/L.18/Add.3), párr. 1) no es de hecho el texto que la Conferencia tuvo ante sí sino una versión muy posterior. El texto que examinaron los participantes figura en *Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, anexo II, pág. 79 (“artículo 4”).

³⁶⁸“Report of the United States Delegation to the United Nations Conference for the adoption of a Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances”, 101st Congress, 1st Session, Senate, Exec. Rept. 101-15, pág. 52.

³⁶⁹Véase, por ejemplo, Grupo de Acción Financiera sobre Lavado de Dinero, “Informe anual, 1996”, anexo, recomendación No. 40.

muchos países de derecho anglosajón, se suele considerar como un importante obstáculo a la cooperación efectiva en esta esfera. Teniendo en cuenta estas opiniones, por ejemplo, el Reino Unido ha promulgado legislación que dispone la derogación progresiva de la norma del caso *prima facie* sobre una base Estado por Estado por Mandamiento del Consejo³⁷⁰.

6.26 Aunque la insatisfacción con el funcionamiento de este requisito es más evidente cuando el Estado requirente tiene una tradición de derecho romano, preocupan también sus efectos aun cuando la extradición es entre jurisdicciones de derecho anglosajón. Esto queda claramente demostrado por el hecho de que los ministros de justicia del Commonwealth, reunidos en Nueva Zelandia en 1990, acordaron introducir una modificación en el plan de 1966. Básicamente, la fórmula de transacción aceptada permite a los países del Commonwealth que lo deseen conservar el criterio tradicional disponiendo al mismo tiempo arreglos bilaterales entre pares de países que deseen tratar esta cuestión de manera diferente. Como se ha explicado en otra parte, la nueva disposición facultativa “permite a los países negociar las modificaciones que consideren apropiadas en sus circunstancias, pero ofrece un modelo particular que quizá muchos países deseen adoptar”³⁷¹. La Convención de 1988 proporciona un elemento de impulso adicional al examen de las modificaciones de este tipo general.

6.27 En todo examen de la idoneidad de los procedimientos y los requisitos de extradición existentes sería muy conveniente tener en cuenta la evolución ocurrida en otros países y regiones. Por ejemplo, en Europa se acepta cada vez más que la utilización de los canales diplomáticos para la comunicación de las peticiones de extradición ha dado lugar a demoras innecesarias, mientras que los contactos directos entre los ministerios de justicia³⁷² o por conducto de autoridades centrales designadas³⁷³ ofrecen alternativas más satisfactorias. También se observa preocupación por la eficiencia administrativa en los precedentes que autorizan el uso de medios modernos de comunicación, como las transmisiones por facsímil³⁷⁴, en un contexto de extradición³⁷⁵.

6..28 Otra novedad que ha sido objeto de atención en los últimos años es el establecimiento de un procedimiento simplificado o sumario para expedir el proceso cuando el individuo interesado no tiene intenciones de impugnar la extradición. Esta disposición se ha incluido en varios acuerdos regionales, entre ellos el tratado

³⁷⁰Ley de Extradición de 1989, secc. 9 8) a) (véase también, por ejemplo, la Convención Europea sobre el Mandamiento de Extradición, 1990, No. 1507).

³⁷¹Secretaría del Commonwealth, documento LMM(90)32.

³⁷²Véase, por ejemplo, el Segundo Protocolo Adicional de la Convención Europea sobre Extradición, cap. V.

³⁷³Véase, por ejemplo, el artículo 1 del Acuerdo entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas para simplificar y modernizar los medios de transmitir peticiones de extradición, concertado en San Sebastián el 26 de mayo de 1989.

³⁷⁴Acuerdo entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas para simplificar y modernizar los medios de transmitir peticiones de extradición, artículos 2 y 3.

³⁷⁵El Convenio de Schengen de 1990 ha introducido varias modificaciones en esta esfera (véanse, por ejemplo, los artículos 64 y 65). Entretanto, se han concertado acuerdos de adhesión a esta Convención con Grecia, Italia, Portugal (en vigor) y España. Se está negociando un nuevo acuerdo de adhesión con Austria. Se están estudiando instrumentos de adhesión con Dinamarca, Finlandia y Suecia e instrumentos de aplicación paralela con Islandia y Noruega.

del Benelux de 1962, el Convenio de Schengen de 1990 y la Convención de 1995 sobre procedimientos de extradición simplificados entre Estados miembros de la Unión Europea, y figura también en el artículo 6 del Tratado Modelo sobre Extradición de 1990.

6.29 Por supuesto, un examen de la ley y la práctica de la extradición puede ser mucho más ambicioso y de carácter más amplio. En los últimos años, por ejemplo, los Estados miembros de la Unión Europea han iniciado un proceso en virtud del cual se han sometido a examen las principales características de estos mecanismos de cooperación. Esto incluyó, entre otras cosas, la posibilidad de relajar y normalizar el umbral de los delitos extraditables, reducir la severidad de la norma que prohíbe la extradición cuando, en virtud de la legislación del Estado requerido, el individuo es inmune al enjuiciamiento o la sentencia en razón del tiempo transcurrido, el perfeccionamiento del ámbito de aplicación de la norma de la especialidad (es decir, la norma que excluye el enjuiciamiento por delitos que excedan el ámbito de la extradición originalmente concedida, salvo con el consentimiento del Estado requerido) y reducir las restricciones relativas a la no extradición de los nacionales.

6.30 Si bien en muchas de estas esferas los cambios sólo se pueden introducir a través de la legislación o la revisión de los tratados, hay otras mejoras importantes que se pueden introducir de manera más sencilla. Durante su presidencia de las Comunidades Europeas en 1992, el Reino Unido inició deliberaciones con otros Estados miembros que culminaron con un acuerdo sobre varias medidas prácticas que podrían adoptarse para eliminar demoras que se podían evitar. De esto resultaron varias mejoras, incluida la publicación de una guía de los procedimientos de extradición de los Estados interesados, que contenía diagramas, una lista de puntos de contacto y otra información valiosa de carácter práctico³⁷⁶. En 1994, la secretaría del Consejo de Europa recibió el encargo de ampliar este texto para incluir a todas las partes en la Convención Europea sobre Extradición de 1957. Esas iniciativas no necesariamente requieren un marco regional o subregional, por ejemplo, podría prepararse en forma unilateral una guía del derecho y la práctica internos de extradición y luego distribuirse a través de una autoridad central a los Estados con los que se han concertado arreglos de extradición o a todas las partes en la Convención de 1988. Además, la disponibilidad de una nota explicativa práctica de ese tipo sería útil en las etapas preliminares de las negociaciones de los tratados de extradición con Estados que pueden no haber tenido experiencia anterior en cuanto a los requisitos locales. En el párrafo 11 del artículo 6 se alienta la concertación de esos acuerdos.

Párrafo 8

8. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, la Parte requerida podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud de la Parte requirente, proceder a la detención de la persona cuya extradición se solicite y que se encuentre en su territorio o adoptar otras medidas adecuadas para asegurar su comparecencia en los trámites de extradición.

³⁷⁶Véase *Extradition: a Guide to Procedures of EC Member States (Incorporating Contact Points)* (Londres, Home Office, International Criminal Policy Division, julio de 1993).

Comentarios

6.31 El párrafo 8 se insertó durante las negociaciones de la Conferencia. Se basa en textos que se encuentran en varios tratados³⁷⁷ y tiene por objeto promover la eficacia de los arreglos de extradición previendo la detención del delincuente y otras medidas apropiadas para asegurar su comparecencia en los procedimientos de extradición. Se consideró que la cláusula de salvaguardia era esencial en razón de los diferentes requisitos de los ordenamientos jurídicos nacionales acerca de la detención preventiva y los procedimientos de libertad bajo fianza, y el posible conflicto con disposiciones particulares de tratados de extradición existentes.

6.32 Este párrafo trata de la posibilidad de que se hagan peticiones en casos en que sea urgente detener en forma preventiva a la persona buscada en espera de la iniciación de los procedimientos de extradición formales. La norma en la práctica de los tratados bilaterales y multilaterales es prever esta importante cuestión, y se lo suele hacer con bastante detalle³⁷⁸. Cuando existe un tratado a este respecto entre el Estado requirente y el Estado requerido, el párrafo 8 no es pertinente. La intención es principalmente asistir a las partes que supeditan la extradición a la existencia de una relación de tratado y están dispuestas, en virtud del párrafo 3, a considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición. Esos países “quizá necesiten también la base de un tratado para poder disponer la detención preventiva de una persona con miras a su eventual extradición, aun antes de la presentación de una petición formal de extradición”³⁷⁹.

Consideraciones relativas a la aplicación: párrafo 8

6.33 Las partes que supediten la extradición a la existencia de una relación de tratado y estén dispuestas, en virtud del párrafo 3, a considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición, quizá deban promulgar legislación habilitante para reglamentar el ejercicio apropiado de esta facultad y establecer los procedimientos administrativos y de otro tipo que correspondan. Al hacerlo, es esencial tener presente que los requisitos para la detención preventiva son, por definición, de carácter urgente y con frecuencia requerirán la adopción de medidas rápidas y eficientes por parte del Estado requerido. Los requisitos relativos a cuestiones como el contenido de las peticiones de detención preventiva y los medios permitidos para comunicar esa petición deben formularse teniendo claramente presente la necesidad de adoptar medidas rápidas y eficaces³⁸⁰.

6.34 Quizá fuera útil realizar un examen de la cuestión de la detención preventiva para ampliarla a fin de incluir un examen de la política y los procedimientos respecto

³⁷⁷Por ejemplo, la Convención para la Supresión de la Incautación Ilícita de Aeronaves de 1970 (párrafo 1 del artículo 6); la Convención para la Supresión de los Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil de 1971 (párrafo 1 del artículo 6); y la Convención para la Supresión de los Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima de 1988 (artículo 7).

³⁷⁸Véanse, por ejemplo, el Tratado Modelo sobre Extradición de 1990 (resolución 46/116 de la Asamblea General, anexo), artículo 9, y el artículo 16 de la Convención Europea sobre Extradición de 1957.

³⁷⁹J. Schutte, *loc. cit.*, pág. 142.

³⁸⁰Véase, por ejemplo, el párrafo 4 1) del Plan del Commonwealth para la Entrega de Delincuentes Fugitivos, que dispone, entre otras cosas, que a los fines de emitir un mandamiento provisional de detención la autoridad judicial competente del territorio en que se encuentra el individuo, o cuando se cree que éste esté en tránsito, puede tomar conocimiento de la información pertinente contenida en las notificaciones internacionales emitidas por la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol).

de la preparación de peticiones a otros Estados. Es importante asegurar que sólo se presenten peticiones en casos de urgencia suficiente. En el contexto de la Convención Europea sobre Extradición de 1957, por ejemplo, la frecuencia con que las partes han utilizado este procedimiento es motivo de preocupación³⁸¹, y se han hecho varios llamamientos para que se obre con cautela³⁸².

Párrafo 9

9. Sin perjuicio del ejercicio de cualquier competencia penal declarada de conformidad con su derecho interno, la Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente deberá:

a) Si no lo extradita por un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 por los motivos enunciados en el inciso a) del párrafo 2 del artículo 4, presentar el caso ante sus autoridades competentes para enjuiciarlo, salvo que se haya acordado otra cosa con la Parte requirente;

b) Si no lo extradita por un delito de ese tipo y se ha declarado competente en relación con ese delito de conformidad con el inciso b) del párrafo 2 del artículo 4, presentar el caso ante sus autoridades competentes para enjuiciarlo, salvo que la Parte requirente solicite otra cosa a efectos de salvaguardar su competencia legítima.

Comentarios

6.35 Las deliberaciones sobre el párrafo 9 en la Conferencia se vieron dificultadas por el hecho de que el texto de lo que sería el párrafo 2 del artículo 4 no estaba totalmente decidido cuando se inició el examen del artículo 6.

6.36 Como se recordará, el párrafo 2 del artículo 4 trata de dos tipos de casos diferentes. El inciso a) del párrafo 2 es de carácter obligatorio, y dispone que cada parte se declarará competente respecto de los delitos que ha establecido en virtud del párrafo 1 del artículo 3, cuando el supuesto delincuente se encuentre en su territorio y no lo extradite a otra parte sobre la base de que el delito se ha cometido en su territorio o a bordo de una nave que enarbola su pabellón o una aeronave registrada con arreglo a su legislación en el momento en que se cometió el delito; o que el delito ha sido cometido por uno de sus nacionales. El inciso b) no es obligatorio. Cada parte puede declarar su competencia cuando el supuesto delincuente esté en su territorio y no lo extradite al territorio de otro Estado parte; si los motivos por los que se deniega la extradición son distintos de los establecidos en el inciso a), la parte requerida no tiene obligación de declarar su competencia.

6.37 El párrafo 9 del artículo 6 trata del mismo tipo de cuestión pero en el contexto de la extradición. Crea ciertas obligaciones en virtud del derecho internacional público que se expresan en el sentido de que son sin perjuicio del ejercicio de cualquier competencia penal declarada de conformidad con el derecho interno de la parte a la

³⁸¹Véase, por ejemplo, H. J. Bartsch, "The Western European approach", *Revue internationale de droit pénal*, No. 62, 1991, págs. 508 y 509.

³⁸²Véase, por ejemplo, la recomendación R (80)7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

que se solicita la extradición desde su territorio (“la parte requerida”). La obligación, con sujeción a las otras condiciones establecidas en el texto, es de presentar el caso a las autoridades competentes a los fines del enjuiciamiento. Esto significa que se pondrán en marcha los procedimientos normales de la parte requerida para adoptar la decisión relativa al enjuiciamiento. No hay en realidad una obligación directa de enjuiciar, dado que eso comprometería la autonomía de que gozan las autoridades del ministerio público en muchos sistemas jurídicos nacionales. La Conferencia decidió no incluir frases como “sin demora indebida”, pero es clara la intención de que las demoras sean mínimas, y no deben ser distintas a las de un caso puramente interno de complejidad semejante.

6.38 En los casos comprendidos en el alcance del inciso *a*) de este párrafo (y el inciso correspondiente del párrafo 2 del artículo 4), en que la declaración de competencia por la parte requerida es obligatoria, el párrafo 9 establece como obligación de tratado que el caso se presente al ministerio público “salvo que la parte requirente solicite otra cosa”. Esta última frase deja en claro que la parte requerida debe adoptar medidas a menos que obtenga el consentimiento de la parte requirente de abstenerse de presentar el caso.

6.39 En los casos comprendidos en el alcance del inciso *b*) de este párrafo (y el inciso correspondiente del párrafo 2 del artículo 4), en que la declaración de competencia por la parte requerida no es obligatoria, existe la misma obligación de tratado “salvo que la parte requirente solicite otra cosa a efectos de salvaguardar su competencia legítima”. Este texto, al que se llegó como solución de transacción después de muchas deliberaciones, significa que la obligación de tratado desaparece si la parte requirente expresa su oposición a la presentación del caso al ministerio público. Con todo, la parte requerida puede, si así lo decide, ejercer la competencia penal de conformidad con su derecho interno; la parte requirente no tiene derecho de veto absoluto³⁸³.

Consideraciones relativas a la aplicación: párrafo 9

6.40 Como se señaló *supra*, el párrafo 9 expresa el concepto de la administración de justicia indirecta, también conocida como el principio *aut dedere aut judicare*. Debe leerse en estrecha relación con el párrafo 2 del artículo 4³⁸⁴. En cuanto a su aplicación, probablemente tendrá la máxima importancia práctica en casos en que la extradición se deniegue con el argumento de que el individuo cuya devolución se solicita es nacional del país requerido. Los problemas y las cuestiones relativos a la aplicación efectiva de estos requisitos se examinaron en el contexto del artículo 4, pero cabe subrayar que la obligación de presentar el caso a las autoridades competentes a los fines del enjuiciamiento se plantea en cada caso separado cuando la extradición se deniega en las circunstancias dispuestas en el párrafo 9. Por lo tanto, es necesario asegurar el cumplimiento aun cuando esas circunstancias se den con poca frecuencia. Por ejemplo, si bien no hay ninguna prohibición constitucional a la extradición de nacionales por los Estados Unidos, ha habido raros casos en que, por razo-

³⁸³Véanse las declaraciones del representante de los Países Bajos (*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión I, 25a. sesión, párrs. 38 a 41 y 49) y las declaraciones de los representantes de Austria y Francia (*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones plenarias, 7a. sesión plenaria, párrs. 47 y 51).

³⁸⁴Véanse, *supra*, los comentarios sobre el párrafo 2 del artículo 4.

nes de técnica jurídica, no han podido hacerlo³⁸⁵. Por esta razón se promulgó legislación para eliminar este obstáculo al pleno cumplimiento de los requisitos de la Convención de 1988³⁸⁶.

Párrafo 10

10. Si la extradición solicitada con el propósito de que se cumpla una condena se deniega basándose en que la persona objeto de la solicitud es nacional de la Parte requerida, ésta, si su legislación lo permite y de conformidad con los requisitos de dicha legislación, previa solicitud de la Parte requirente, considerará la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta conforme a la legislación de la Parte requirente o el resto de dicha condena que quede por purgar.

Comentarios

6.41 La finalidad del párrafo 10 es complementar las disposiciones del párrafo 9, que trata de supuestos delincuentes pero no de delincuentes declarados culpables que escapen antes de la sentencia, o antes de cumplir la totalidad de una condena. En tales casos, el delincuente puede ser extraditado a los fines de la sentencia, o de cumplir una condena, o para completar una condena que se ha cumplido parcialmente, pero la extradición puede denegarse por diversos motivos. Cuando la negativa se basa en que el delincuente es nacional del Estado requerido, se plantea una situación similar a la prevista en el párrafo 9. En los casos comprendidos en el alcance del párrafo 10, sin embargo, no se consideró apropiado disponer la presentación del caso al ministerio público del Estado requerido para un nuevo juicio, ya que esto podría dar lugar a una excusa de doble incriminación³⁸⁷. En algunos casos, la cuestión de la doble incriminación puede ser objeto de una opinión diferente³⁸⁸, o puede haber sido expresamente excluida cuando un recluso no ha cumplido la totalidad o parte de una sentencia impuesta por otro Estado³⁸⁹, pero ningún texto internacional aceptable puede ignorar la cuestión de la doble incriminación. Se plantea, en cambio, la posibilidad de que el delincuente deba cumplir la condena (o el resto de la condena) en el territorio del Estado requerido.

6.42 El Estado requerido debe “considerar” la ejecución de la sentencia impuesta en el Estado requirente pero no tiene la obligación de hacerla cumplir. En algunos ordenamientos jurídicos nacionales no es posible ejecutar sentencias de tribunales extranjeros, hecho que se reconoce en una cláusula de salvaguardia: la obligación es

³⁸⁵Véase, por ejemplo, “Report of the United States Delegation to the United Nations Conference for the adoption of a Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances”, 101st Congress, 1st Session, Senate, Exec. Rept. 101-15, págs. 52 y 53.

³⁸⁶Véase *Manual for Compliance with the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances* (Washington, D.C., Departamento de Justicia de los Estados Unidos, 1992), pág. 10.

³⁸⁷Véase la opinión expresada por el representante de los Países Bajos de que la doble incriminación era una excusa válida (*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión I, 26a. sesión, párr. 69).

³⁸⁸Véase la opinión expresada por el representante de Filipinas (*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión I, 26a. sesión, párr. 71).

³⁸⁹Véase, por ejemplo, el artículo 113 del Código Penal Francés.

de considerar la posibilidad de hacer cumplir la condena si la legislación del Estado requerido lo permite y de conformidad con los requisitos de esa legislación³⁹⁰.

Consideraciones relativas a la aplicación: párrafo 10

6.43 Aunque el concepto de la ejecución de sentencias penales de terceros Estados no está tan establecido en la práctica internacional como otras formas de cooperación en el ámbito penal, hay un cierto número de precedentes que los Estados interesados pueden utilizar como orientación³⁹¹. Un ejemplo reciente se encuentra en el capítulo 5 de la Convención de Schengen de 1990. Éste adopta el criterio relativamente sencillo de complementar y extender por analogía la Convención del Consejo de Europa de 1983 sobre la transferencia de las personas sentenciadas³⁹² para incorporar la transferencia de la ejecución de las sentencias penales con respecto a los reclusos fugitivos. A este respecto, es importante tener presente que, de conformidad con el artículo 69 de la Convención de Schengen, la transferencia de la ejecución de las sentencias “no estará sujeta al consentimiento de la persona condenada”. Los Estados que deseen aprovechar esta opción deberán asegurarse de que las leyes nacionales lo permiten. Si la tradición jurídica nacional normalmente requiere un tratado preexistente como requisito previo para la ejecución de sentencias penales de otros Estados, podría considerarse la posibilidad de disponer que la Convención de 1988 constituye la base necesaria en este contexto.

Párrafo 11

11. Las Partes procurarán concertar acuerdos bilaterales y multilaterales para llevar a cabo la extradición o aumentar su eficacia.

Comentarios

6.44 El párrafo 11, que guarda estrecha relación en cuanto a su finalidad con el tema del párrafo 7, alienta a los Estados a concertar diversos tipos de tratados de extradición para aplicar este régimen de procedimiento cooperativo o aumentar su eficacia.

Consideraciones relativas a la aplicación: párrafo 11

6.45 Como se recordará, el Tratado Modelo de 1990 sobre Extradición se elaboró para ayudar a los Estados que desearan negociar acuerdos de extradición modernos³⁹³.

Párrafo 12

12. Las Partes podrán considerar la posibilidad de concertar acuerdos bilaterales o multilaterales, ya sean especiales o generales, sobre el tras-

³⁹¹Véase, por ejemplo, la Convención de 1991 entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre la ejecución de las sentencias penales extranjeras y el proyecto de Tratado Modelo sobre la transferencia de la ejecución de las sanciones penales (E/CN.15/1992/4/Add.3 y Corr.1, anexo I).

³⁹²Véase, *infra*, el comentario sobre el párrafo 12 del artículo 6.

³⁹³“Manual sobre el Tratado Modelo de Extradición y Manual sobre el Tratado Modelo de Asistencia en Asuntos Penales: guía para la aplicación”, *Revista Internacional de Política Criminal*, Nos. 45 y 46 (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.96.IV.2), primera parte.

lado de las personas condenadas a prisión u otra forma de privación de libertad por los delitos a los que se aplica el presente artículo, a fin de que puedan terminar de cumplir sus condenas en su país.

Comentarios

6.46 El párrafo 12 se refiere a la posibilidad de trasladar a un delincuente declarado culpable que cumple una condena de privación de libertad a otro Estado, para que cumpla allí el resto de la condena. La referencia al concepto del traslado del recluso en este contexto constituye un reconocimiento del hecho de que la naturaleza transnacional del moderno tráfico internacional de drogas ha dado lugar a que un número sustancial de nacionales de muchos Estados sean encarcelados en el extranjero. Dado que la política penal de muchos Estados hace cada vez más hincapié en la rehabilitación de los delincuentes, objetivo que también se incluye en el párrafo 4 del artículo 3 de la Convención de 1988, se ha reconocido que en algunos casos el logro de este objetivo se ve facilitado si el delincuente se encuentra en su país de origen. Además, “esta política se asienta también en consideraciones humanitarias: las dificultades de comunicación por razones de idioma, la cultura y las costumbres locales extrañas y la falta de contacto con familiares pueden tener efectos perjudiciales sobre el recluso extranjero”³⁹⁴.

6.47 El Estado al que normalmente se trasladará a la persona condenada será el Estado de su nacionalidad u origen en algún sentido, pero el texto del párrafo 12 se dejó deliberadamente amplio en este punto. No ha sido fácil definir en instrumentos internacionales el grado de relación que hay que demostrar entre la persona trasladada y el Estado al que ha sido trasladada; el Plan del Commonwealth para el Traslado de Delincuentes Condenados, por ejemplo, se refiere a “vínculos estrechos ... que puedan ser reconocidos por [el Estado al que se efectuaría el traslado] a los fines del Plan”³⁹⁵. Asimismo, aunque la Conferencia tuvo conocimiento de que un cierto número de Estados, y de instrumentos internacionales³⁹⁶, requieren expresamente que la persona condenada dé su consentimiento al traslado, esto no se incluyó en el texto del párrafo sino que se dejó al arbitrio de las partes interesadas.

6.48 El párrafo 12 no impone una obligación de tratado. Se limita a invitar a las partes a que consideren la posibilidad de concertar acuerdos sobre el traslado de personas condenadas, y esos acuerdos pueden ser bilaterales o multilaterales, generales o especiales.

Consideraciones relativas a la aplicación: párrafo 12

6.49 Los Estados que deseen estudiar la posibilidad de utilizar este mecanismo de cooperación internacional pueden basarse en un cuerpo creciente de práctica tanto multilateral como bilateral. En relación con la primera, podría citarse, entre otros, el Plan para el Traslado de Delincuentes Condenados dentro del Commonwealth (en su forma enmendada en 1990) y la Convención del Consejo de Europa de 1983 sobre el

³⁹⁴Informe Explicativo de la Convención sobre el Traslado de Personas Condenadas (Estrasburgo, Consejo de Europa, 1983), pág. 7.

³⁹⁵Plan del Commonwealth para el Traslado de Delincuentes Condenados, párr. 4 1) a) ii).

³⁹⁶Por ejemplo, véase el Plan del Commonwealth para el Traslado de Delincuentes Condenados, párr. 4 1) d).

Traslado de Personas Condenadas que, en virtud de su artículo 19, también está abierto a los Estados que no son miembros del Consejo en ciertas circunstancias. En lo que se refiere a los arreglos bilaterales, el Acuerdo Modelo de 1985 sobre el traslado de reclusos extranjeros³⁹⁷ se elaboró a fin de facilitar las negociaciones en esta esfera³⁹⁸.

6.50 Los instrumentos internacionales existentes tratan de cuestiones filosóficas subyacentes y específicas con respecto a la extradición en forma algo diferente, pero se ha creado un amplio consenso respecto de varios elementos centrales del proceso. Un aspecto importante es que el traslado se considera normalmente como facultativo y sujeto al consentimiento del individuo de que se trate. Como se ha explicado en el contexto del Acuerdo Modelo de 1985, “el requisito de que las personas condenadas presten su consentimiento al traslado garantiza que éstos no se utilizarán como método para expulsar a reclusos, o como un medio de encubrir la extradición. Además, dado que las condiciones del encarcelamiento varían considerablemente entre los países, y que el recluso puede tener razones muy personales para no desear el traslado, parece preferible basar el propuesto acuerdo modelo en el requisito del consentimiento”³⁹⁹.

6.51 Una disposición apropiada sobre la posibilidad de trasladar a los reclusos puede tener un efecto positivo sobre la cooperación internacional en general. Esto se desprende de la posibilidad de utilizar diferentes mecanismos para eliminar los impedimentos tradicionales a esa cooperación. Un ejemplo es el enfoque de los Países Bajos a la extradición de sus nacionales. En este caso, la tradicional rigurosidad con que se ha tratado la prohibición de extraditar se ha relajado como consecuencia de una revisión de la Constitución de los Países Bajos en 1983, en combinación con una modificación de su legislación nacional sobre extradición en 1988⁴⁰⁰. En virtud de esta última, y con arreglo al párrafo 2 del artículo 4 de la Ley de Extradición de los Países Bajos, se puede extraditar a un nacional a un tercer Estado si “a juicio del Ministro de Justicia de los Países Bajos hay garantías suficientes de que si el nacional de su país es sentenciado a una pena incondicional de privación de libertad en el Estado requirente por los delitos en relación con los cuales se concede la extradición, el nacional tendrá la posibilidad de cumplir esa condena en los Países Bajos”⁴⁰¹.

³⁹⁷Véase *Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, Milán, 26 de agosto a 6 de septiembre de 1985: informe preparado por la Secretaría (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.91.IV.2), cap. I, secc. D, resolución 1, anexo I.

³⁹⁸Véanse también, R. Clark, “Crime: the UN agenda on international cooperation in the criminal process”, *Nova Law Review*, No. 15, 1991, págs. 481 a 485; y R. Clark, *The United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Program: Formulation of Standards and Efforts at Their Implementation* (Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1994), págs. 205 a 210.

³⁹⁹“Formulación y aplicación de los criterios y normas de las Naciones Unidas en materia de justicia penal: acuerdo modelo sobre el traslado de reclusos extranjeros y recomendaciones sobre el tratamiento de reclusos extranjeros” (A/CONF.121/10), párr. 14.

⁴⁰⁰D. Paridaens, “The extradition of nationals according to Dutch law”, *Revue internationale de droit pénal*, No. 62, 1881, págs. 515 a 521.

⁴⁰¹Paridaens, *loc. cit.*, págs. 515 y 516.

Artículo 7

ASISTENCIA JUDICIAL RECÍPROCA

Comentarios de carácter general

7.1 La importancia fundamental de una cooperación efectiva en las investigaciones y los enjuiciamientos mediante una asistencia judicial recíproca⁴⁰² se reconoció en las primeras etapas de la elaboración de la Convención⁴⁰³. Por esta razón, el principio de la inclusión de un artículo sobre este tema no fue objeto de controversias. Ahora bien, hubo cierto desacuerdo en cuanto a la naturaleza de su contenido. Algunos Estados ya contaban con legislación interna detallada y eran partes en una creciente red de arreglos y tratados bilaterales y, en algunos casos, multilaterales; sus representantes estaban preocupados porque la Convención pudiera contener material que entrase en conflicto con su legislación y sus obligaciones internacionales existentes⁴⁰⁴. Otros Estados no estaban familiarizados con el concepto y la práctica de la asistencia judicial recíproca, por lo que era importante que hubiese disposiciones detalladas en la Convención para evitar grandes demoras cuando se lo aplicase en los ordenamientos jurídicos nacionales.

7.2 Durante las deliberaciones en la Conferencia, el texto del artículo 7 fue adquiriendo más detalle y contenido a medida que avanzaban las negociaciones. El resultado fue un tratado en miniatura de asistencia judicial recíproca, formado en un molde suficientemente flexible para dar cabida a los diversos procedimientos disponibles, o que pudieran incorporarse en los ordenamientos jurídicos nacionales.

7.3 Hay una estrecha relación entre el artículo 7 y otros dos artículos de la Convención. El primero es el artículo 5, que en sus párrafos 4 a 6 dispone la asistencia recíproca en cuestiones de decomiso, y declara aplicable en ese contexto, *mutatis mutandis*, muchas disposiciones del artículo 7⁴⁰⁵. El segundo es el artículo 9, cuyo párrafo 1 trata de diversas formas de asistencia recíproca que se superponen en cierta medida con las dispuestas en el artículo 7; en la medida en que se pueden separar, el artículo 7 trata de las medidas de asistencia que son más formales que la cooperación entre organismos de que trata el artículo 9.

⁴⁰²El texto francés utiliza el término “*entraide judiciaire*” que, al igual que el término español “asistencia judicial recíproca”, refleja el mayor control judicial de las investigaciones que se aplica en muchos países de derecho romano en comparación con la práctica de los países con tradición de derecho anglosajón.

⁴⁰³*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CN.7/1988/2 (parte IV), cap. II, párr. 97.

⁴⁰⁴Véase el párrafo 6 del artículo 7, que tiene en cuenta estas preocupaciones.

⁴⁰⁵Véase el inciso *d*) del párrafo 4 del artículo 5.

Párrafo 1

1. Las Partes se prestarán, a tenor de lo dispuesto en el presente artículo, la más amplia asistencia judicial recíproca en las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales referentes a delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.

Comentarios

7.4 El texto del párrafo 1 se basó en el artículo 1 de la Convención Europea sobre Asistencia Recíproca en Cuestiones Penales, acordada en 1959 bajo la égida del Consejo de Europa. La Convención Europea fue la primera convención regional en esta esfera; sus autores se mostraron ansiosos por limitar su alcance a los casos que habían llegado a la etapa de las actuaciones judiciales⁴⁰⁶. El párrafo 1 del artículo 7 de la Convención de 1988 no contiene una limitación de ese tipo, y se aplica a las investigaciones y a los enjuiciamientos así como a las actuaciones judiciales.

7.5 La asistencia judicial recíproca en los términos del artículo se puede invocar sólo respecto de delitos establecidos de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3; por lo tanto, no está disponible respecto de los delitos de posesión, adquisición o cultivo para el consumo personal establecidos de conformidad con el párrafo 2 del artículo 3.

7.6 La asistencia solicitada debe referirse a un delito. No parece haber nada en el texto de la Convención que requiera que el delito se haya cometido antes de que se solicite la asistencia. Parecería que es posible, por ejemplo, solicitar asistencia para obtener documentos financieros⁴⁰⁷ que podrían apoyar otra información que indicase que se está planeando cometer un delito. En la práctica, a menos que se presente algún tipo de solicitud formal a un tribunal para obtener la información necesaria, ese tipo de ayuda estaría comprendida en el ámbito del artículo 9 (véase el párrafo 7.3 *supra*).

7.7 El texto indica que las partes prestarán “la más amplia” asistencia judicial recíproca, frase que tiene por objeto alentarlas a interpretar de manera amplia y no técnica el alcance de la asistencia, incluidas las formas no mencionadas expresamente en los párrafos subsiguientes⁴⁰⁸. Ahora bien, la asistencia se prestará “a tenor de lo dispuesto en el presente artículo”, que establece no sólo los procedimientos prescritos⁴⁰⁹ sino también los motivos por los que se puede denegar la petición de asistencia⁴¹⁰.

⁴⁰⁶El artículo 1 de la Convención Europea habla de “asistencia recíproca en procedimientos relativos a delitos cuyo castigo, en el momento en que se solicita la asistencia, cae en la jurisdicción de las autoridades competentes del país requirente”. Dado que la expresión “autoridades competentes” se aplica también a los magistrados investigadores, la limitación no es tan restrictiva como pudiera parecer.

⁴⁰⁷Véase el inciso f) del párrafo 2.

⁴⁰⁸Véanse *Informe Explicativo de la Convención Europea sobre Asistencia Recíproca en Asuntos Penales* (Estrasburgo, Consejo de Europa, 1971), comentarios a la frase que figura en el artículo 1 de esa Convención; y párrafo 3 del artículo 7 de la Convención de 1988.

⁴⁰⁹Como los relativos al idioma de la petición (párrafo 9).

⁴¹⁰Párrafo 15 y, respecto del aplazamiento de la asistencia, párrafo 17.

Párrafo 2: parte introductoria

2. La asistencia judicial recíproca que ha de prestarse de conformidad con el presente artículo podrá ser solicitada para cualquiera de los siguientes fines:

Comentarios

7.8 Como lo indica el texto introductorio, en el párrafo 2 se enuncian las finalidades para las que se puede solicitar asistencia judicial recíproca en virtud del artículo 7. La lista, sin embargo, no es exhaustiva y puede haber otras formas de asistencia disponibles.

Inciso a) del párrafo 2

a) Recibir testimonios o tomar declaración a personas;

Comentarios

7.9 El inciso a) del párrafo 2 se refiere al testimonio de individuos. Durante la Conferencia hubo algunas deliberaciones sobre el significado de la palabra “declaración” que, según se indicó, abarcaba el testimonio prestado bajo juramento, como es normal en la tradición de derecho anglosajón. De hecho, ese testimonio suele denominarse “testimonio jurado” por oposición a “declaraciones no juradas”, que se permiten en algunos tipos de procedimientos penales de derecho anglosajón. Por cierto, la palabra “declaración” podría indicar una declaración hecha a un oficial de policía o a otro oficial investigador, mientras que en el contexto del artículo tiene por objeto referirse al testimonio. El texto debe interpretarse en el sentido de que incluye todas las formas de testimonio de individuos, cualquiera sea el procedimiento utilizado para recibir ese testimonio.

Inciso b) del párrafo 2

b) Presentar documentos judiciales;

Comentarios

7.10 El inciso b) del párrafo 2, relativo a la presentación de documentos judiciales⁴¹¹ es breve, especialmente cuando se lo compara con el artículo 7 de la Convención Europea, que contiene disposiciones detalladas en cuanto a la modalidad de la presentación y los medios por los que se puede demostrar la presentación de los documentos. En el contexto de la Convención de 1988, estas cuestiones se regirán, al igual que muchos otros detalles de carácter práctico, por el inciso d) del párrafo 10 de este artículo, que permite a la parte requirente dar pormenores sobre cualquier procedimiento en particular que se requiera para cumplir con su derecho interno, y

⁴¹¹Entre los “documentos judiciales” se incluyen citaciones y órdenes de comparecencia de testigos.

por el párrafo 12, en virtud del cual se dará cumplimiento a la solicitud con arreglo al derecho interno de la parte requerida y, cuando sea posible, de conformidad con los procedimientos especificados en la solicitud. Así, por ejemplo, una parte puede presentar documentos de ordinario, especialmente los recibidos de fuentes extranjeras, utilizando modalidades informales de transmisión (por ejemplo, una petición al destinatario de que se presente ante una oficina local para recibir un documento, o la simple entrega en el domicilio del destinatario). Esta práctica es válida, pero una modalidad más formal de notificación, por ejemplo a través de un gestor autorizado, *huissier de justice* o persona igualmente cualificada, puede producir pruebas aceptables de que se ha efectuado la presentación y, en tales casos, se puede utilizar si esa medida fue solicitada y no es contraria al derecho de la parte requerida.

Inciso c) del párrafo 2

- c) Efectuar inspecciones e incautaciones;

Comentarios

7.11 En cuanto al inciso *c)* del párrafo 2, se aplican observaciones similares a las del párrafo 7.10. El derecho interno de la parte requerida normalmente contendrá requisitos, por ejemplo, la emisión de un mandamiento judicial para entrar en locales privados, que regirán y, en algunos casos, limitarán el alcance de la asistencia que se puede prestar.

Inciso d) del párrafo 2

- d) Examinar objetos y lugares;

Comentarios

7.12 Aunque el inciso *d)* del párrafo 2 se refiere sencillamente al examen de objetos y lugares, la asistencia que se solicite puede incluir algún tipo de informe. El párrafo 18 (2) del Plan de Asistencia Recíproca dentro del Commonwealth (Plan del Commonwealth) se refiere a los bienes raíces inspeccionados, conservados o fotografiados y a las muestras tomadas y examinadas. En el contexto del tráfico de drogas, es muy posible que se requieran análisis químicos, con un informe detallado de los resultados del análisis y de los métodos utilizados para realizarlo.

Inciso e) del párrafo 2

- e) Facilitar información y elementos de prueba;

Comentarios

7.13 Aunque el texto del inciso *e)* del párrafo 2, especialmente la palabra “información” se puede entender en un sentido muy amplio, el inciso tiene por objeto abarcar materiales disponibles para las autoridades de la parte requerida sin que tomen medi-

das que pudieran estar comprendidas en el alcance de uno de los otros incisos. Por ejemplo, abarcaría la entrega para su uso en los procedimientos que se realicen en la parte requirente de material ya existente y que quizá ya se haya usado como prueba en un juicio sobre una cuestión conexas que tiene lugar en la parte requerida. No abarcaría objetos en poder de personas privadas, que por supuesto podrían estar sujetos a “inspección e incautación” en virtud del inciso c) del párrafo 2.

Inciso f) del párrafo 2

f) Entregar originales o copias auténticas de documentos y expedientes relacionados con el caso, inclusive documentación bancaria, financiera, social y comercial;

Comentarios

7.14 El inciso f) del párrafo 2, parece referirse tanto a documentos como a expedientes que ya están en poder de las autoridades competentes de la parte requerida y al material que deberá obtener, tras una petición concreta, de bancos⁴¹², instituciones financieras o empresas comerciales que operen en el territorio de la parte requerida. Varios Estados⁴¹³ indicaron por conducto de sus representantes en la Conferencia que, en base a su legislación vigente, no podrían obtener este tipo de material (y el material a que se hace referencia en el inciso g)) a menos que se hubieran iniciado efectivamente procedimientos penales.

Inciso g) del párrafo 2

g) Identificar o detectar el producto, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios.

Comentarios

7.15 La disposición del inciso g) del párrafo 2 del artículo 7 complementa la disposición del inciso b) del párrafo 4 del artículo 5, que obliga a las partes a tomar medidas, en respuesta a una petición de otra parte, para identificar, detectar, aplicar un embargo provisional o incautar productos, bienes, instrumentos o cualquier otra de las cosas a que se hace referencia en el párrafo 1 de ese artículo, a los fines de su eventual decomiso (véanse los párrafos 5.23 a 5.26 *supra*). La primera disposición trata de los bienes que se requieren no a los fines de su eventual decomiso sino con fines probatorios. Por supuesto, cabe suponer que habrá bienes requeridos para ambos tipos de propósitos, en cuyo caso la petición se debe referir tanto al artículo 5 como al presente artículo. Cabe tener presente que el artículo 5 y el artículo 7 excluyen el secreto bancario de los motivos válidos para denegar la asistencia judicial recíproca.

⁴¹²Véanse, *infra*, los comentarios sobre el párrafo 5; la asistencia no se puede negar alegando el secreto bancario.

⁴¹³Arabia Saudita, Austria, Israel, Jamaica y Mauricio (*Documentos Oficiales*, vol. I ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión I, 29a. sesión, párrs. 25 y 26.

Párrafo 3

3. Las Partes podrán prestarse cualquier otra forma de asistencia judicial recíproca autorizada por el derecho interno de la Parte requerida.

Comentarios

7.16 El párrafo 3 se refiere sencillamente a la prestación facultativa de formas de asistencia distintas de las especificadas en el párrafo 2, cuando el derecho interno de la Parte requerida lo permite, por ejemplo las peticiones de intercepción de telecomunicaciones o la confrontación entre el acusado y los testigos. Puede leerse junto con el artículo 9, en virtud del cual las partes deben tomar medidas para organizar otras formas de cooperación.

Párrafo 4

4. Las Partes, si así se les solicita y en la medida compatible con su derecho y práctica internos, facilitarán o alentarán la presentación o disponibilidad de personas, incluso de detenidos, que consientan en colaborar en las investigaciones o en intervenir en las actuaciones.

Comentarios

7.17 El párrafo 4 abarca varias situaciones posibles en que personas que se encuentran en el territorio de la parte requerida sean importantes para las investigaciones o los procedimientos que tienen lugar en el territorio de la parte requirente⁴¹⁴. El caso más sencillo sería uno en que la autoridad investigadora de un Estado desea entrevistar a una persona que en ese momento se encuentra en otro Estado y que pudiera poseer información útil; se pide al Estado requerido que disponga y provea instalaciones para que se pueda realizar esa entrevista⁴¹⁵. En el otro extremo estaría el caso en que una persona que está cumpliendo una sentencia de privación de libertad sea llamada como testigo, y deba asistir a una interrogación oral, en un juicio que tiene lugar en otro Estado; en este caso, se pide a las autoridades del Estado en que la persona está cumpliendo su sentencia que permitan a la persona viajar al Estado requirente con tal fin. En este último caso, habría que organizar un número considerable de cuestiones de detalle, especialmente las disposiciones para el transporte del testigo, que debe realizarse en condiciones que garanticen su permanencia bajo custodia, las condiciones en que se mantendrá detenido al testigo en el Estado requirente y el efecto de la transferencia sobre el período de su condena⁴¹⁶.

7.18 En virtud del párrafo 4, las partes están obligadas a atender esa petición, pero hay dos salvaguardias. La primera, para los Estados requeridos, es que la obligación

⁴¹⁴Este párrafo parece referirse principalmente a la persona que puede prestar asistencia directa; es posible que pueda considerarse que los asesores jurídicos de dichas personas están incluidos en esta disposición.

⁴¹⁵Véase el párrafo 7.9 *supra* en relación con el examen de la palabra “declaración” del inciso a) del párrafo 2.

⁴¹⁶Compárese con el párrafo 24 del Plan del Commonwealth, que contiene disposiciones detalladas relativas a la transferencia de personas detenidas.

debe conformarse a su derecho y práctica internos. La inclusión de la referencia a la práctica interna es importante, ya que muchas de las cuestiones que probablemente se plantearán en una petición quedarán, en algunos Estados, a la discreción de las autoridades administrativas o correccionales y no estarán reglamentadas por disposiciones jurídicas expresas. La segunda salvaguardia, que se refiere a la persona interesada, es que nada de lo dispuesto en este párrafo se puede hacer sin el consentimiento de esa persona; esto se aplica tanto a los que están detenidos como a los que están en libertad. Así pues, una persona residente en un Estado puede ser obligada a asistir a una audiencia en ese Estado para prestar testimonio formal que se ha de utilizar en otro Estado, ya sea en virtud de una notificación de comparecencia o una citación de testigo emitida en respuesta a una petición de toma de testimonio en virtud del inciso a) del párrafo 2, pero puede negarse a asistir a una audiencia en el Estado requirente.

Párrafo 5

5. Las Partes no invocarán el secreto bancario para negarse a prestar asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo.

Comentarios

7.19 El párrafo 5 del artículo 7 originalmente formaba parte de un proyecto de texto mucho más largo, que hubiera repetido la obligación respecto del decomiso y la presentación de registros bancarios, financieros y comerciales establecida en el párrafo 3 del artículo 5, y también en el inciso f) del párrafo 2 del artículo 7. Este material repetitivo se eliminó, pero se consideró importante declarar expresamente que no se podría invocar el secreto bancario como motivo para negar la asistencia, tanto en el contexto general de la asistencia judicial recíproca del presente artículo como en el contexto específico del decomiso en el artículo 5⁴¹⁷.

Párrafo 6

6. Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las obligaciones derivadas de otros tratados bilaterales o multilaterales, vigentes o futuros, que rijan, total o parcialmente, la asistencia judicial recíproca en asuntos penales.

Comentarios

7.20 El párrafo 6 contiene una importante disposición que trata del posible conflicto con tratados de asistencia judicial recíproca existentes o futuros. No da a esos tratados una prioridad general sobre las disposiciones de la Convención de 1988. Su efecto, en cambio, es preservar las obligaciones asumidas en virtud de los tratados generales de asistencia judicial recíproca de cualquier disminución como resultado de las disposiciones específicas de la Convención. Esto significa que las disposiciones de la Convención prevalecerán cuando establezcan un nivel de asistencia supe-

⁴¹⁷Véase la última oración del párrafo 3 del artículo 5.

rior en el contexto del tráfico ilícito que el dispuesto en las disposiciones de los tratados bilaterales o multilaterales de asistencia judicial recíproca aplicables. En el caso contrario, cuando el tratado dispone un nivel de asistencia superior, este párrafo se aplica y las disposiciones del tratado prevalecerán con respecto a la extensión de las obligaciones de la parte requerida.

7.21 Al examinar el párrafo 6, hay que tener presente también el párrafo 7, que se examina a continuación, y el párrafo 20, en virtud del cual las partes, entre otras cosas, considerarán la posibilidad de reforzar las disposiciones del artículo 7 mediante la negociación de tratados de asistencia judicial recíproca.

Párrafo 7

7. Los párrafos 8 a 19 del presente artículo se aplicarán a las solicitudes que se formulen con arreglo al mismo, siempre que no medie entre las Partes interesadas un tratado de asistencia judicial recíproca. Cuando las Partes estén vinculadas por un tratado de esta índole, se aplicarán las disposiciones correspondientes de dicho tratado, salvo que las Partes convengan en aplicar, en su lugar, los párrafos 8 a 19 del presente artículo.

Comentarios

7.22 El párrafo 7 trata de otros aspectos de la cuestión del “conflicto entre las convenciones”. En 1988 había varios tratados vigentes, bilaterales o multilaterales, de asistencia judicial recíproca; desde entonces, su número ha aumentado considerablemente. Muchos de estos tratados contienen disposiciones de procedimiento detalladas sobre cuestiones como los canales de comunicación que se deben utilizar y el idioma y el contenido detallado de la documentación, así como condiciones más fundamentales en cuanto a los motivos para denegar una petición. Particularmente en el caso de los tratados bilaterales, las disposiciones se habrán negociado teniendo mucho más en cuenta los principios de los ordenamientos jurídicos nacionales de las partes interesadas. Ahora bien, hay todavía muchos Estados que no son partes de tratados generales de asistencia judicial recíproca y muchas circunstancias en que no hay ningún tratado bilateral que rija la relación entre el par de Estados interesados en una cuestión determinada.

7.23 El párrafo 7 abarca estas diferentes situaciones. Cuando no hay un tratado aplicable de asistencia judicial recíproca, la Convención contiene las disposiciones necesarias en los párrafos 8 a 19. Cuando existe un tratado aplicable, sus disposiciones se aplicarán en lugar de las establecidas en los párrafos 8 a 19; esto permite a dos Estados seguir los procedimientos con los que están familiarizados en el contexto general de la asistencia judicial recíproca, inclusive en el contexto del tráfico ilícito. Sin embargo, las partes de un tratado general de asistencia judicial recíproca interesados en una cuestión determinada podrían optar por acordar que en ese contexto se aplicarán las disposiciones de la Convención.

7.24 Hay varias partes cuya práctica de asistencia judicial recíproca general se rige por algún instrumento, como el Plan del Commonwealth, que carece de la formalidad de un tratado propiamente dicho. El texto del párrafo 7 utiliza la expresión “un tratado de asistencia judicial recíproca”, y ése ha pasado a ser el término básico. No

parece incluir los arreglos o acuerdos menos formales, a los que se aplicarían las disposiciones de los párrafos 8 a 19 en todos los casos comprendidos en el ámbito de la Convención⁴¹⁸, a menos que las partes acordaran otra cosa.

Párrafo 8

8. Las Partes designarán una autoridad o, cuando sea necesario, varias autoridades, con facultades para dar cumplimiento a las solicitudes de asistencia judicial recíproca o transmitir las a las autoridades competentes para su ejecución. Se notificará al Secretario General la autoridad o autoridades que hayan sido designadas para este fin. Las autoridades designadas por las Partes serán las encargadas de transmitir las solicitudes de asistencia judicial recíproca y cualquier otra comunicación pertinente; la presente disposición no afectará al derecho de cualquiera de las Partes a exigir que estas solicitudes y comunicaciones le sean enviadas por vía diplomática y, en circunstancias urgentes, cuando las Partes convengan en ello, por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal, de ser ello posible.

Comentarios

7.25 La designación de una autoridad central para tramitar la ejecución, y en algunos casos la transmisión, de peticiones de asistencia judicial recíproca es una característica de muchos arreglos y tratados de asistencia judicial recíproca⁴¹⁹. Este sistema ofrece importantes ventajas de orden práctico, que permiten a los oficiales no sólo adquirir familiaridad con los términos de la Convención y los procedimientos necesarios sino también establecer relaciones de trabajo con sus contrapartes de otros Estados y estudiar las formas de satisfacer los requisitos particulares de un ordenamiento jurídico nacional mediante peticiones preparadas cuidadosamente. Esto facilitará la prestación eficiente y sin tropiezos de la asistencia.

7.26 Aunque cada Estado puede tener varias “autoridades competentes”, por ejemplo en sus servicios de policía y de aduanas, la autoridad designada a los fines del presente artículo será, siempre que sea posible, una sola autoridad, que puede formar parte de uno de esos servicios o de otro departamento gubernamental o ser independiente. En algunos ordenamientos jurídicos nacionales la facultad de ejecutar peticiones implica funciones judiciales. En virtud de este párrafo, las partes pueden, “cuando sea necesario”, designar más de una autoridad; esta disposición está prevista sobre todo para algunos Estados de estructura federal o compuesta o para Estados responsables de las relaciones externas de territorios dependientes; su finalidad no es alentar una expansión del número de autoridades con diferentes funciones o que se ocupan de diferentes tipos de casos.

⁴¹⁸El texto no permite a las partes ninguna otra opción. Ahora bien, puede que las partes aprovechen las disposiciones del párrafo 20 para aplicar sus arreglos generales de asistencia recíproca.

⁴¹⁹Véase, por ejemplo, el párrafo 4 del Plan del Commonwealth. Los arreglos regionales pueden permitir o alentar los contactos directos entre las autoridades judiciales pertinentes (véase el artículo 53 1) de la Convención de Schengen).

7.27 El párrafo 8 especifica que las peticiones y las comunicaciones relativas a peticiones⁴²⁰ tendrán lugar entre las autoridades designadas. Ahora bien, una parte podrá exigir el uso de canales diplomáticos, que en la práctica implica la participación no sólo del personal de las embajadas sino también de los oficiales de los ministerios de justicia y de relaciones exteriores de las partes interesadas, con las inevitables demoras. La disposición se refiere también al uso, en casos urgentes y con el acuerdo previo de las partes interesadas, de los canales de comunicación mantenidos por la Interpol, que se usan más comúnmente en la cooperación informal de que trata el artículo 9.

Párrafo 9

9. Las solicitudes deberán presentarse por escrito en un idioma aceptable para la Parte requerida. Se notificará al Secretario General el idioma o idiomas que sean aceptables para cada una de las Partes. En situaciones de urgencia, y cuando las Partes convengan en ello se podrán hacer las solicitudes verbalmente, debiendo ser seguidamente confirmadas por escrito.

Comentarios

7.28 El idioma es siempre una cuestión delicada. En la Convención se adopta un criterio muy práctico: claramente es esencial que las autoridades de la parte requerida en la que se aplicará la medida, con frecuencia con carácter urgente, reciban las peticiones en un idioma con el que están familiarizadas. Este hecho se reconoce en la referencia que se hace en el párrafo a un idioma “aceptable” para la parte requerida. El idioma nacional de esa parte siempre será aceptable, pero consideraciones de orden práctico indican que en muchos casos las partes requirentes deben tener más opciones. El idioma nacional puede ser poco conocido en otros países; puede tener una caligrafía que no sea fácil encontrar en los sistemas de procesamiento de textos y comunicaciones que utilizan normalmente otros Estados. Por consiguiente, los Estados deben indicar al Secretario General el idioma o idiomas que son aceptables para ellos, en la esperanza de que los idiomas notificados incluirán al menos alguno de los idiomas más comúnmente utilizados en las comunicaciones internacionales y, por cierto, en la labor de las Naciones Unidas. Cada parte podrá incluir otros idiomas utilizados en otros Estados dentro de su propia región geográfica.

7.29 El párrafo 9 trata también de las peticiones verbales de asistencia. Permite que esas peticiones se hagan de esa forma en circunstancias urgentes y con el consentimiento de las partes interesadas; no hay ninguna obligación de aceptar una petición verbal ni de atenderla. En la práctica, los oficiales responsables de atender las peticiones establecen un buen entendimiento con sus contrapartes de otros Estados, especialmente los Estados vecinos o aquellos con los que normalmente se intercambian peticiones, respecto de los casos en que se pueden aceptar peticiones verbales. La Convención, utilizando una frase que se encuentra también en el Plan del Commonwealth, dispone que una petición se puede hacer inicialmente en forma verbal pero debe “ser seguidamente confirmada por escrito”.

⁴²⁰Por ejemplo, una petición de información adicional en virtud del párrafo 11 del artículo 7.

Párrafo 10

10. En las solicitudes de asistencia judicial recíproca deberá figurar lo siguiente:

- a) La identidad de la autoridad que haga la solicitud;
- b) El objeto y la índole de la investigación, del proceso o de las actuaciones a que se refiere la solicitud, y el nombre y funciones de la autoridad que esté efectuando dicha investigación, dicho procesamiento o dichas actuaciones;
- c) Un resumen de los datos pertinentes, salvo cuando se trate de solicitudes para la presentación de documentos judiciales;
- d) Una descripción de la asistencia solicitada y pormenores sobre cualquier procedimiento particular que la Parte requirente desee que se aplique;
- e) Cuando sea posible, la identidad y la nacionalidad de toda persona involucrada y el lugar en que se encuentre;
- f) La finalidad para la que se solicita la prueba, información o actuación.

Comentarios

7.30 En el párrafo 10 se establece una lista del contenido mínimo de una petición de asistencia judicial recíproca. En muchos casos, la autoridad que hace la petición haría bien en incluir información adicional, algunas veces para sus propios fines administrativos (por ejemplo, cualquier número de referencia por el que se conozca la causa), pero con más frecuencia, y mucho más importante, para uso de la autoridad requerida a fin de que pueda responder plenamente y sin demoras.

7.31 El texto del párrafo 10 indica, por referencia en el inciso c) relativo a la presentación de documentos judiciales, que las circunstancias en que se debe atender la petición de adopción de medidas son suficiente explicación y la autoridad requerida no necesita muchos más datos sobre los antecedentes del caso. En otros contextos, cuando se deben tomar declaraciones o pruebas testimoniales o examinar emplazamientos, la labor de la autoridad requerida se vería considerablemente facilitada si comprendiera el contexto en el que debe actuar o la dirección precisa que deben seguir sus trabajos. En esos casos, la declaración de los datos pertinentes que se dispone en el inciso c), junto con el material relativo a la finalidad para la que se solicita la prueba, la información o la actuación (inciso f)), deberá incluirse cuidadosamente y, de ser necesario, con bastante detalle.

7.32 La asistencia judicial recíproca se solicita para adelantar la investigación, el enjuiciamiento o los procedimientos en el territorio de la parte requirente. De esto se desprende que el procedimiento seguido en el Estado requerido debe ser de tal naturaleza que las pruebas u otra información sean admisibles o utilizables en el Estado requirente. Es por esto que el inciso d) permite a la autoridad requirente dar pormenores sobre cualquier procedimiento particular que desee que se aplique⁴²¹. Como

⁴²¹Véase el párrafo 12 del artículo 7: los procedimientos especificados en la petición deben seguirse "en la medida en que no contravenga la legislación de dicha Parte y siempre que ello sea posible".

ejemplos cabe citar el juramento de los testigos, las actas literales de las preguntas y respuestas y no sólo las minutas de la entrevista, la manera en que debe tomarse una fotografía o realizarse un análisis y el método para su autenticación, el establecimiento de la “cadena de custodia” en casos de decomiso de objetos y transferencia de éstos al Estado requirente, y (especialmente en casos urgentes) los medios por los que se ha de enviar la información.

7.33 Las otras partes de la lista en su mayor parte no requieren explicación. En la Conferencia se señaló que la referencia a “toda persona involucrada” en el inciso e) se debe interpretar literalmente; no se limita a la persona sospechosa.

Párrafo 11

11. La Parte requerida podrá pedir información adicional cuando sea necesaria para dar cumplimiento a la solicitud de conformidad con su derecho interno o para facilitar dicho cumplimiento.

Comentarios

7.34 Una solicitud de asistencia bien redactada debe contener toda la información necesaria para la ejecución de la petición. En la práctica, la situación quizá no sea tan sencilla. Por ejemplo, la ejecución de una petición de búsqueda puede exigir, en virtud del derecho interno de la parte requerida, la presentación de una solicitud a un juez para obtener mandamiento de registro, y las normas jurídicas que rigen ese tipo de solicitud pueden exigir un dato específico no contenido en la solicitud enviada originalmente. O las circunstancias pueden cambiar: una petición de ayuda para identificar o encontrar bienes puede ser difícil de ejecutar en razón de hechos ocurridos recientemente, como la partida de las personas que se supone están en posesión del bien o transacciones que afectan al bien, y la autoridad requerida puede necesitar información adicional u orientación más detallada sobre la mejor forma de proceder. Todas estas posibilidades están comprendidas en el texto amplio del párrafo, que destaca la importancia de una cooperación estrecha entre las autoridades pertinentes.

Párrafo 12

12. Se dará cumplimiento a toda solicitud con arreglo al derecho interno de la Parte requerida y, en la medida en que no se contravenga la legislación de dicha Parte y siempre que ello sea posible, de conformidad con los procedimientos especificados en la solicitud.

Comentarios

7.35 Se ha señalado (véase el párrafo 7.32 *supra*) que la razón de solicitar asistencia judicial recíproca es avanzar la investigación, el enjuiciamiento o las actuaciones en el territorio de la parte requirente y que eso tiene consecuencias para los procedimientos que se han de seguir. Ahora bien, también es cierto que la asistencia solicitada comprende actos que se deben realizar en el territorio de la parte requerida. Necesariamente, entran en juego su soberanía y su ordenamiento jurídico. Por lo tanto, el

principio básico debe ser el establecido en la primera parte del párrafo, es decir, que la petición se debe atender con arreglo al derecho interno de la parte requerida.

7.36 El resto del párrafo califica este principio, al indicar la conveniencia de ajustarse a los procedimientos especificados en la petición (concebidos, por ejemplo, para hacer que las pruebas obtenidas para utilizar en actuaciones penales en la parte requirente sean admisibles en virtud de las normas probatorias penales en vigor en los tribunales de esa parte). A fin de satisfacer esta necesidad, las partes pueden adoptar procedimientos que normalmente no seguirían en casos puramente internos. Del texto se desprende que no están obligadas a hacer nada que sea contrario a su derecho interno (en lugar de referirse meramente a procedimientos con los que no estén familiarizados). Hay también otra salvaguardia: deben ajustarse a los procedimientos especificados “siempre que ello sea posible”; por ejemplo, el uso de un idioma determinado o la participación de una persona que posee calificaciones particulares podría ser imposible en otro Estado.

7.37 Aunque la Convención guarda silencio sobre esta cuestión, es sumamente conveniente que siempre que parezca haber dificultades para atender una petición de que se siga un procedimiento particular, debe haber algún contacto entre las autoridades requirentes y requeridas para tratar de encontrar una solución satisfactoria.

7.38 La cuestión de los derechos de las personas privadas, y en especial las personas acusadas, respecto de la asistencia judicial recíproca se examinó en la Conferencia. Este asunto plantea varias cuestiones.

7.39 La primera es si una persona privada puede tener acceso a los beneficios que brinda el sistema de asistencia judicial recíproca: por ejemplo, si las consideraciones relativas a las garantías procesales dan derecho a la persona acusada a utilizar la Convención para obtener pruebas importantes para su defensa en la misma forma en que el ministerio público puede obtener parte de sus pruebas. El tenor de las deliberaciones sobre ese punto⁴²² fue que, en general, la Convención estaba prevista para las partes y no para conferir derechos a personas privadas. Ahora bien, ésa era una cuestión que cada parte podía resolver a la luz de su interpretación de los principios aplicables del derecho internacional y su propio derecho constitucional. Podría darse el caso de que un tribunal o autoridad judicial de una parte hiciese una petición o dispusiese que se hiciera una petición, actuando en favor de la persona acusada o, de hecho, de una tercera parte involucrada en una cuestión de decomiso. Esa petición sería apropiada en virtud de la Convención, se transmitiría a través de la autoridad pertinente como se dispone en el párrafo 8 del artículo 7 y su ejecución estaría comprendida en las disposiciones del párrafo 12. Se podría adoptar un criterio similar con respecto a la petición de la presencia de un asesor durante la ejecución de la petición.

7.40 Una segunda cuestión se refiere a los derechos de las personas privadas ya sea de la parte requirente o de la parte requerida, de suprimir o excluir pruebas o impedir la ejecución de una petición de asistencia judicial recíproca. La Conferencia decidió no incorporar una disposición que hubiera declarado que la Convención no creaba nuevos derechos de este tipo, pero de hecho ésa parece ser la posición. Si en

⁴²²*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión I, 32a. sesión, párrs. 32 y 33.

virtud del derecho de la parte requerida una persona u órgano tiene el derecho de intervenir, ese derecho se mantiene; lo mismo se aplica a los procesos que podrían invocarse en la parte requirente una vez que se ha ejecutado plenamente la petición. Ahora bien, en virtud de la Convención no se pueden asignar derechos adicionales a personas privadas.

Párrafo 13

13. La Parte requirente no comunicará ni utilizará, sin previo consentimiento de la Parte requerida, la información, o las pruebas proporcionadas por la Parte requerida para otras investigaciones, procesos o actuaciones distintas de las indicadas en la solicitud.

Comentarios

7.41 El párrafo 13 representa un cuidadoso equilibrio de intereses en posible conflicto. La parte que inicia una petición de asistencia debe incluir información sobre el asunto y la naturaleza de la investigación, los procesos o las actuaciones a los que se refiere⁴²³. Por ejemplo, puede indicarse que una petición de asistencia para obtener libros comerciales tiene que ver con una investigación de supuesto tráfico ilícito de estupefacientes específicos que se piensa han pasado con facturas falsificadas a través de los libros de una compañía que funciona en territorio de la parte requerida; o en la solicitud de toma de pruebas específicas podría indicarse que se refiere al procesamiento pendiente de una persona acusada en los tribunales penales de la parte requirente. En ambos ejemplos, las autoridades de la parte requirente quizá no puedan prever con exactitud en el momento en que hacen la petición la futura evolución de la cuestión. Los libros comerciales pueden apuntar a un tráfico ilícito mucho más amplio del que se había sospechado originalmente. El juicio pendiente puede más tarde involucrar a otros acusados y dar lugar a otros cargos. En ese contexto, toda norma que pudiera restringir indebidamente el uso que se hará del material obtenido en respuesta a la petición limitaría severamente la eficacia del sistema de la asistencia judicial recíproca.

7.42 Por otra parte, la parte requerida puede también tener intereses legítimos que deba proteger. Por ejemplo, una parte podría tener una norma estricta sobre secreto bancario que ha suspendido para el caso del tráfico ilícito, como se requiere en la Convención⁴²⁴. La entrega de los libros bancarios para utilizarlos como prueba en un juicio por delitos de tráfico de drogas no significa que se suspende su norma general, permitiendo que esos mismos libros se utilicen, por ejemplo, en procesos subsiguientes relacionados con un fraude.

7.43 El texto del párrafo procura atender ambos tipos de preocupaciones. Como cuestión de principio, la parte requirente no puede utilizar información o pruebas suministradas por la parte requerida para investigaciones, procesos o actuaciones distintas de las indicadas en la solicitud; el mismo principio se aplica a la restricción de la retransmisión de esa información o esas pruebas a terceros (aun en respuesta a una petición formal de otro Estado parte en la Convención). Ahora bien, esa utilización o

⁴²³Inciso b) del párrafo 10 del artículo 7.

⁴²⁴Párrafo 5 del artículo 7.

esa retransmisión es posible con el consentimiento previo de la parte requerida, que tiene plena discreción para conceder o negar su consentimiento. En la práctica, el consentimiento sólo se deniega en circunstancias en que no se ha ejecutado una petición que refleje las nuevas necesidades de la parte requirente.

Párrafo 14

14. La Parte requirente podrá exigir que la Parte requerida mantenga reserva acerca de la existencia y el contenido de la solicitud, salvo en la medida necesaria para darle cumplimiento. Si la Parte requerida no puede mantener esa reserva, lo hará saber de inmediato a la Parte requirente.

Comentarios

7.44 La confidencialidad es normalmente de importancia suprema, especialmente en las etapas de la investigación de un caso. El Plan del Commonwealth reconoce que ésta es una cuestión delicada al exigir a las autoridades competentes de la parte requirente y de la parte requerida que mantengan el carácter confidencial de la petición y su contenido. El párrafo 14 se refiere a la misma cuestión, pero parte del supuesto de que las autoridades de la parte requirente observarán debidamente el aspecto de la confidencialidad; se ocupa sólo del deber de confidencialidad que afecta a la parte requerida.

7.45 En el párrafo 14 se reconoce que el mero acto de ejecutar la petición puede llamar la atención sobre lo que se está haciendo. Ahora bien, si en la parte requerida hay procedimientos públicos (como la publicación de la lista de tipos de solicitudes pertinentes) que constituyen un incumplimiento de la confidencialidad mayor que el mínimo necesario, la parte requerida debe informar de inmediato a la parte requirente de esta situación, a fin de que esta última pueda decidir si debe continuar la ejecución de la petición, en la misma forma o en forma enmendada.

Párrafo 15, parte introductoria

15. La asistencia judicial recíproca solicitada podrá ser denegada:

Comentarios

7.46 El párrafo 15 establece los motivos por los que una parte puede denegar la solicitud de asistencia. Debe leerse conjuntamente con el párrafo 10 del artículo 3, que dispone que a los fines de la cooperación entre las partes, en particular la cooperación prevista en los artículos 5, 6, 7 y 9, los delitos tipificados de conformidad con el artículo 3 no se considerarán como delitos fiscales o como delitos políticos o políticamente motivados, sin perjuicio de las limitaciones constitucionales y de los principios fundamentales del derecho interno de las partes. Esto tiene el efecto de excluir posibles motivos de denegación que se encuentran en algunos planes y tratados de asistencia judicial recíproca⁴²⁵.

⁴²⁵Véase, por ejemplo, Plan del Commonwealth, párrafo 7 1) b) (delitos políticos); pero véase también el párrafo 7 4), que proporciona una definición estricta de esos delitos.

Inciso a) del párrafo 15

a) Cuando la solicitud no se ajuste a lo dispuesto en el presente artículo;

Comentarios

7.47 Ninguna parte está obligada a ejecutar una petición que no se presente de conformidad con las disposiciones del artículo 7, ya sea que la deficiencia se refiera al canal de transmisión o al contenido de la petición. La parte requerida, sin embargo, puede ignorar el incumplimiento de esas disposiciones si así lo desea.

Inciso b) del párrafo 15

b) Cuando la Parte requerida considere que el cumplimiento de lo solicitado pudiera menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales;

Comentarios

7.48 En los tratados de asistencia judicial recíproca se suelen encontrar textos de este tipo; el texto del presente inciso se toma directamente del inciso b) del artículo 2 de la Convención Europea sobre Asistencia Recíproca en Cuestiones Penales. El *Informe Explicativo* de esa Convención se limita a señalar que la expresión “intereses esenciales” se refiere a los intereses de los Estados, y no de los individuos, y que los intereses económicos podrían quedar incluidos en ese concepto.

7.49 En el presente contexto, las referencias a la soberanía y la seguridad probablemente se refieran a los servicios de defensa, relaciones exteriores y seguridad interna y externa del Estado requerido.

7.50 El alcance de la noción de *ordre public* puede variar entre los Estados, pero se utiliza la frase francesa porque el concepto real de “*public policy*” como se entiende en la tradición de derecho anglosajón puede ser diferente. De las deliberaciones sobre lo que más tarde fue el párrafo 15, y en particular de las enmiendas propuestas por la delegación de Jamaica, que en definitiva fueron rechazadas, puede extraerse alguna orientación sobre su posible alcance. Estas enmiendas hubieran prohibido las “expediciones de pesquisa” (es decir, peticiones de asistencia cuando no está nada claro que se haya cometido algún delito), hubieran insertado un motivo de denegación basado en la “doble incriminación”, y hubieran incorporado una disposición que se encuentra en el párrafo 7 2) b) del Plan del Commonwealth y que abarca los casos en que hay motivos sustanciales para creer que la asistencia pertinente facilitaría el enjuiciamiento de una persona en razón de su raza, religión, nacionalidad o convicciones políticas. Resultó claro que la opinión de los representantes de los países con tradición de derecho romano entendían que estas preocupaciones se podían satisfacer utilizando el concepto de *ordre public*⁴²⁶.

⁴²⁶*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas oficiales de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión I, 32a. sesión, párrs. 5 a 20.

Inciso c) del párrafo 15

c) Cuando el derecho interno de la Parte requerida prohíba a sus autoridades acceder a una solicitud formulada en relación con un delito análogo, si éste hubiera sido objeto de investigación, procesamiento o actuaciones en el ejercicio de su propia competencia;

Comentarios

7.51 El principio en que se basan los tratados de asistencia judicial recíproca es que las autoridades competentes del Estado requerido deben, en la medida de lo posible, facilitar a las autoridades competentes de otras partes las facultades de investigación y reunión de pruebas que ellos mismos aplicarían en casos puramente internos. Si la medida requerida no se pudiera tomar en un caso interno, éste sería un motivo para denegar la petición.

Inciso d) del párrafo 15

d) Cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico de la Parte requerida en lo relativo a la asistencia judicial recíproca.

Comentarios

7.52 La disposición tiene en cuenta que los Estados pueden haber establecido en sus ordenamientos jurídicos nacionales la prohibición de prestar cooperación internacional en ciertas circunstancias, por ejemplo, cuando el delincuente pueda ser sometido a penas crueles, inhumanas o degradantes o a la pena capital, o a un juicio por tribunales especiales. Se reconoce que, en algunas circunstancias, esas disposiciones jurídicas impedirían suministrar ciertos tipos de asistencia.

Párrafo 16

16. Las denegaciones de asistencia judicial recíproca serán motivadas.

Comentarios

7.53 Esto es sencillamente conveniente en interés de las buenas relaciones y el funcionamiento sin tropiezos de las disposiciones de asistencia recíproca.

Párrafo 17

17. La asistencia judicial recíproca podrá ser diferida por la Parte requerida si perturbase el curso de una investigación, un proceso o unas actuaciones. En tal caso, la Parte requerida deberá consultar con la Parte requirente para determinar si es aún posible prestar la asistencia en la forma y en las condiciones que la primera estime necesarias.

Comentarios

7.54 En muchos casos, el intercambio de información entre las partes, alentado por las disposiciones del artículo 9, asegurará que las autoridades competentes de las partes respectivas actúen de manera plenamente complementaria y que las actuaciones de una autoridad no interfieran en la labor en marcha en otra. Las comunicaciones entre los Estados, o entre diferentes organismos del mismo Estado, no siempre son perfectas. El párrafo 17 del artículo 7 trata de las dificultades que se plantean cuando se recibe una petición formal de asistencia judicial recíproca en un momento en que su ejecución podría perjudicar una investigación que se encuentra en un momento delicado o un juicio pendiente (al revelar pruebas o de cualquier otra manera). El texto requiere consultas entre las partes para buscar una solución práctica, reservando el derecho de la parte requerida de aplazar el suministro de la asistencia hasta que se hayan eliminado las dificultades o éstas ya no sean aplicables en razón del transcurso del tiempo.

Párrafo 18

18. El testigo, perito u otra persona que consienta en deponer en juicio o en colaborar en una investigación, proceso o actuación judicial en el territorio de la parte requirente no será objeto de procesamiento, detención o castigo, ni de ningún tipo de restricción de su libertad personal en dicho territorio por actos, omisiones o por declaraciones de culpabilidad anteriores a la fecha en que abandonó el territorio de la parte requerida. Ese salvoconducto cesará cuando el testigo, perito u otra persona haya tenido durante quince días consecutivos, o durante el período acordado por las Partes, después de la fecha en que se le haya informado oficialmente de que las autoridades judiciales ya no requerían su presencia, la oportunidad de salir del país y, no obstante, permanezca voluntariamente en el territorio o regrese espontáneamente a él después de haberlo abandonado.

Comentarios

7.55 El párrafo 18, que sigue muy de cerca al texto del párrafo 25 del Plan del Commonwealth, confiere a las personas que se desplazan al territorio de la parte requirente en respuesta a una petición un salvoconducto o inmunidad respecto de ciertos actos, omisiones o declaraciones de culpabilidad anteriores a la fecha de la partida desde el Estado requerido. El salvoconducto no se extiende a los actos u omisiones cometidos después de esa fecha, de modo que la persona interesada no está protegida si comete un delito⁴²⁷ mientras se encuentra en el territorio de la parte requirente.

7.56 El texto contiene detalles acerca de la expiración del salvoconducto, considerando que un período de 15 días es adecuado para que la persona interesada pueda hacer los arreglos necesarios para su regreso o su viaje a otra parte. Las partes pueden acordar un período diferente, que podrá ser más largo o más corto que el período de 15 días. Aunque el texto no se refiere expresamente a este punto, sería esencial

⁴²⁷Que incluiría el falso testimonio durante las actuaciones judiciales.

comunicar los términos de cualquier acuerdo de ese tipo a la persona interesada antes de su partida desde el territorio de la parte requerida.

Párrafo 19

19. Los gastos ordinarios que ocasione la ejecución de una solicitud serán sufragados por la Parte requerida salvo que las Partes interesadas hayan acordado otra cosa. Cuando se requieran a este fin gastos cuantiosos o de carácter extraordinario, las Partes se consultarán para determinar los términos y condiciones en que se haya de dar cumplimiento a la solicitud, así como la manera en que se sufragarán los gastos.

Comentarios

7.57 El párrafo 19 consagra el principio general de que los costos “ordinarios” de la asistencia judicial recíproca deben correr por cuenta de la parte requerida. Esta norma aboga por la simplicidad, evitando tener que llevar una contabilidad compleja, y se basa en la noción de que a lo largo del tiempo habrá un equilibrio general entre los Estados que a veces son la parte requirente y a veces la parte requerida. En la práctica, sin embargo, ese equilibrio no siempre se mantiene ya que la corriente de peticiones entre pares determinados de partes puede ser en gran parte en una sola dirección. Por este motivo, las palabras finales de la primera oración permiten a las partes acordar una desviación de la regla general, aun respecto de los costos ordinarios.

7.58 En muchos casos, por ejemplo cuando se solicita asistencia para identificar y presentar libros comerciales pertinentes, proceso que podría comprender un examen detallado de voluminosos libros contables de empresas por investigadores especializados, los costos serán sustanciales o de naturaleza extraordinaria. El párrafo no tiene ninguna disposición sobre este caso; requiere que las partes se consulten sobre la ejecución detallada de la petición y el prorrateo de los gastos. La línea que divide los gastos “ordinarios” de los “extraordinarios” es necesariamente imprecisa, y las sumas de dinero involucradas pueden ser consideradas de manera muy diferente por Estados que se encuentren en diferentes etapas de desarrollo económico; en la práctica, las consultas previstas en la segunda oración del párrafo deben tener lugar si cualquiera de las partes lo solicita.

Párrafo 20

20. Cuando sea necesario, las Partes considerarán la posibilidad de concertar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que sirvan a los fines del presente artículo y que, en la práctica, den efecto a sus disposiciones o las refuercen.

Comentarios

7.59 Como ya se ha señalado (véase el párrafo 7.1 *supra*), en 1988 la asistencia judicial recíproca constituía una novedad para algunos Estados que no estaban familia-

rizados con ella. Cabía esperar que la experiencia creciente conduciría a un perfeccionamiento del nuevo sistema de asistencia judicial recíproca, y a la determinación de problemas imprevistos. El párrafo 20 no establece ninguna obligación, pero alienta a las partes a considerar el uso de arreglos a acuerdos bilaterales o multilaterales para seguir desarrollando ese sistema.

Consideraciones sobre la aplicación: artículo 7 en su conjunto

Alcance de la asistencia

7.60 El suministro de asistencia judicial recíproca en la investigación y el procesamiento de los delitos graves enunciados en el párrafo 1 del artículo 3, y en actuaciones judiciales conexas, es fundamental para la realización del objetivo, establecido en el preámbulo de la Convención, de “robustecer e intensificar medios jurídicos eficaces de cooperación internacional en asuntos penales para suprimir las actividades delictivas internacionales de tráfico ilícito”. A este fin, el párrafo 1 del artículo 7 dispone que las partes se prestarán “la más amplia” asistencia judicial recíproca. Para cumplir con esta disposición, las partes deberán establecer no sólo las normas y los reglamentos internos necesarios sino también la infraestructura de políticas y administrativa conexas.

7.61 A este respecto, es particularmente importante realizar un análisis de las leyes nacionales existentes para determinar la medida en que las formas de asistencia especificadas en el párrafo 2 se puedan conceder, previa petición, a otros miembros de la comunidad internacional. Cualquier examen de ese tipo podría ampliarse adecuadamente y con utilidad para incluir la satisfacción de los requisitos para el suministro de cooperación internacional, en virtud del artículo 5, relativas al decomiso del producto, los bienes, los instrumentos y otros elementos similares⁴²⁸. Los Estados que apliquen un enfoque sistemático a la asistencia judicial recíproca por primera vez quizá deseen también considerar la posibilidad de que toda medida legislativa o conexas resultante debe limitarse a la esfera de los delitos graves de tráfico de drogas o ampliarse para abarcar otras formas de actividad delictiva, o todas ellas. Cabe señalar que la gran mayoría de los arreglos y acuerdos multilaterales existentes en esta esfera de la cooperación internacional prevén su aplicación a una amplia gama de cuestiones penales⁴²⁹. También se observa la misma filosofía en el Tratado Modelo de 1990 sobre Asistencia Recíproca en Cuestiones Penales, aprobado por la Asamblea General en su resolución 45/117⁴³⁰.

7.62 Al realizar cualquier examen de la utilidad de las disposiciones legislativas y las facultades discrecionales existentes, cabe tener presente que la finalidad del artículo 7 se vería frustrada a menos que la cooperación se pudiese proporcionar de

⁴²⁸Véanse, *supra*, los comentarios sobre el inciso d) del párrafo 4 del artículo 5.

⁴²⁹Éste es el caso, por ejemplo, de los arreglos y acuerdos multilaterales como la Convención Europea de 1959 sobre asistencia recíproca en cuestiones penales, el Plan del Commonwealth de 1986, la Convención Interamericana de 1992 y la Convención de 1992 concertada por la Comunidad Económica de los Estados del África Occidental. Hay, sin embargo, unos pocos instrumentos específicos de la cuestión de las drogas (véase, por ejemplo, el artículo 11 de la Convención de 1990 de la Asociación de Países del Asia Meridional para la Cooperación Regional en materia de estupefacientes y sustancias sicotrópicas).

⁴³⁰Hay un manual sobre este instrumento en *Revista Internacional de Política Criminal*, Nos. 45 y 46 (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.96.IV.2).

manera que tuviera en cuenta las necesidades probatorias y de otro tipo de la parte requirente. De igual modo, no hay que perder de vista el hecho de que la posición óptima es la que abre el camino al uso efectivo de la asistencia recibida de otras partes en relación con investigaciones, procesamientos y actuaciones judiciales nacionales. La naturaleza compleja y la extensión de este proceso se puede observar, por ejemplo, en la obtención de pruebas o la toma de declaraciones de personas, una forma de asistencia prevista en el inciso *a*) del párrafo 2. En este caso es necesario, en primer lugar, considerar la cuestión tanto respecto de los casos en que la persona (o personas) interesadas cooperan voluntariamente como la situación en que es necesario imponer el cumplimiento. Las leyes nacionales deben prever las condiciones en las que se pueden obtener pruebas o declaraciones, incluido todo derecho u obligación de denegar la asistencia⁴³¹. Se necesita flexibilidad suficiente para atender a las necesidades especiales del Estado requirente. Esas cuestiones pueden incluir el suministro de asistencia ya sea bajo juramento o afirmación, la participación de oficiales extranjeros y abogados de la defensa, el uso de procesos no tradicionales como el interrogatorio por los jueces o el contrainterrogatorio. También son consideraciones pertinentes la disponibilidad de las sanciones adecuadas en cuestiones como el falso testimonio y el suministro de salvaguardias apropiadas a las personas que se ven obligadas a hacer declaraciones o proporcionar pruebas. El derecho interno debe prever también adecuadamente la presentación de peticiones a Estados extranjeros para obtener esa asistencia y la admisibilidad en las actuaciones de las pruebas obtenidas de esta forma.

7.63 Al elaborar y aplicar una política suficientemente amplia se plantean problemas similares a los encontrados en otras esferas especificadas en el párrafo 2, que constituyen los elementos “esenciales” de la asistencia judicial recíproca, tal como han evolucionado en la práctica internacional. Por ejemplo, si bien todos los sistemas jurídicos contienen la facultad de ejecutar pesquisas e incautaciones, con sujeción a ciertas condiciones, algunos pueden no tener experiencia en la forma de poner estas facultades a disposición de otros Estados cuando no hay una indicación de que se ha violado el derecho interno. El examen de la práctica en un creciente número de Estados, así como del creciente cuerpo de tratados multilaterales y bilaterales, muchos de los cuales tratan esta y otras cuestiones con mayor detalle del que fue posible en el artículo 7, permite extraer orientaciones sobre la gama de cuestiones que podrían requerir medidas legislativas u otras formas de aplicación. Por ejemplo, el artículo 7 del Tratado Modelo de 1990 sobre Asistencia Recíproca en Cuestiones Penales trata la cuestión de la disposición definitiva de los materiales proporcionados a un Estado requirente, mientras que el artículo 17 del mismo Tratado subraya la necesidad de disponer tanto la entrega a la parte requirente de los materiales adquiridos en cumplimiento de una operación de pesquisa y decomiso como la protección apropiada de los derechos de terceros de buena fe en este contexto.

7.64 El historial de la redacción indica claramente que el párrafo 2 no tenía por finalidad hacer una enumeración exhaustiva de las formas de asistencia judicial recíproca que se podían proporcionar. Era, por el contrario, una lista mínima ilustrativa o básica como se destaca en el párrafo 3, que confirma que las partes “podrán prestarse cualquier otra forma de asistencia judicial recíproca autorizada por el derecho inter-

⁴³¹Véase, por ejemplo, el Tratado Modelo de 1990 sobre Asistencia Recíproca en Cuestiones Penales (resolución 45/117 de la Asamblea General, anexo).

no de la parte requerida". Por lo tanto, sería conveniente que los encargados de aplicar el artículo 7 consideraran qué otros mecanismos adicionales disponibles para las investigaciones, los procesamientos y las actuaciones judiciales puramente internas, si los hubiere, podrían proporcionarse a otras partes en la Convención para facilitar la lucha contra el tráfico ilícito. Por ejemplo, en el contexto del artículo 5 se señaló que se habían desarrollado técnicas y facultades de investigación especiales para facilitar el complicado proceso de identificar y detectar bienes y obtener pruebas⁴³². Esas técnicas incluyen, entre otras, la vigilancia de los pedidos y las órdenes de producción, la interceptación de telecomunicaciones y el acceso a sistemas de computadoras⁴³³. Otras formas de asistencia que se podrían proporcionar serían la transmisión de información sobre sentencias impuestas a los nacionales de otras partes⁴³⁴.

7.65 La naturaleza no exhaustiva del párrafo 2 se destaca también en el texto del párrafo 4, en virtud del cual los Estados partes en la Convención de 1988 facilitarán o alentarán la presentación o disponibilidad de personas que consientan en colaborar en las investigaciones. Como se ha señalado, esto comprende cuestiones como la comparecencia de testigos, incluidas las personas detenidas, en actuaciones judiciales que tienen lugar en el país requirente (véanse los párrafos 7.17 y 7.18 *supra*)⁴³⁵. Esta obligación, sin embargo, está sujeta a varias salvaguardias para el Estado requerido, entre las que figura, como requisito importante, la coherencia con sus leyes y prácticas internas (véase el párrafo 7.18 *supra*).

7.66 Las partes que deseen colocarse en condiciones de proporcionar y obtener la mayor medida posible de cooperación a este respecto deberán tener en cuenta varias cuestiones, en particular las relacionadas con casos de detención⁴³⁶. Éstas incluyen la autoridad jurídica de la parte requerida para transferir al individuo a un Estado extranjero con carácter temporal (incluida su entrega en custodia a oficiales de organismos de represión extranjeros), la readmisión al Estado de ese individuo y su devolución a la institución pertinente. Toda legislación habilitante debe asegurar que el detenido reciba el crédito apropiado por el tiempo pasado en privación de libertad en el extranjero. De igual forma, el Estado requirente debe tener la autoridad necesaria para recibir y mantener a esa persona en custodia. Además, puede que sea necesario enmendar la legislación sobre inmigración de algunos países que prohíben la entrada de personas declaradas culpables. A un nivel más práctico, habrá que establecer procedimientos apropiados para coordinar esas transferencias, incluida la determinación de la ruta más conveniente. En los casos en que haya que pasar en tránsito por el territorio de un tercer Estado, habrá que obtener el consentimiento anticipado del Estado interesado.

⁴³²Véanse, *supra*, los comentarios sobre la aplicación del artículo 5.

⁴³³Véanse también el párrafo 2 del artículo 4 de la Convención del Consejo de Europa de 1990 sobre lavado de dinero, pesquisa, decomiso e incautación de producto del delito, y las Cartas Rogatorias para la interceptación de telecomunicaciones, Recomendación No. R (85) 10, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985.

⁴³⁴Véase, por ejemplo, Tratado Modelo sobre Asistencia Recíproca en Cuestiones Penales (resolución 45/117 de la Asamblea General, anexo), nota de pie de página al título del artículo 1.

⁴³⁵Véanse, por ejemplo, el Plan del Commonwealth, incisos *f*) y *g*) del párrafo 1 3), y Tratado Modelo, inciso *b*) del párrafo 2 del artículo 1.

⁴³⁶Las cuestiones conexas del salvoconducto y los costos se tratan en los párrafos 18 y 19 del artículo 7, respectivamente.

Cuestiones de procedimiento y otras cuestiones

7.67 Como ya se ha señalado en otras partes: “La asistencia judicial nunca realizará su pleno potencial, a menos que su funcionamiento sea rápido y sencillo. La rapidez es imperativa para luchar efectivamente contra la delincuencia”⁴³⁷. Este requisito práctico subyacente debe tenerse siempre presente cuando se elaboran las infraestructuras administrativas necesarias para recibir y ejecutar peticiones de asistencia de otras partes y formular y transmitir peticiones a otros miembros de la comunidad internacional en virtud de la Convención de 1988. En este caso, reviste gran importancia el establecimiento de una autoridad o autoridades centrales en cumplimiento del párrafo 8.

7.68 Corresponde a cada país decidir la localización de su autoridad central y las facultades y funciones que se le han de confiar. Muchos Estados han optado por designar al ministerio de justicia o al de asuntos interiores o a la oficina del fiscal general. Algunos Estados quizá deseen considerar si el mismo órgano debe ser responsable de recibir y responder a peticiones, en virtud de los párrafos 3 y 4 del artículo 17 relativos al tráfico ilícito por mar⁴³⁸. Ahora bien, la práctica a este respecto no ha sido uniforme⁴³⁹. Desde un punto de vista práctico es muy importante tener presente que los detalles de las autoridades designadas a los fines del artículo 7 deben notificarse al Secretario General. Esa información, incluidos la dirección, los números de teléfono y facsímil y las horas de trabajo, es publicada periódicamente por las Naciones Unidas⁴⁴⁰. La información publicada indica también si un país permite que se hagan peticiones o comunicaciones con carácter urgente a través de los canales de comunicación de la Interpol.

7.69 Como se ha señalado anteriormente, la posibilidad de utilizar los canales de comunicación disponibles a través de la Interpol, cuando las partes lo acuerdan y en casos de urgencia, es una excepción a la expectativa normal de que las peticiones y comunicaciones relativas a ellas se realizarán entre las autoridades designadas (véase el párrafo 7.27 *supra*). Si bien en virtud del párrafo 8 del artículo 7 una parte tiene derecho a insistir en el uso de los canales diplomáticos, la experiencia en la esfera de la asistencia recíproca indica que éstos suelen ser lentos y engorrosos. Dada la necesidad de velocidad y eficiencia, cada vez es más común la práctica de que las autoridades centrales establezcan algún tipo de contacto directo previsto como la norma en esta disposición⁴⁴¹.

7.70 Habrá que establecer una infraestructura apropiada para la autoridad central. Si bien los requisitos en cuanto a recursos diferirán ampliamente de un país a otro y

⁴³⁷R. Dussaix, “Some problems arising from the practical application, from the judicial point of view, of the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters” (Estrasburgo, Consejo de Europa, 1971), págs. 51 y 52.

⁴³⁸Véanse, *infra*, los comentarios sobre el párrafo 7 del artículo 17.

⁴³⁹Si bien algunos países, como Australia, Brunei Darussalam, Canadá y Nigeria han optado por combinar estas funciones, muchos otros han decidido designar a autoridades diferentes para estos fines. Entre los que han adoptado este último enfoque figuran Austria, Burkina Faso y Omán.

⁴⁴⁰Véase *Organismos nacionales competentes en virtud de los tratados internacionales de fiscalización de drogas*, publicado por el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas en la colección con la signatura ST/NAR.

⁴⁴¹Véase, por ejemplo, el artículo 5 de la Convención del Consejo de Europa de 1959.

dependerán de una gran variedad de factores, incluida la frecuencia con que se espera hacer o recibir peticiones pertinentes, se pueden determinar varios requisitos comunes. Primero y principal, hay que disponer del equipo técnico apropiado para las comunicaciones, como teléfonos y máquinas de facsímil. Si bien en virtud del párrafo 9 las peticiones se deben hacer por escrito, se prevé también que en casos urgentes, y cuando así se acuerde, se podrán hacer peticiones orales sujetas a confirmación ulterior por escrito. Además, la práctica ha demostrado la utilidad de celebrar consultas informales entre el personal de las autoridades centrales pertinentes, cuando esto sea jurídicamente posible, con antelación a la presentación formal de peticiones, a fin de reducir a un mínimo cualquier posible causa de dificultades para su ejecución. Éste es sólo un aspecto de los beneficios ampliamente reconocidos que se pueden derivar del desarrollo de contactos ordinarios entre las autoridades centrales y el logro de buenas relaciones de trabajo⁴⁴². En este contexto, la disponibilidad de la tecnología de comunicaciones apropiada es fundamental.

7.71 Las decisiones sobre la plantilla de personal de la autoridad designada y sus necesidades de capacitación conexas dependerán, entre otros factores, de las decisiones que se adopten acerca de su naturaleza y funciones. Una cuestión clave en este caso es determinar si la autoridad será responsable de ejecutar o emitir peticiones de asistencia judicial recíproca y, en caso afirmativo, en qué medida. Esto determinará el nivel de experiencia y conocimientos jurídicos pertinentes que deberá tener el personal de la autoridad central. Si bien la práctica a este respecto difiere, es ventajoso que la autoridad central esté en condiciones de proporcionar a sus contrapartes extranjeras un buen asesoramiento práctico⁴⁴³. En este contexto, cabe tener presente que un Grupo de Trabajo de Expertos sobre asistencia judicial recíproca y decomiso internacional conexo, que se reunió en Viena del 15 al 19 de febrero de 1993 convocado por el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas, subrayó la importancia de que las autoridades nacionales designadas asesoraran a sus contrapartes extranjeras acerca de los requisitos relativos a la ejecución de las peticiones y de la información necesaria para asegurar la adopción de medidas eficaces a ese respecto. A tal fin, se alentó a las autoridades centrales a “preparar directrices, de preferencia multilingües, para distribuir a sus contrapartes internacionales”⁴⁴⁴.

7.72 Además de recibir y ejecutar o transmitir las peticiones al órgano de ejecución apropiado, la autoridad central estará encargada de las actividades de seguimiento apropiadas y de la transmisión de los resultados al Estado requirente. De conformidad con el párrafo 17 del artículo 7, participará también en consultas pertinentes con el Estado requirente en casos en que haya que aplazar la asistencia. Es

⁴⁴²Informe del Grupo de Trabajo de Expertos sobre asistencia judicial recíproca y decomiso internacional conexo, Viena, 15 a 19 de febrero de 1993” (E/CN.7/1993/CRP.13).

⁴⁴³Véase, por ejemplo, *Report of the Oxford Conference on Mutual Legal Assistance, 5-9 September 1994* (Londres, Secretaría del Commonwealth, 1994), pág. 4.

⁴⁴⁴Informe del Grupo de Trabajo de Expertos en asistencia judicial recíproca y decomiso internacional conexo, Viena, 15 a 19 de febrero de 1993”, párr. 7 a). Para un ejemplo de estas directrices, véase Autoridad Central del Reino Unido, *International Mutual Assistance in Criminal Matters: United Kingdom Guidelines* (Londres, Ministerio de Asuntos Interiores, 1991). En 1995 la Secretaría del Commonwealth en Londres inició una colección de hojas sueltas titulada “Mutual assistance in criminal matters: guide to national practice and procedure”, concebida para proporcionar información pertinente respecto de sus Estados miembros.

imperativo no perder de vista la importante función de este órgano en la transmisión de las peticiones a otras partes y asegurar que sean ejecutadas en forma adecuada. A tal fin, hay que tomar medidas para asegurar que esté en condiciones de coordinar las actuaciones internas, incluido el establecimiento de líneas de comunicación apropiadas. El sistema de utilizar a una persona de contacto designada en cada organismo de represión o de enjuiciamiento u órgano similar, que pueda generar peticiones, ha sido muy usado en la práctica. También se reconocen ampliamente la conveniencia de que la autoridad central capacite a los diversos organismos nacionales que habrán de utilizar sus servicios⁴⁴⁵. Otra medida de control de calidad que conviene considerar es el otorgamiento a la autoridad central de las facultades necesarias “para examinar y revisar peticiones que se han de presentar a un Estado extranjero, a fin de asegurar que los materiales estén adecuadamente preparados en un formato aceptable y útil para el Estado requerido”⁴⁴⁶.

7.73 Otra cuestión de gran importancia práctica para el funcionamiento de un sistema de asistencia judicial recíproca es la disponibilidad de servicios adecuados de traducción de idiomas. Es esencial que los servicios de traducción estén disponibles desde el comienzo. De conformidad con el párrafo 9 del artículo 7, cada parte notificará al Secretario General cuáles son el idioma o los idiomas que resultan aceptables para ella. Como ya se ha señalado, consideraciones de carácter práctico parecen indicar que las partes requirentes deben tener el número de opciones más grande posible (véase el párrafo 7.28 *supra*). Este factor, junto con la conveniencia de facilitar los contactos personales con otras autoridades centrales, puede tener efectos sobre la contratación del personal. Por ejemplo, puede considerarse particularmente útil contratar a personas que puedan trabajar en varios idiomas. De esto se desprende, sin embargo, que la carga de la traducción formal recae en principio en el Estado requirente. Éste deberá estar en condiciones de formular una petición en uno de los idiomas designados por el Estado requerido, y esto puede provocar algunas demoras. No obstante, se podrían hacer algunos arreglos especiales en virtud de los cuales el Estado requerido podría declararse dispuesto a hacerse cargo de las traducciones necesarias a expensas del Estado requirente. Además, es el Estado requirente el que deberá traducir los documentos, las declaraciones u otros materiales escritos que reciba en respuesta a una petición, a fin de facilitar el uso de ese material en las investigaciones, los procesamientos y las actuaciones judiciales internas.

7.74 De lo expuesto *supra*, resulta evidente que el establecimiento de una estructura para el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del artículo 7 comprende costos iniciales y periódicos. Al evaluar el probable impacto financiero del sistema, también hay que tener presente que en virtud de las disposiciones del párrafo 19 los costos ordinarios de ejecutar una petición correrán por cuenta de la parte requerida, a menos que los interesados hayan acordado algún otro tipo de arreglo. Ha una disposición especial relativa a las consultas y el acuerdo acerca de los gastos de naturaleza sustancial o extraordinaria. Si bien esta disposición sigue a la práctica internacional en esta esfera, muchos tratados especializados de asistencia judicial recíproca especifican también excepciones a esta regla general. Por ejemplo, en el artículo 29 de la Convención Interamericana de 1992 se determina el pago de honorarios a los testi-

⁴⁴⁵*Report of the Oxford Conference on Mutual Legal Assistance, 5-9 September 1994* (Londres, Secretaría del Commonwealth, 1994), pág. 4.

⁴⁴⁶*Ibid.*, pág. 8.

gos expertos y de los gastos de viaje y otro tipo relacionados con el transporte de personas desde el territorio de un Estado a otro, como gastos que debe sufragar el Estado requirente. De igual forma, en el párrafo 12 1) del Plan del Commonwealth se dispone que “la parte requirente será responsable de los gastos de viaje y conexos de los testigos que se desplacen al Estado requirente, incluidos los de los oficiales que los acompañen, los honorarios de los expertos y el costo de cualquier traducción que requiera el país requirente”. En el artículo 17 no hay excepciones específicas similares.

7.75 Por estas y otras razones, las partes quizá deseen considerar la posibilidad de concertar arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales en el contexto de los cuales se pudieran elaborar disposiciones alternativas o más detalladas en esta y otras esferas difíciles o de interés. Esta opción se estimula en el párrafo 20. Como lo señaló el Grupo de Trabajo de Expertos sobre asistencia judicial recíproca en su informe de 1993: “Esas deliberaciones bilaterales y multilaterales también son útiles para intercambiar información sobre sistemas jurídicos, adaptar las disposiciones generales de la Convención de 1988 a las necesidades particulares de cada parte y proporcionar un marco para los acuerdos sobre cuestiones particulares, como los requisitos en cuanto a costos y pruebas”⁴⁴⁷. El Tratado Modelo de 1990 sobre Asistencia Judicial en Cuestiones Penales (resolución 45/117 de la Asamblea General, anexo) tenía por objeto facilitar esos procesos; hay un número creciente de tratados modelo nacionales sobre asistencia judicial recíproca que también pueden servir de orientación⁴⁴⁸.

7.76 Hay otras disposiciones del artículo 7 que tratan de importantes cuestiones de procedimiento y conexas. Éstas comprenden, en particular, la especificación, en el párrafo 10, del contenido mínimo de una petición de asistencia. Cuando la petición tenga que ver con la cooperación en virtud del artículo 5 de la Convención de 1988, estos requisitos se complementan en la forma dispuesta en el inciso *d*) del párrafo 4 de ese artículo. En la práctica, sin embargo, muchas peticiones requerirán el suministro de información adicional, o aprovecharán esta información. En el párrafo 11 se dispone la facultad de la parte requerida para pedir información adicional. Desde la perspectiva del Estado requirente, los ejemplos podrían incluir cuestiones como el plazo de preferencia para el cumplimiento de la petición⁴⁴⁹. Todos los requisitos relacionados con la confidencialidad en el contexto del párrafo 14 deben también, por supuesto, indicarse en el momento de la petición.

7.77 Es esencial que las peticiones estén formuladas en forma clara y precisa. Dado que, de hecho, estarán dirigidas con frecuencia a oficiales que trabajan en el contexto de tradiciones y ordenamientos jurídicos totalmente diferentes, también es importante evitar el empleo de terminología jurídica demasiado especializada y concentrarse en una descripción neutral del objetivo o la meta que se procura en lugar de en la “metodología” para realizarlos. A este respecto, las directrices preparadas por las autoridades nacionales en cuanto a los procedimientos, las prácticas y los requisitos esenciales pueden ser muy valiosas para la autoridad requirente que debe elabo-

⁴⁴⁷Informe del Grupo de Trabajo de Expertos sobre asistencia judicial recíproca y decomiso internacional conexo, Viena, 15 a 19 de febrero de 1993”, párr. 71.

⁴⁴⁸En W. Gilmore, editores, *Mutual Assistance in Criminal and Business Regulatory Matters* (Cambridge, Cambridge University Press, 1995), se reproducen varios de esos modelos nacionales.

⁴⁴⁹Véase, por ejemplo, el Tratado Modelo sobre Asistencia Recíproca en Cuestiones Penales (resolución 45/117 de la Asamblea General, anexo), inciso *f*) del párrafo 1 del artículo 5.

rar una petición. Sería útil que las autoridades centrales estudiaran la posibilidad de incluir peticiones modelo en sus directrices nacionales, ya que esto facilitaría la tarea de dar una respuesta positiva, rápida y eficaz.

7.78 El texto del párrafo 12 es también importante. Permite a la parte requerida aplicar procedimientos especificados en la petición que, aunque no se exigen en el derecho interno de la parte requerida, no son contrarios a ese derecho. Esta disposición tiene importancia práctica en razón de las amplias diferencias que separan a los Estados en cuanto a los procedimientos que pueden o deben seguirse para garantizar que las pruebas u otra asistencia obtenida en virtud de la petición sean admisibles en juicio. Como se ha destacado *supra*, en la formulación de la legislación habilitante de cada Estado parte deben tenerse en cuenta esas consideraciones de flexibilidad.

Prestación, aplazamiento y denegación de la asistencia

7.79 Como es común en otras esferas de la cooperación internacional para la administración de justicia, la obligación de proporcionar asistencia en virtud del artículo 7 no es ilimitada. El párrafo 15 es particularmente importante en el sentido de que está concebido para salvaguardar los intereses del Estado requerido al establecer varios motivos por los cuales se puede negar la asistencia judicial recíproca. Teniendo presente que, a diferencia de la situación en casos de extradición, la libertad de los individuos no es una cuestión directamente pertinente, estos motivos se formulan en términos discrecionales más que obligatorios. Por las mismas razones, ciertos principios y prácticas comunes en el contexto de la extradición se han abandonado en general en la práctica de los Estados en esta esfera y no se reflejan en el texto del párrafo 15. Por ejemplo, la asistencia judicial recíproca se suele conceder aun en casos de investigaciones y procesamientos que comprenden a nacionales del Estado requerido.

7.80 Esta distinción entre la naturaleza de la extradición y la de la asistencia judicial recíproca debe tenerse presente cuando se elaboren leyes nacionales pertinentes en esta última esfera. Además, si se toma la decisión de promulgar leyes para el suministro de asistencia recíproca respecto de “todos los delitos” en lugar de restringirla a los delitos enumerados en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención de 1988, será necesario asegurar que esto se haga de forma que permita el pleno cumplimiento de las disposiciones de la Convención. Especialmente pertinente en este contexto es el tratamiento de los delitos políticos y fiscales a que se hace referencia en el párrafo 10 del artículo 3⁴⁵⁰.

7.81 Si bien los motivos para denegar las peticiones que figuran en el párrafo 15 del artículo 7 están formulados en términos discrecionales, esto no impide a los Estados partes establecer disposiciones obligatorias en su derecho interno, si esto se considera necesario para proteger adecuadamente sus intereses esenciales. Independientemente de la decisión de política a este respecto, hay que disponer la identificación de la autoridad o autoridades que tienen derecho a aceptar o denegar una petición de asistencia. Es evidente la conveniencia de designar a un oficial o a oficiales de la au-

⁴⁵⁰Véase, *supra*, el comentario sobre el párrafo 10 del artículo 3. En virtud del párrafo 5 del artículo 7, sin embargo, las partes no invocarán el secreto bancario para negarse a prestar asistencia judicial recíproca. En algunos países quizá sea necesario promulgar leyes para suspender el secreto bancario pertinente, o las leyes sobre confidencialidad de los clientes, a fin de dar efecto a esta obligación.

toridad central a estos efectos. Las mismas consideraciones se aplican al ejercicio de las facultades discrecionales. En algunos casos, consideraciones de carácter constitucional, de política o de otro tipo pueden requerir algún elemento de participación a nivel de ministerios. La determinación del ministerio pertinente a estos fines puede, a su vez, tener un efecto directo sobre el sector del sistema gubernamental en que estará situada la autoridad central que se designe en cumplimiento del párrafo 8.

7.82 Los motivos para denegar la asistencia se pueden modificar en cualquier negociación sobre un tratado bilateral o multilateral subsiguiente en virtud del mandato proporcionado por el párrafo 20 del artículo 7 y por el inciso g) del párrafo 4 del artículo 5. En este último contexto, sería particularmente útil contemplar la nueva formulación de los motivos de denegación, teniendo presentes las características especiales de la asistencia internacional para el decomiso. El texto del artículo 18 de la Convención del Consejo de Europa de 1990 sobre lavado de dinero, pesquisas, incautación y decomiso del producto del delito proporciona una ilustración interesante de este tipo de enfoques.

7.83 En caso de que se deniegue una petición de asistencia, el párrafo 16 del artículo 7 establece el requisito de que se indiquen los motivos al Estado requirente. A fin de reducir al mínimo cualquier efecto negativo sobre el espíritu de cooperación al que apunta el artículo 7, se recomienda que en la notificación al Estado requirente se indique claramente, en la medida de lo posible, la base para la denegación y los hechos en que se basó la decisión. En su informe de 1993, el Grupo de Trabajo de Expertos sobre asistencia judicial recíproca opinó que “en general, no se debe denegar ninguna petición sin previa consulta entre las autoridades centrales. Las consultas se deben celebrar siempre que los obstáculos a la ejecución provengan de diferencias en sus ordenamientos jurídicos, dificultades en materia de recursos o falta de información”⁴⁵¹.

7.84 El párrafo 17 se refiere específicamente a la conveniencia de celebrar consultas en caso de dificultades, cuando se prevea la posibilidad de aplazar la asistencia si interfiere con investigaciones, procesamientos o actuaciones en marcha. Si bien la aplicación del concepto del cumplimiento parcial o condicional de la petición se limita a las circunstancias descritas en el párrafo 17, el espíritu del artículo 7 en su conjunto abarcaría también una aplicación más amplia en la práctica. Esta posición debiera estar en consonancia con las mejores prácticas internacionales que se están desarrollando en esta esfera de actividad entre los Estados. Esto queda claramente ilustrado en el párrafo 4 del artículo 4 del Tratado Modelo de 1990 sobre Asistencia Judicial en Cuestiones Penales, que dispone: “Antes de denegar una petición o aplazar su ejecución, el Estado requerido considerará si la asistencia se puede prestar con sujeción a ciertas condiciones. Si el Estado requirente acepta la asistencia con sujeción a esas condiciones, deberá prestarla” (véase la resolución 45/117 de la Asamblea General, anexo)⁴⁵².

7.85 Para el caso de que la petición de asistencia obtenga una respuesta positiva, la Convención incluye varias salvaguardias específicas que limitan la libertad de acción del Estado requirente. El párrafo 13 contiene la disposición fundamental sobre este

⁴⁵¹Informe del Grupo de Trabajo de Expertos sobre asistencia judicial recíproca y decomiso internacional conexo, Viena, 15 a 19 de febrero de 1993”, párr. 70 c).

⁴⁵²Véase, asimismo, el artículo 20 de la Convención Europea de 1990

aspecto del proceso. En ese párrafo, el principio ampliamente reconocido del derecho de la extradición conocido como “especialidad” se utiliza para imponer importantes limitaciones al uso y la transmisión de la información o las pruebas que se han suministrado. Deberán formularse leyes nacionales u otras medidas de aplicación, según corresponda, para facilitar el cumplimiento de esas restricciones. También hay que tomar medidas para asegurar que los investigadores, los fiscales y otras personas que actúan en este contexto se familiaricen con estas restricciones y las respeten.

7.86 Por último, será necesario asegurar que las leyes nacionales satisfagan las obligaciones de salvoconducto respecto de testigos, expertos y otras personas, como se dispone en el párrafo 18. Aunque el otorgamiento de inmunidad de este tipo es una característica común de los arreglos de asistencia judicial recíproca, puede dar lugar a problemas de carácter delicado. Toda jurisdicción que tenga problemas particulares de tipo constitucional, jurídico, de políticas o de otra naturaleza a este respecto puede, por supuesto, considerar la posibilidad de formular una reserva a la aceptación de sus obligaciones en virtud de la Convención a fin de proteger su posición⁴⁵³. Esta medida, sin embargo, no se debe adoptar antes de estudiar a fondo los efectos negativos que tendría sobre la capacidad de la parte para obtener, en calidad de Estado requirente, asistencia que podría ser fundamental para sus propias investigaciones, procesamientos y actuaciones futuras cuando se requiera la presencia voluntaria de individuos en su territorio.

⁴⁵³El Reino Unido ha adoptado esta posición.

Artículo 8

REMISIÓN DE ACTUACIONES PENALES

Comentarios de carácter general

8.1 En el contexto de las actuaciones civiles, muchos Estados tienen conocimiento de la declaración de *forum non conveniens*, en virtud de la cual se puede pedir a un tribunal que evidentemente tiene jurisdicción para entender en un caso que traspase el ejercicio de esa jurisdicción en favor de un foro más adecuado⁴⁵⁴. En la decisión se tendrán en cuenta los intereses de las partes privadas, así como el interés público en una buena administración de justicia. En el contexto de las actuaciones penales, la persona acusada no tiene derecho a solicitar la remisión de su caso a los tribunales de otro Estado⁴⁵⁵. En muchos casos, la naturaleza esencialmente territorial del delito y del derecho penal en general descartan esa posibilidad. Sin embargo, la naturaleza internacional de muchos delitos en el ámbito de la Convención de 1988 y la pluralidad de jurisdicciones disponibles en virtud del artículo 4 plantean de hecho la posibilidad de transferir las actuaciones penales, por decisión de las autoridades estatales, a otro Estado que podría resultar un foro más apropiado.

8.2 Aunque menos arraigado que otros regímenes de procedimientos de cooperación, como la extradición y la asistencia judicial recíproca, la remisión de actuaciones penales entre miembros de la comunidad internacional está bastante difundida, particularmente entre países con tradición de derecho romano. Abarca la situación en que las autoridades del ministerio público u otras autoridades pertinentes de un Estado han llegado a la conclusión de que sería conveniente que las actuaciones penales de que se trata tengan lugar en otro país. Como se ha señalado en otras partes, el Estado requirente “puede pedir a otro Estado, en el que sea posible aplicar procedimientos penales adecuados, que se haga cargo de las actuaciones. Si el Estado requerido accede a esta petición, tiene lugar una ‘remisión de las actuaciones penales’”⁴⁵⁶.

Párrafo único

Las Partes considerarán la posibilidad de remitirse actuaciones penales para el procesamiento por los delitos tipificados de conformidad

⁴⁵⁴Véase A. V. Dicey y J. H. C. Morris, *The Conflicts of Laws*, 12a. edición (Londres, Sweet and Maxwell, 1993), págs. 395 a 419.

⁴⁵⁵Puede que haya un derecho a solicitar un cambio de jurisdicción dentro del mismo Estado, por ejemplo cuando la opinión pública local está tan inflamada contra el acusado que no se pueda garantizar un juicio justo.

⁴⁵⁶*Informe Explicativo de la Convención Europea sobre la Remisión de Actuaciones en Casos Penales* (Estrasburgo, Consejo de Europa, 1985), pág. 20.

con el párrafo 1 del artículo 3 cuando se estime que esa remisión obrará en interés de una correcta administración de justicia.

Comentarios

8.3 El artículo 8 no impone a las partes obligación alguna de remitirse las actuaciones en un caso determinado. No obstante, exige a las partes que estudien la posibilidad de utilizar el mecanismo de cooperación que consiste en la remisión de las actuaciones en casos en que esto favoreciera los intereses de una adecuada administración de justicia. Como es común en relación con el ámbito de la cooperación internacional en la administración de justicia en virtud de la Convención de 1988, la obligación se limita a los delitos establecidos de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.

8.4 Diversas razones justifican la remisión de las actuaciones en ciertos casos determinados⁴⁵⁷. En particular, este mecanismo ofrece una solución al problema de las jurisdicciones concurrentes y la consiguiente pluralidad de actuaciones inherente en una actividad con características transnacionales tan conspicuas como el tráfico ilícito de drogas⁴⁵⁸. Como ya se ha indicado, en la Convención no se estipula ninguna solución específica a la cuestión de la prioridad que se debe acordar a las partes en casos de jurisdicciones concurrentes⁴⁵⁹.

8.5 La remisión de actuaciones permite también la consolidación de diversos expedientes penales, relacionados con delitos específicos de tráfico de drogas, que comprendan al mismo individuo o individuos, que se pudieran haber cometido en uno o más Estados y en circunstancias en que la remisión favorecería los intereses de un procesamiento efectivo. Este procedimiento se puede utilizar hasta en circunstancias en que el individuo interesado ha sido sentenciado definitivamente en el Estado que desea remitir las actuaciones⁴⁶⁰.

Consideraciones relativas a la aplicación: artículo 8

8.6 Las partes que deseen estar en condiciones de aprovechar esta forma de cooperación internacional deben asegurar que su ordenamiento jurídico contenga disposiciones adecuadas, tanto para la remisión de las actuaciones a Estados extranjeros como para la aceptación de los casos que le remitan esos Estados⁴⁶¹. En este último contexto es particularmente importante la capacidad para cumplir la obligación de procesar una vez que se ha aceptado la remisión de las actuaciones, así como también lo es la necesidad de asegurar que existen las medidas legislativas necesarias para que la parte interesada pueda ejercer la jurisdicción correspondiente respecto de

⁴⁵⁷Véase, por ejemplo, el artículo 8 de la Convención Europea de 1972 sobre la Remisión de las Actuaciones en Cuestiones Penales.

⁴⁵⁸Véase, por ejemplo, el Tratado Modelo sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal (resolución 45/118 de la Asamblea General, anexo), artículo 13.

⁴⁵⁹Véanse, *supra*, los comentarios sobre el artículo 4.

⁴⁶⁰Véase, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 8 de la Convención Europea de 1972 sobre la Remisión de Actuaciones Penales.

⁴⁶¹Véase, por ejemplo, el Código de Procedimientos Penales de los Países Bajos, vol. IV, título X, tercera parte (en su forma enmendada).

los delitos de que se trate⁴⁶². Entre las muchas otras cuestiones que se deben considerar durante la etapa de la aplicación del derecho interno figura la posibilidad de extender el concepto de la remisión de las actuaciones para abarcar el decomiso del producto del delito⁴⁶³.

8.7 Otra cuestión que se debe resolver en la etapa de la ejecución es si se debe exigir la existencia de un tratado bilateral o multilateral sobre la remisión de actuaciones como condición para la cooperación. Aun cuando la remisión de las actuaciones no esté condicionada a la existencia de un tratado internacional, algunas partes pueden considerar conveniente contar con esos instrumentos por otros motivos. Por ejemplo, el Comité de Expertos Gubernamentales que elaboró la Convención Europea de 1972 sobre la remisión de procedimientos penales opinó⁴⁶⁴ que “la existencia de una convención internacional no es una condición indispensable para la remisión de las actuaciones penales, pero es sumamente conveniente. Es sólo después que se han establecido procedimientos apropiados para la comunicación de información, etc., que se puede desarrollar e intensificar la asistencia recíproca”⁴⁶⁵.

8.8 Los que deseen entrar en negociaciones relativas a la concertación de acuerdos internacionales en esta esfera cuentan con varios precedentes⁴⁶⁶. Éstos incluyen⁴⁶⁷ el Tratado Modelo sobre la remisión del proceso en materia penal (resolución 45/118 de la Asamblea General, anexo)⁴⁶⁸. El Tratado Modelo se refiere a una larga serie de cuestiones pertinentes, incluido el alcance de la aplicación, los canales de comunicación, la documentación requerida, la homologación y la autenticación, las decisiones sobre la petición, la doble incriminación, los motivos de denegación, la posición de las personas sospechosas, los derechos de la víctima, *ne bis in idem*, los efectos de la remisión sobre el Estado requerido, las medidas de carácter provisional, la pluralidad de actuaciones penales y los costos. Al utilizar el Tratado Modelo, habrá que obrar con cuidado para asegurar la plena compatibilidad con las obligaciones pertinentes contenidas en otras disposiciones de la Convención de 1988⁴⁶⁹.

⁴⁶²Véanse, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 1 del Tratado Modelo de 1990 y el artículo 2 de la Convención Europea de 1972 sobre la Remisión de Actuaciones Penales.

⁴⁶³Véase, por ejemplo, la Ley de los Países Bajos de enmienda de la Ley sobre la transferencia de la ejecución de sentencias penales en interés de la cooperación internacional para decomisar el producto del delito (10 de diciembre de 1992, Stb. 1993, 12); véanse también, *supra*, los comentarios sobre el párrafo 4 del artículo 5.

⁴⁶⁴Véase, por ejemplo, J. D. McClean, *International Judicial Assistance* (Oxford, Clarendon Press, 1992), págs. 146 a 149.

⁴⁶⁵*Informe Explicativo de la Convención Europea sobre Remisión de Actuaciones Penales* (Estrasburgo, Consejo de Europa, 1985), págs. 20 y 21. En virtud del artículo 39, la participación en esta Convención está abierta, bajo ciertas condiciones, a Estados que no son miembros del Consejo de Europa.

⁴⁶⁶Véase, por ejemplo, la Convención de 1990 entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre la Remisión de las Actuaciones Penales.

⁴⁶⁷Véase, por ejemplo, R. Clark, “Crime: the U.N. agenda on international cooperation in the criminal process”, *Nova Law Review*, No. 15, 1991, págs. 493 a 495.

⁴⁶⁸Véase también el capítulo IV de la Convención sobre asistencia recíproca en cuestiones penales, concertada en 1992 por la Comunidad Económica de los Estados del África Occidental.

⁴⁶⁹Por ejemplo, los motivos discrecionales de denegación del artículo 7 del Tratado Modelo de 1990 se deben considerar a la luz de las obligaciones establecidas en el párrafo 10 del artículo 3 de la Convención de 1988.

Artículo 9

OTRAS FORMAS DE COOPERACIÓN Y CAPACITACIÓN

Comentarios de carácter general

9.1 La Convención de 1988 tiene varios artículos que tratan en términos generales de la cooperación internacional. El artículo 7 se refiere a la asistencia judicial recíproca, el artículo 9 dispone formas de cooperación entre las partes y el artículo 10 trata de otros aspectos de la cooperación, especialmente con referencia a los Estados de tránsito. Hay varias distinciones entre las formas de cooperación de que trata el artículo 7 y el contenido del artículo 9. El artículo 7 se refiere a la participación de autoridades designadas especialmente⁴⁷⁰ en la transmisión y recepción de peticiones relativas a la aplicación de medidas relacionadas con delitos penales específicos y que, por lo menos en algunos Estados partes, podrían requerir la participación de personal judicial. La cooperación en virtud del artículo 9 se refiere más bien a la asistencia operacional general entre los organismos pertinentes de cada Estado; puede abarcar la asistencia en investigaciones o cooperación de carácter más general, por ejemplo para la reunión de datos, que facilite la supresión de los delitos. En algunos sistemas, la diferencia entre “cooperación judicial” y “cooperación policial” se entiende fácilmente. En algunos Estados, sin embargo, los organismos pertinentes funcionarán normalmente bajo control judicial, y esta designación puede ser perjudicial.

9.2 Los Estados difieren en cuanto a la forma en que se dividen las funciones entre los organismos. Esto es quizá más evidente respecto de las autoridades aduaneras. En algunos Estados, las autoridades aduaneras tienen plenas funciones de aplicación de la ley y pueden actuar en todo el territorio, mientras que en otros Estados funcionan total o principalmente en las fronteras y pueden verse en la necesidad de recurrir a la policía para hacer aplicar la ley. Estos puntos se tuvieron en cuenta en la redacción del artículo 9, cuyos términos son suficientemente generales para abarcar los diversos enfoques que se encuentran en los sistemas administrativos y jurídicos de las partes.

Párrafo 1, parte introductoria

1. Las Partes colaborarán estrechamente entre sí, en armonía con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de detección y represión orientadas a suprimir la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. Deberán, en particular, sobre la base de acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales:

⁴⁷⁰Véase el párrafo 8 del artículo 7.

Comentarios

9.3 La primera oración del párrafo 1 del artículo 9 se puede comparar al texto correspondiente del párrafo 1 del artículo 7, en virtud del cual las partes deben otorgarse unas a otras, de conformidad con ese artículo, la más amplia asistencia judicial recíproca en investigaciones, procesos y actuaciones judiciales referentes a los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. En el artículo 9, el ámbito de la cooperación, aunque sigue limitado a los delitos establecidos de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, es más amplio para abarcar todo lo que favorezca a la eficacia de las medidas de aplicación de la ley. En reconocimiento de las diferencias entre los ordenamientos administrativo y jurídico a que ya se ha hecho referencia (véase el párrafo 9.2 *supra*), las partes tienen la obligación de cooperar en una forma que esté en consonancia con sus respectivos ordenamientos.

9.4 El párrafo introductorio del artículo 9 establece una obligación general de cooperar. Las obligaciones específicas que siguen en los incisos *a)* a *e)* se rigen, sin embargo, por las palabras “sobre la base de acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales”. Esa frase se insertó ante el temor de que la inclusión de disposiciones detalladas en esos incisos pudiera plantear problemas complejos de derecho nacional⁴⁷¹. Esto no deroga la naturaleza obligatoria de los incisos siguientes pero permite a las partes cumplir sus obligaciones de manera que estén en consonancia con los requisitos particulares de los pares de Estados, o de grupos regionales o subregionales de Estados interesados. El texto se refiere a “acuerdos o arreglos”; estas palabras tienen significados similares, pero un “acuerdo” probablemente se habrá concertado en forma expresa y para un fin particular, mientras que un “arreglo” puede referirse a la práctica que se ha desarrollado entre las partes pertinentes y sus organismos especializados y puede incluir instrumentos multilaterales más formales como el Plan de Asistencia Recíproca en Cuestiones Penales dentro del Commonwealth, que no tiene el carácter de un tratado de pleno derecho.

Inciso a) del párrafo 1

a) Establecer y mantener canales de comunicación entre sus organismos y servicios competentes a fin de facilitar el intercambio rápido y seguro de información sobre todos los aspectos de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, incluso, siempre que las partes interesadas lo estimen oportuno, sobre sus vinculaciones con otras actividades delictivas;

Comentarios

9.5 El inciso *a)* del párrafo 1 se refiere a los canales de comunicación entre “organismos y servicios” de cada Estado. En el uso del idioma inglés, las palabras “agency” y “service” se pueden utilizar indistintamente y parece no haber ninguna connotación sobre el grado de autonomía de que disfruta el órgano particular. Lo que es importante es que debe haber comunicaciones directas entre los organismos, ya

⁴⁷¹*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 21a. sesión, párr. 72.

que sólo de esa forma se puede asegurar el rápido intercambio de información a que se hace referencia en el texto. La necesidad de aplicar medidas de seguridad en el intercambio de información se destaca también en el texto, ya que la filtración de información no sólo puede perjudicar el resultado de un caso particular sino que puede también destruir la confianza entre los organismos que es esencial para una cooperación efectiva.

9.6 En el inciso *a)* se hace referencia a la información sobre todos los aspectos de los delitos. Evidentemente, la intención es que este texto tenga un carácter descriptivo general; no se requiere un análisis detallado de la parte componente de la definición de un delito o de los grados de criminalidad en un ordenamiento jurídico determinado.

9.7 El objetivo principal de la Convención es el tráfico ilícito. Ese tráfico suele estar relacionado con otros tipos de actividades delictivas, como el fraude y la delincuencia organizada. Así pues, aunque no tienen obligación de hacerlo, en el inciso *a)* se alienta a las partes a intercambiar información sobre actividades relacionadas con delitos establecidos de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.

Inciso b) del párrafo 1

b) Cooperar en la realización de indagaciones, con respecto a delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de carácter internacional, acerca:

- i) De la identidad, el paradero y las actividades de personas presuntamente implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3;
- ii) Del movimiento del producto o de los bienes derivados de la comisión de esos delitos;
- iii) Del movimiento de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II de la presente Convención e instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de esos delitos;

Comentarios

9.8 Uno de los usos principales de los canales de comunicación establecidos de conformidad con el inciso *a)* del párrafo 1 del artículo 9 es realizar indagaciones de los tipos enunciados en el inciso *b)* de ese párrafo. La referencia a la dimensión internacional se insertó para dejar en claro que los delitos en cuestión no eran totalmente internos. Los delitos son los establecidos de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3; el texto no insiste en que el ordenamiento jurídico interno de la parte cuya cooperación se solicita haya establecido el delito pertinente (y las cláusulas de salvaguardia del artículo 3 significan que éste no será siempre el caso)⁴⁷².

⁴⁷²Este caso se presenta muy claramente en el contexto del apartado iii) del inciso *b)*, en virtud del cual las indagaciones se pueden referir a instrumentos que se van a utilizar en el futuro (incluido su uso en el Estado que solicita la cooperación).

9.9 En términos generales, el inciso *b*), que identifica el carácter internacional de muchos de los delitos establecidos de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, se refiere a indagaciones con respecto a esos delitos, los desplazamientos de personas sospechosas, el producto y los instrumentos de la actividad delictiva y los estupefacientes, las sustancias sicotrópicas y las otras sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II de la Convención. El texto definitivo, al que se llegó después de deliberaciones en la Conferencia que dieron lugar a una considerable ampliación del texto inicialmente propuesto, sigue planteando algunas dificultades y requiere un examen más a fondo.

9.10 En lo que se refiere a la parte introductoria del inciso *b*), la palabra “*enquiries*” en el texto inglés corresponde a la palabra “*enquêtes*” del texto francés. En el párrafo 1 del artículo 7, la palabra “*investigations*” se traduce en francés también por “*enquêtes*”. Esto señala una vez más las dificultades que tienen algunos Estados con la distinción entre procedimientos formales e informales, problema que condujo al establecimiento de cuidadosas salvaguardias en la parte introductoria del párrafo (véase el párrafo 9.2 *supra*).

9.11 Los apartados i), ii) y iii) del inciso *b*) del párrafo 1 enumeran los temas sobre los que se pueden realizar diversos tipos de indagaciones. La lista no es exhaustiva. Es muy probable, por ejemplo, que se puedan realizar indagaciones apropiadas y útiles cuando se den (en el sitio en que se comete una parte de un delito) características conocidas como típicas del *modus operandi* de un delincuente sospechoso que no corresponden exactamente a ninguno de los temas enunciados en los apartados i), ii) y iii). Sin embargo, se expresó la opinión de que la intención había sido incluir todas las indagaciones relativas a los delitos prescritos.

9.12 A tal efecto, el representante de los Estados Unidos dijo que la palabra “*acerca*” en la parte introductoria del inciso *b*) podía ser interpretada erróneamente. El texto aprobado por la Comisión II⁴⁷³ había dispuesto la realización de indagaciones respecto de delitos comprendidos en el párrafo 1 del artículo 3, así como indagaciones separadas con respecto a los temas indicados en los apartados i), ii) y iii) del inciso *b*). La posición de la palabra “*acerca*” en el texto final podía interpretarse en el sentido de que la realización de las indagaciones con respecto a los apartados i), ii) y iii) estaba condicionada a la existencia de un delito preciso comprendido en el párrafo 1 del artículo 3, lo cual, a juicio del representante, no había sido la intención de la Comisión II. La solución ideal hubiera sido aplicar el número i) a las palabras de la parte introductoria, comenzando con “*delitos tipificados de conformidad con ...*” y numerar los apartados restantes en la forma correspondiente. A juicio de ese representante, la palabra “*acerca*” debía interpretarse de esa forma⁴⁷⁴.

9.13 El apartado i) del inciso *b*) se refiere a la identidad, el paradero y las actividades de personas “presuntamente implicadas en” delitos tipificados a los que se aplica el inciso. Durante la Conferencia hubo algunos debates sobre la frase utilizada para describir a las personas que eran sujetos de indagaciones. En el texto original se usó la palabra “*traficante*”; luego se examinó la frase “*persona sospechosa*”; finalmente, la Conferencia adoptó las palabras utilizadas en el presente texto. Esta frase carece

⁴⁷³*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/12, “artículo 6” (E/CONF.82/ C.2/L.13/ Add.8), secc. IV. párr. 32.

⁴⁷⁴*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones plenarias, 7a. sesión plenaria, párr. 59.

de precisión jurídica y debe interpretarse en sentido amplio. El texto francés, sin embargo, está formulado en términos mucho más estrictos⁴⁷⁵.

9.14 El apartado ii) del inciso b) se refiere al movimiento del producto o de los bienes derivados de la comisión de los delitos pertinentes. Teniendo en cuenta la definición de “producto”⁴⁷⁶ como “los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión” de uno de esos delitos, el texto de este apartado es tautológico.

9.15 El tema del producto se trata en varias partes de la Convención. Se pueden tomar medidas para identificar, detectar o embargar preventivamente el producto, o incautarse de él, como resultado de una petición efectuada en virtud del artículo 5 si la finalidad de esas medidas es el eventual decomiso⁴⁷⁷. La asistencia judicial recíproca en virtud del artículo 7 puede incluir la identificación o detección de productos, bienes, instrumentos u otras cosas con fines probatorios⁴⁷⁸. La presente disposición se aplicará cuando se necesite información sobre el movimiento del producto pero como parte de una investigación de carácter general y sin ninguna intención inmediata de utilizar la información como prueba o como parte de la iniciación de actuaciones. La disposición trata sólo de la información sobre el “movimiento” del producto⁴⁷⁹, pero el término puede interpretarse en el sentido de que incluye no sólo la localización geográfica del producto de cuando en cuando, sino toda modificación de su naturaleza (por ejemplo, su conversión en algún otro tipo de bien).

9.16 El apartado iii) del párrafo b) se limita también al “movimiento” de diversos tipos de cosas, incluidas las sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II⁴⁸⁰ y los instrumentos utilizados o que se pretende utilizar en el futuro en la comisión de delitos, así como los propios estupefacientes y sustancias sicotrópicas. En relación con los instrumentos, la palabra “movimiento” parece referirse a vehículos automotores, embarcaciones y aeronaves, aunque los materiales y el equipo a que se hace referencia en el artículo 13, por ejemplo las máquinas de fabricación de tabletas y el equipo de laboratorio, también pueden moverse a través de fronteras nacionales.

Inciso c) del párrafo 1

c) Cuando sea oportuno, y siempre que no contravenga lo dispuesto en su derecho interno, crear equipos conjuntos, teniendo en cuenta la necesidad de proteger la seguridad de las personas y de las operaciones, para dar efecto a lo dispuesto en el presente párrafo. Los funcionarios de cualquiera de las partes que integren esos equipos actuarán conforme a la autorización de las autoridades competentes de la Parte en cuyo territorio se ha de llevar a cabo la operación. En todos esos casos las

⁴⁷⁵En el texto francés se utilizan las palabras “... *personnes soupçonnées des infractions*”.

⁴⁷⁶Véase el inciso p) del artículo 1.

⁴⁷⁷Véase el inciso b) del párrafo 4 del artículo 5.

⁴⁷⁸Véase el inciso g) del párrafo 2 del artículo 7.

⁴⁷⁹El término no figura en los primeros borradores (véase *Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CN.7/1987/2, secc. II, “artículo 6”).

⁴⁸⁰Véanse, *infra*, los comentarios sobre el artículo 12.

Partes de que se trate velarán por que se respete plenamente la soberanía de la Parte en cuyo territorio se ha de realizar la operación;

Comentarios

9.17 El origen del inciso *c*) se encuentra en la labor del grupo de expertos intergubernamentales que se reunió en 1987 (véase Introducción, párrs. 18 a 21 *supra*). Se consideró conveniente incluir en ese artículo una disposición sobre la cooperación, destacando que las operaciones del personal de represión de una Parte no debían realizarse en el territorio de otra Parte sin el consentimiento explícito de esta última y que siempre debían conducirse en forma que no infringiera el derecho interno de esa parte⁴⁸¹. La referencia al establecimiento de equipos conjuntos “para dar efecto a lo dispuesto en el presente párrafo” proporciona un ámbito muy amplio, ya que la parte introductoria del párrafo 1 abarca todas las medidas que podrían aumentar la eficacia de las medidas de detección y represión en esta esfera (véase el párrafo 9.3 *supra*).

9.18 El texto inglés requiere que los equipos conjuntos actúen en la forma autorizada por (“*as authorized by*”) la parte en cuyo territorio actúan, lo cual parece indicar una autorización muy específica. El texto francés, sin embargo, es más flexible; los equipos deben trabajar de conformidad con las indicaciones de las autoridades competentes (“*indications des autorités compétentes*”), lo que parece indicar directrices operacionales más que instrucciones detalladas, un criterio mucho más flexible. En la práctica, los equipos conjuntos pueden realizar parte de sus operaciones en el territorio de un tercer Estado. En esos casos, la segunda oración sigue siendo aplicable, *mutatis mutandis*.

Inciso d) del párrafo 1

d) Proporcionar, cuando corresponda, las cantidades necesarias de sustancias para su análisis o investigación;

Comentarios

9.19 Cabe tener presente que la palabra “sustancias” no está calificada de manera alguna; no se limita a estupefacientes, sustancias sicotrópicas o sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II. Incluye, por ejemplo, colorantes, agentes aglutinantes y por cierto cualquier sustancia pertinente a una investigación. El texto que se había presentado al Comité de Redacción hacía referencia a “sustancias fiscalizadas”.

Inciso e) del párrafo 1

e) Facilitar una coordinación eficaz entre sus organismos y servicios competentes y promover el intercambio de personal y de otros expertos, incluso destacando funcionarios de enlace.

⁴⁸¹Véase *Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CN.7/1988/2 (Part II), párrs. 150 a 154; véanse también los comentarios sobre el artículo 2 *supra*.

Comentarios

9.20 El inciso *e*), que en un momento constituyó un párrafo separado, tiene considerable importancia práctica, especialmente respecto de los oficiales de enlace. En la redacción del texto se tuvo mucho cuidado de evitar toda sugerencia de que la adscripción de esos oficiales debía ser recíproca; esa reciprocidad no se encuentra en la práctica, ya que los oficiales de enlace se asignan para satisfacer necesidades operacionales y no sobre la base de alguna analogía diplomática. El lenguaje del inciso subraya que la adscripción de oficiales de enlace es una característica de la cooperación entre servicios y organismos competentes; los oficiales de enlace deben designarse de entre el personal de esos servicios y organismos y no de alguna otra fuente, como se hace en el servicio diplomático de un Estado.

Párrafo 2

2. Cada una de las Partes, en la medida necesaria, iniciará, desarrollará o perfeccionará programas específicos de capacitación destinados a su personal de detección y represión o de otra índole, incluido el personal aduanero, encargado de suprimir los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. En particular, estos programas se referirán a:

a) Los métodos utilizados en la detección y supresión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3;

b) Las rutas y técnicas utilizadas por personas presuntamente implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, en particular en los Estados de tránsito, y medidas adecuadas para contrarrestar su utilización;

c) La vigilancia de la importación y exportación de estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II;

d) La detección y vigilancia del movimiento del producto y los bienes derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, y de los estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II, y de los instrumentos que se utilicen o se pretenda utilizar en la comisión de dichos delitos;

e) Los métodos utilizados para la transferencia, la ocultación o el encubrimiento de dicho producto y de dichos bienes e instrumentos;

f) El acopio de pruebas;

g) Las técnicas de fiscalización en zonas y puertos francos;

h) Las técnicas modernas de detección y represión.

Comentarios

9.21 El párrafo 2 trata del establecimiento y (lo que no es común para una convención internacional) el plan de estudios de los cursos de capacitación para el personal de los organismos de detección y represión (incluido el personal de aduanas) que participa en la supresión del tráfico ilícito. En este caso, a diferencia del párrafo 3, se hace hincapié en las actividades realizadas dentro de cada parte.

Párrafo 3

3. Las Partes se prestarán asistencia en la planificación y ejecución de programas de investigación y capacitación encaminados a intercambiar conocimientos en las esferas mencionadas en el párrafo 2 del presente artículo y, a ese fin, deberán también, cuando proceda, recurrir a conferencias y seminarios regionales e internacionales a fin de promover la cooperación y estimular el examen de los problemas de interés común, incluidos en particular los problemas y necesidades especiales de los Estados de tránsito.

Comentarios

9.22 El párrafo 3 trata del problema de la capacitación desde una perspectiva internacional. Las investigaciones y la capacitación en las esferas descritas en el párrafo 2 a veces se pueden realizar mejor a nivel regional o internacional y se requiere a las partes que se presten asistencia unas a otras en la planificación y ejecución de esos programas.

Consideraciones relativas a la aplicación: el artículo 9 en su conjunto

9.23 Como se señaló *supra*, el párrafo 1 del artículo 9 está concebido para fomentar los valores de la cooperación en las actividades de detección y represión y mejorar su eficacia entre las partes de la Convención. Se prevé que éstas concertarán arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales a tal fin. En este sentido, el párrafo 1 constituye un reconocimiento de las recientes tendencias hacia la formalización de la cooperación internacional en materia de detección y represión, evolución que, a su vez, refleja el hecho de que las leyes de varios países establecen límites importantes a la difusión de información delicada y a las operaciones de los oficiales de organismos de represión extranjeros dentro de su territorio si no hay un arreglo o acuerdo de ese tipo. Las palabras utilizadas, sin embargo, dejan a cada parte mucha latitud para evaluar sus necesidades y formular sus políticas en esta esfera. En muchos casos, por supuesto, los Estados podrán utilizar las relaciones bilaterales existentes. Cuando se requieran nuevos arreglos, probablemente será útil examinar la práctica existente entre los Estados. En algunos casos, se han desarrollado instrumentos modelo para facilitar el proceso de negociación. Por ejemplo, en el período de sesiones de 1967 del Consejo de Cooperación Aduanera se aprobó un modelo de convención bilateral sobre asistencia administrativa recíproca para la prevención, investigación y represión de delitos aduaneros⁴⁸², que ha sido utilizado por muchos miembros de la comunidad internacional.

⁴⁸²Documento 15.625 (69) del Consejo de Cooperación Aduanera.

9.24 Además, en un número creciente de casos, los Estados han considerado necesario crear nuevas estructuras regionales o subregionales de diversos tipos a fin de resolver de manera más eficaz cuestiones relacionadas con la detección y represión que tienen en común. Un ejemplo reciente es el recurso a estructuras progresivamente más complejas y ambiciosas a nivel subregional, ejemplo que se encuentra en el contexto de la Unión Europea⁴⁸³ y, en particular, en el establecimiento gradual de una oficina central de inteligencia penal conocida como la Europol. La primera etapa, que se rige por un acuerdo ministerial de 1993, tomó la forma de una Dependencia de Drogas de la Europol en los Países Bajos. Estaba concebida “para actuar como un equipo no operacional para el intercambio y análisis de inteligencia en relación con el tráfico ilícito de drogas, las organizaciones delictivas involucradas y las actividades conexas de lavado de dinero que afectaran a dos o más Estados miembros”⁴⁸⁴. La segunda etapa se refleja en un acuerdo subsiguiente para extender el mandato sustantivo de la Dependencia a ciertas categorías adicionales de actividades delictivas de preocupación común⁴⁸⁵. El elemento final del proceso se establecerá cuando entre en vigor la Convención de la Europol de 1995⁴⁸⁶. Éste es un texto sumamente complejo, que contiene disposiciones de considerable grado de detalle respecto de todas las cuestiones que se consideran pertinentes para el funcionamiento de esta institución, incluida la comunicación de datos a terceros Estados y terceros órganos. Si bien es poco probable que este precedente, como tal, se pueda utilizar en otras partes, el modelo y otras manifestaciones de la práctica de los Estados constituye una fuente de inspiración potencialmente valiosa para los encargados de elaborar estructuras adecuadas en otras partes del mundo.

9.25 Si bien esta disposición hace hincapié en la cooperación entre las partes, esta no es la única forma en que se puede mejorar la eficacia de la cooperación internacional en materia de detección y represión. En particular, es importante tener presente la contribución que puede hacer, y permanentemente ha hecho, junto con otros órganos internacionales y regionales apropiados, al logro de este objetivo. Esas actividades de cooperación están plenamente en consonancia con el espíritu y el objetivo y los propósitos del párrafo 1 del artículo 9, como lo prueba, entre otras cosas, la resolución 1 relativa al intercambio de información aprobada por la Conferencia de 1988⁴⁸⁷. En esa resolución, la Conferencia recomendó que las autoridades de policía hicieran el uso más amplio posible de los archivos y del sistema de comunicaciones de la Interpol para alcanzar los objetivos de la Convención.

9.26 Entre los muchos ejemplos de la utilidad práctica de esa cooperación figuran el proyecto de la Oficina Regional de Enlace e Inteligencia del Consejo de Cooperación Aduanera (también conocido como Organización Aduanera Mundial). Este proyecto ha llevado a la creación, en estrecha colaboración con el Programa de las

⁴⁸³Véase M. Anderson y colaboradores, *Policing the European Union* (Oxford, Oxford University Press, 1996).

⁴⁸⁴Reproducido en *Action against Transnational Criminality: Papers from the 1993 Oxford Conference on International and White Collar Crime* (Londres, Secretaría del Commonwealth, 1994), pág. 156.

⁴⁸⁵Véase la Acción conjunta de 10 de marzo de 1995, *Official Journal of the European Communities*, No. C.316.

⁴⁸⁶Véase la Ley del Consejo de 10 de marzo de 1995, *Official Journal of the European Communities*, No. L 62.

⁴⁸⁷*Documentos Oficiales*, vol. I ..., E/CONF.82/14, anexo.

Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas, de oficinas regionales en todo el mundo, incluso en países de Asia, África, Europa y América del Sur. Esos proyectos de la Oficina Regional de Enlace e Inteligencia, a su vez, constituyen el núcleo de una estructura administrativa prevista para mejorar la reunión, el análisis y la difusión de inteligencia sobre represión de drogas y otras actividades de interés para las aduanas.

9.27 La definición de la obligación general de cooperar va seguida de una enumeración de ciertas esferas específicas en que ésta debe manifestarse. La primera de éstas, establecida en el inciso *a*) del párrafo 1, se refiere al establecimiento y mantenimiento de canales de comunicación entre los organismos de las partes. Corresponde a cada país participante determinar el marco más apropiado para el cumplimiento de sus obligaciones, pero es evidente que la coordinación de las actividades entre los organismos nacionales es tan importante para el éxito de la cooperación internacional como el método adoptado para dirigir la interfaz con las contrapartes extranjeras. Si bien la práctica entre los Estados ha variado, en 1987, en el Plan Amplio y Multidisciplinario de actividades futuras en materia de fiscalización del uso indebido de drogas, se exhortó a los Estados que todavía no lo hubiesen hecho a que “designaran el organismo de coordinación previsto en el inciso *a*) del artículo 35 de la Convención de 1961 y en el inciso *a*) del artículo 21 del Convenio de 1971” y a que le confirieran la autoridad necesaria⁴⁸⁸. Dada la íntima relación que existe entre el párrafo 1 del artículo 9 y la disposición sobre asistencia judicial recíproca, es particularmente importante que se establezca una colaboración estrecha entre la comunidad de organismos de detección y represión y las autoridades designadas en cumplimiento del párrafo 8 del artículo 7, y que esto se haga desde el comienzo⁴⁸⁹.

9.28 La determinación de lo que se consideran canales de comunicación apropiados dependerá mucho del contexto. Por ejemplo, los requisitos individuales de cooperación entre los organismos nacionales de dos o más partes pueden diferir mucho de los que se necesitan desde una perspectiva práctica para suprimir el contrabando en una región fronteriza. En este último caso, los requisitos operacionales pueden imponer el establecimiento de un marco para formas particularmente intensas y estrechas de cooperación. Por ejemplo, el capítulo 1 del título III del Convenio de Schengen de 1990 contiene disposiciones detalladas y ambiciosas para la cooperación policial. Esto incluye la obligación de establecer, especialmente en esas zonas fronterizas, “conexiones de teléfono, radio y télex y otras conexiones directas ...”⁴⁹⁰. Las partes han acordado también examinar otras posibilidades que comprenden: “*a*) el intercambio de equipo o la asignación de oficiales de enlace con equipo de radio adecuado; *b*) la ampliación de las bandas utilizadas en las zonas fronterizas; *c*) el establecimiento de un vínculo conjunto entre los servicios de policía y de aduanas que funcionen en las mismas zonas; *d*) la coordinación de sus programas de adquisiciones de equipo de comunicaciones a fin de establecer sistemas de comunicaciones compatibles y normalizados”⁴⁹¹. Otros casos especiales, como la participación en re-

⁴⁸⁸Informe de la Conferencia Internacional sobre el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas, Viena, 16 a 26 de junio de 1987 (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.87.I.18), cap. I, secc. A, párr. 233.

⁴⁸⁹Véanse, *supra*, los comentarios sobre el párrafo 8 del artículo 7.

⁴⁹⁰Convenio de Schengen de 1990, artículo 44, párr. 1.

⁴⁹¹Artículo 44, párr. 2.

des de intercambio de información, pueden requerir un examen separado (véase el párrafo 17.48 *infra*).

9.29 Las partes tienen una flexibilidad similar para determinar la forma y la manera más apropiada de dar efecto a las restantes obligaciones contenidas en los incisos del párrafo 1 del artículo 9. Sin embargo, al formular una política nacional relativa a estas esferas de cooperación, y a fin de asegurar un marco legislativo y administrativo adecuado para realizarla, es importante recordar que, en la práctica, la necesidad de la cooperación se presentará con frecuencia en un plazo relativamente corto y en un entorno operacional fluido y en constante evolución. Por lo tanto, se necesita un alto grado de flexibilidad para poder lograr el objetivo general de mejorar la eficacia de las medidas de detección y represión para suprimir la comisión de los delitos establecidos de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.

9.30 La naturaleza de este problema queda ilustrada en el inciso *c*) del párrafo 1 del artículo 9, que trata del establecimiento de equipos conjuntos, término que no se define en la Convención. La gama de actividades cooperativas que potencialmente puede estar comprendida en su ámbito es muy amplia. Va desde arreglos separados, como los denominados acuerdos de "pasajeros", en virtud de los cuales los funcionarios de los organismos de detección y represión de una parte trabajan junto con los de otra parte en un entorno operacional con carácter ordinario o continuado, hasta los arreglos ocasionales o especiales para la coordinación de una investigación particular o el suministro o la recepción de conocimientos especializados sobre aplicación de la ley en relación con una cuestión de preocupación apremiante. En este último contexto, por ejemplo, una parte puede tener necesidad de auditores forenses, especialistas en la identificación de patrimonio, o personas con mucha experiencia en investigaciones financieras, a fin de poder resolver efectivamente las necesidades de un caso complejo de lavado de dinero. En muchos de estos casos, el establecimiento de un equipo conjunto resultará en la presencia física de oficiales de organismos de represión de un Estado en el territorio de otro, lo que potencialmente puede dar lugar, como se refleja en el texto del inciso *c*), a diversas cuestiones de carácter particularmente delicado. Es importante crear un marco en el cual se puedan realizar esas operaciones en consonancia con las necesidades percibidas de los países en que se realizan las actividades.

9.31 También es importante formular las políticas nacionales de manera que fomenten un clima conducente a la cooperación en materia de detección y represión. Esto puede ser particularmente útil en esferas como la transferencia de muestras de estupefacientes y sustancias sicotrópicas con fines analíticos y de investigación, como se prevé en el inciso *d*) del párrafo 1. Varios Estados, ya sea como parte de sus programas nacionales oficiales o a través de iniciativas de sus laboratorios forenses, realizan perfiles científicos de muestras de estupefacientes o sustancias sicotrópicas incautadas. En la mayoría de los casos, esas iniciativas tienen por objeto proporcionar inteligencia plenamente estratégica, indicando las fuentes de producción o cultivo, los cambios en las rutas de tráfico, las pautas en los métodos de procesamiento y variaciones en los niveles de pureza. El mayor potencial de los perfiles, sin embargo, se refiere a las diversas formas de las anfetaminas, cuyo análisis científico puede revelar vinculaciones entre remesas separadas de materiales decomisados. Esto puede ayudar a corroborar la verdadera escala general de la producción ilícita, los niveles de participación de los delinquentes y las relaciones entre las organizaciones delictivas y los grupos de traficantes. Finalmente, puede influir en las sentencias impues-

tas a delincuentes declarados culpables y extender el ámbito para el decomiso de sus bienes. Algunos Estados mantienen también colecciones de diseños, motivos y marcas de las sustancias decomisadas o los materiales (por ejemplo, los sacos) en que están contenidos. De un estudio de estas marcas se puede obtener inteligencia de valor estratégico y se puede distribuir literatura a los órganos de detección y represión, para que el personal de éstos pueda observar directamente los diseños actualmente relacionados con sustancias ilícitas particulares. Es, por lo tanto, sumamente conveniente que los posibles beneficios que se puedan derivar de la colaboración en esta esfera, así como en otras, no se vean frustrados inadvertidamente por la rigidez no intencional de la legislación o la práctica administrativa nacional.

9.32 Los párrafos 2 y 3 plantean menos cuestiones relativas a la aplicación, y éstas son menos complejas. Como ya se ha señalado, el párrafo 2 se refiere a la necesidad de desarrollar o mejorar programas de capacitación en temas importantes de una lista no exhaustiva para la supresión de modernas y sofisticadas operaciones de tráfico de drogas (véase el párrafo 9.21 *supra*). De conformidad con el párrafo 3, las partes se prestarán también asistencia en la planificación y ejecución de programas de investigación y capacitación en las mismas esferas. En este caso hay una necesidad apremiante de asegurar, mediante la coordinación tanto internacional como nacional, la realización efectiva de estas actividades. Varios órganos e instituciones internacionales están realizando esta tarea en relación con el suministro de asistencia técnica y de otro tipo en el marco de sus mandatos. A nivel mundial, sin embargo, se ha asignado una posición central al Programa de las Naciones Unidas de Fiscalización Internacional de Drogas⁴⁹², que con frecuencia ha estimulado y facilitado la concertación de memorandos de entendimiento regionales o subregionales que incluyen programas de los gobiernos participantes para mejorar la cooperación transfronteriza en la esfera de la detección y represión de las drogas.

⁴⁹²Véanse, en particular, la resolución 4 (XXXIV) de la Comisión de Estupefacientes, la resolución 1991/41 del Consejo Económico y Social y las resoluciones 45/179, 48/12 y 48/112 de la Asamblea General.

Artículo 10

COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y ASISTENCIA A LOS ESTADOS DE TRÁNSITO

Comentarios de carácter general

10.1 Los instrumentos anteriores no contenían ninguna disposición relativa a la categoría singular de Estados de tránsito. En el décimo período extraordinario de sesiones de la Comisión de Estupefacientes, celebrado en Viena del 8 al 19 de febrero de 1988, se preparó el texto del proyecto de Convención que se presentaría a la Conferencia. Se sostuvo que las disposiciones del proyecto que se habían elaborado en esa etapa no eran adecuadas para satisfacer las necesidades de los “Estados de tránsito”. Por consiguiente, la Comisión preparó un proyecto de artículo sobre esta cuestión⁴⁹³. El texto, con algunas enmiendas y la adición de un tercer párrafo, constituyó el artículo 10 del texto definitivo.

10.2 Durante las deliberaciones se manifestó un fuerte sentimiento por parte de los Estados de tránsito de que, como lo señaló el representante de Bahamas, los países son utilizados como puntos de tránsito debido a su ubicación geográfica o a que son convenientes para los traficantes, por lo que los mercados donde se origina la demanda deben asumir una parte proporcional de la carga de la lucha contra la droga⁴⁹⁴. Esto era justo, como lo señaló el representante de Costa Rica, un Estado de tránsito claramente afectado por el movimiento ilícito de las drogas a través de su territorio: parte de las remesas se consumían en la localidad y, en vista de las enormes cantidades de dinero involucradas, la corrupción de los funcionarios nacionales podía llegar a ser un problema. Dijo que esas remesas ilícitas constituían una amenaza para la salud, la economía, la seguridad nacional y la integridad moral del Estado de tránsito⁴⁹⁵.

10.3 Esto, sin embargo, plantea la cuestión del significado del término “Estado de tránsito”. En el inciso *u*) del artículo 1 se define al Estado de tránsito como “el Estado a través de cuyo territorio se hacen pasar estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II, de carácter ilícito, y que no es el punto de procedencia ni el de destino definitivo de esas sustancias”.

10.4 Esta definición y el propio artículo 10 se redactaron partiendo del supuesto de que había un grupo de Estados que podían ser identificados como situados en la ruta normal entre las zonas de producción y las zonas de consumo. Muchos de esos

⁴⁹³Véase *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 1988, Suplemento No. 3 (E/1988/13)*, párr. 99.

⁴⁹⁴*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones plenarias, 7a. sesión plenaria, párrs. 61 y 76.

⁴⁹⁵*Ibíd.*, párr. 76.

Estados eran pequeños o tenían recursos limitados; varios eran Estados insulares con mares territoriales que a veces tenían un tamaño considerable. Se consideró que la asistencia a esos Estados era esencial como parte de la lucha contra el tráfico ilícito. En cierta medida, los sucesos subsiguientes han mostrado que el supuesto inicial era falso. La ingeniosidad de los traficantes para eludir a los organismos de detección y represión de drogas ha llevado a una situación en que hay menos rutas “normales” y casi cualquier Estado puede ser Estado de tránsito respecto de ciertas sustancias. La noción de “tráfico de tránsito”, que se examinó en la Conferencia pero no se incluyó en el texto de la Convención, quizá sea más apta para reflejar las realidades actuales de las cambiantes pautas del tráfico ilícito. La necesidad de algunos Estados de prestar asistencia práctica a otros sigue existiendo, sin embargo, y el concepto de Estado de tránsito sigue siendo valioso.

10.5 Las necesidades de los Estados de tránsito se han reconocido en el párrafo 3 del artículo 9 de la Convención, en el que se dispone que las partes se prestarán asistencia en la planificación y ejecución de programas de investigación y capacitación encaminados a intercambiar conocimientos en las esferas mencionadas en el párrafo 2 de ese artículo y, a ese fin, deberán también, cuando proceda, recurrir a conferencias y seminarios regionales e internacionales a fin de promover la cooperación y estimular el examen de los problemas de interés común, incluidos en particular los problemas y necesidades especiales de los Estados de tránsito. El artículo 10 va más allá, pasando de la capacitación y las deliberaciones en conferencias y seminarios a la prestación de asistencia práctica y financiera.

Párrafo 1

1. Las Partes cooperarán, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales o regionales competentes, para prestar asistencia y apoyo a los Estados de tránsito y, en particular, a los países en desarrollo que necesiten de tales asistencia y apoyo, en la medida de lo posible, mediante programas de cooperación técnica para impedir la entrada y el tránsito ilícitos, así como para otras actividades conexas.

Comentarios

10.6 El párrafo 1 identifica a los beneficiarios previstos como “Estados de tránsito y, en particular, a los países en desarrollo que necesiten de tales asistencia y apoyo”; la referencia a los países en desarrollo es importante en vista de que, como ya se ha señalado, las pautas del tráfico ilícito han dejado menos en claro la noción de Estado de tránsito. Las partes deben cooperar, ya sea mediante arreglos bilaterales o a través de las organizaciones internacionales como las propias Naciones Unidas, u organizaciones como el Foro del Pacífico, la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental, la Unión Europea, la Organización de la Unidad Africana o la OEA. También se especifican las formas de cooperación; los programas de cooperación técnica de lucha contra las drogas u otras actividades conexas deben apoyarse “en la medida de lo posible”, frase que reconoce que las diferentes partes tendrán mayor o menor capacidad para prestar asistencia financiera o experiencia técnica. Respecto de otras cosas, el párrafo 1 tiene un lenguaje amplio: la frase final “así como para otras actividades

conexas” se incluyó para evitar cualquier sugerencia de que debía limitarse estrechamente el ámbito de la cooperación técnica.

Párrafo 2

2. Las Partes podrán convenir, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales o regionales competentes, en proporcionar asistencia financiera a dichos Estados de tránsito con el fin de aumentar y fortalecer la infraestructura que necesiten para una fiscalización y una prevención eficaces del tráfico ilícito.

Comentarios

10.7 El párrafo 2 permite a las partes, sin imponerles obligación alguna, proporcionar asistencia financiera a Estados de tránsito a fin de aumentar y fortalecer la infraestructura que necesiten para una fiscalización y una prevención eficaces del tráfico ilícito. Como ejemplos se pueden citar el suministro de equipo, como máquinas de rayos X para detectar remesas de drogas, y vehículos y equipo de comunicaciones, que podrían tener un uso más general pero que se prevén para uso de los organismos apropiados de policía, aduanas o detección y represión de drogas.

Párrafo 3

3. Las Partes podrán concertar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales para aumentar la eficacia de la cooperación internacional prevista en el presente artículo y podrán tomar en consideración la posibilidad de concertar arreglos financieros a ese respecto.

Comentarios

10.8 El párrafo 3 es uno de los párrafos de exhortación de la Convención. No impone a las partes obligación alguna pero indica que los progresos en el desarrollo de la cooperación internacional no deben congelarse en la posición alcanzada en 1988. Sigue habiendo ámbito para mejorar la eficacia de la cooperación internacional del tipo abarcado en el artículo 10, y esto puede tomar la forma de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales. La referencia a los arreglos financieros refuerza la referencia que se hace a este respecto en el párrafo 2 del artículo 10, un artículo cuyo objetivo es hacer hincapié en la necesidad de que las partes reciban asistencia práctica.

Artículo 11

ENTREGA VIGILADA

Comentarios de carácter general

11.1 El artículo 11 de la Convención respalda específicamente la técnica de investigación de la entrega vigilada a nivel internacional⁴⁹⁶. El inciso *g*) del párrafo 1 define la entrega vigilada como la “técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I o en el Cuadro II anexos a la presente Convención o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención”⁴⁹⁷.

11.2 El artículo 11 es el primer texto internacional en que se respalda la práctica de la entrega vigilada. Anteriormente, la tradición, reflejada por ejemplo en la Convención de 1961⁴⁹⁸ era hacer hincapié en el decomiso de las drogas, si no exigir positivamente su decomiso⁴⁹⁹. En ese sentido, la Convención de 1988 se alejó radicalmente de la práctica anterior.

11.3 El atractivo más evidente de esta estrategia de represión es que facilita la identificación, detención y procesamiento de los delincuentes principales, los organizadores y los que financian la empresa delictiva de que se trate, en lugar de concentrarse meramente en las capas inferiores de delincuentes. En los términos del Plan Amplio y Multidisciplinario de actividades futuras en materia de fiscalización del uso indebido de drogas, la finalidad principal de esta técnica es procesar “a los individuos, las corporaciones u otras organizaciones involucradas en el envío, el transporte, la entrega, la ocultación o la recepción de una remesa ilícita de sustancias fiscalizadas que podrían no ser detectadas si los intermediarios o correos fueran

⁴⁹⁶Desde 1988, se han incluido disposiciones similares en varios instrumentos multilaterales regionales y subregionales (véanse, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 13 de la Convención sobre Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas aprobada por la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional en 1990; y el artículo 73 del Convenio de Schengen de 1990).

⁴⁹⁷Véanse, *supra*, los comentarios sobre el inciso *g*) del artículo 1.

⁴⁹⁸Por ejemplo, el artículo 37.

⁴⁹⁹Véase el examen de si el artículo 37 de la Convención de 1961 requiere que las partes tengan legislación que habilite a sus autoridades competentes para decomisar las drogas o si impone una obligación de decomisar (párrafo 1 de los comentarios al artículo 37 de la Convención de 1961). La opinión de la Secretaría era que el artículo 37 no imponía una obligación de decomisar y que la entrega vigilada era, por lo tanto, compatible con ese y con otros artículos pertinentes (véase el documento de antecedentes preparado por la División de Estupefacientes titulado “La entrega vigilada en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas” (DN.422/2(3-1)) de 18 de mayo de 1982).

arrestados inmediatamente después de la identificación”⁵⁰⁰. Este modo de proceder contribuye al objetivo general de desorganizar y dismantelar las organizaciones de traficantes.

11.4 Este valioso procedimiento se utiliza cada vez más en los contextos internacionales, donde se lo puede emplear en diversas circunstancias. Por ejemplo, es particularmente útil cuando se detecta un envío de drogas ilícitas en cargamentos no acompañados, en equipaje no acompañado o en el correo. De igual modo, la entrega vigilada se puede utilizar cuando las drogas ilícitas van acompañadas por un correo, ya sea que el individuo no tenga conocimiento de que las autoridades de represión saben de la remesa y están interesadas en ella o cuando la operación involucra la cooperación activa de ese individuo. En este último caso, por ejemplo, se puede persuadir a un correo que ha sido aprehendido, quizá a cambio de reducir la acusación o la promesa de una sentencia menos grave, de que siga adelante con la entrega de la remesa para que se pueda identificar a los co-conspiradores o hacer otras detenciones.

11.5 Los países quizás deban considerar peticiones de otras partes respecto de diferentes formas de participación activa en estas operaciones. Éstas podrían incluir una petición de que se permita que un cargamento o envío detectado se exporte de su jurisdicción, se importe a ella o se permita su tránsito. La definición de “entrega vigilada” del inciso g) del artículo 1 se refiere al material que sale, entra o pasa por el “territorio” de uno o más países, lo cual incluye el territorio terrestre, el territorio marítimo y el espacio aéreo sobre éstos. Puede abarcar el intento de transporte a través de fronteras terrestres, por aire o por mar. Además, en el contexto de la vigilancia en alta mar, en el informe de 1995 del Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima se señaló que “la técnica de la entrega vigilada suele dar mejores resultados en términos de aplicación de la ley que la intervención en aguas fuera del mar territorial”, y posteriormente se recomendó que, en las circunstancias apropiadas, se debía dar preferencia a esta técnica sobre las intervenciones realizadas de conformidad con el artículo 17⁵⁰¹.

11.6 Si bien naturalmente se hace hincapié en la fiscalización de los envíos ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, la definición contenida en el inciso g) del artículo 1 se extiende también a las remesas de sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II anexos a la Convención de 1988⁵⁰². El valor de esta técnica en este contexto ha quedado demostrado por la práctica internacional⁵⁰³. Por esta razón, el Consejo Económico y Social, en su resolución 1995/20 pide a los gobiernos “que colaboren en la entrega vigilada de una remesa sospechosa, en casos especiales en los que se pueda garantizar lo bastante la seguridad del envío, en los que la cantidad y la

⁵⁰⁰*Informe de la Conferencia Internacional sobre el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas, Viena, 17 a 26 de junio de 1987* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.90.XVII.3), cap. I, secc. A, párr. 250.

⁵⁰¹Informe de la reunión del Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima, celebrada en Viena del 19 al 23 de septiembre de 1994 y del 20 al 24 de febrero de 1995 (E/CN.7/1995/13), párr. 22. Es esencial que la autoridad nacional designada de conformidad con el párrafo 7 del artículo 17 tenga líneas de comunicación apropiadas con sus contrapartes en virtud del artículo 11, a fin de asegurar que las operaciones de entrega vigilada en las que participen embarcaciones bajo su bandera no se vean frustradas por la concesión inadvertida del consentimiento para una intervención marítima a un tercero.

⁵⁰²Véanse, *infra*, los comentarios al artículo 12.

⁵⁰³Véase, por ejemplo, *Grupo de Trabajo de Acción Química: Informe Final* (Washington, D.C., junio de 1991), pág. 25.

índole la sustancia química enviada sean tales que las autoridades competentes crean poder controlarla de modo seguro, y en los que todos los Estados cuya cooperación sea necesaria, incluidos los Estados de tránsito, den su consentimiento a la operación de entrega vigilada”.

Párrafo 1

1. Si lo permiten los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar en forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada, de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de entablar acciones legales contra ellas.

Comentarios

11.7 Si bien algunos países dejan amplia discreción a las autoridades del ministerio público, en otros se considera fundamentalmente importante que se inicie un enjuiciamiento toda vez que haya pruebas suficientes de que se ha cometido un delito en el territorio del Estado. En estos últimos Estados, la discreción de no enjuiciar se considera tan abierta a abusos que no es aceptable. Se considera que los Estados en donde exista un sistema de enjuiciamiento obligatorio pueden considerar imposible aplicar la técnica de la entrega vigilada, y las palabras introductorias del párrafo 1 apuntan a esta cuestión.

11.8 En las deliberaciones sobre el artículo 11, el representante de México destacó que no había oposición al uso de la entrega vigilada cuando en el derecho interno se había previsto su utilización y se contaba con medios técnicos a tal fin; ahora bien, en países que no cuentan con los sistemas policiales avanzados que se requieren, la aplicación de la técnica podría ser contraproducente⁵⁰⁴. Su Gobierno hubiera preferido que el texto no hiciera referencia a la entrega vigilada; el texto era el resultado de una transacción que no satisfacía plenamente a todos los participantes en la Conferencia⁵⁰⁵.

11.9 Representantes de otros Estados que tenían considerable experiencia en el uso y las ventajas de la entrega vigilada, subrayaron el éxito de la técnica para detectar a los cabecillas y organizadores que dirigían el trabajo de los correos individuales. A juicio de esos representantes, era esencial dar un lugar prominente a la técnica de la entrega vigilada en el texto de la Convención, aun cuando hubiera que incluir salvaguardias para las partes que tuviesen dificultades de orden práctico o jurídico⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 6a. sesión, párrs. 18, 19 y 70.

⁵⁰⁵Véanse, por ejemplo, las declaraciones de los representantes del Canadá y el Reino Unido (*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 6a. sesión, párrs. 22, 23 y 36).

⁵⁰⁶*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/12, “artículo 7” (E/CONF.82/C.2/L.13/Add.6), secc. III, párr. 13; y *Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 8a. sesión, párrs. 1 a 20.

11.10 Como resultado de las deliberaciones, se preparó una versión revisada del texto original. Se decidió incluir dos frases para resolver las dificultades prácticas y jurídicas que se habían determinado. La primera era la frase inicial “Si lo permiten los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos ...”. Se dejó constancia, como opinión de la Comisión II, que esa frase no debía interpretarse en el sentido de que las operaciones de entrega vigilada requerían una disposición expresa en virtud de leyes nacionales que permitiesen esas operaciones.

11.11 La segunda adición fue la frase “dentro de sus posibilidades”. Ésta se introdujo para evitar que ninguna parte se viese en la obligación de participar en operaciones de entrega vigilada que la parte consideraba que no podía realizar, por ejemplo, en vista de las circunstancias técnicas y de organización de sus servicios de policía, de aduana y de otro tipo.

11.12 El resultado es una obligación calificada de las partes de adoptar las medidas necesarias para permitir el uso apropiado de la entrega vigilada a nivel internacional. El significado de la palabra “necesarias”, y cuándo el uso de la técnica es “adecuado”, es una cuestión de juicio. El texto, por lo tanto, indica que las operaciones se deben realizar sobre la base de arreglos o acuerdos mutuamente convenidos.

11.13 Esto implica una obligación de informar, y obtener el consentimiento de cualquier otra parte a través de cuyo territorio haya de pasar la remesa, aun si la ruta que sigue la remesa cambia en forma inesperada. La cooperación de las autoridades de todas estas partes es esencial, por razones de orden práctico o para obtener pruebas seguras de que la remesa está permanentemente bajo control. Los métodos más modernos de rastreo electrónico, sin embargo, son un fuerte recordatorio de una dificultad que siempre ha sido inherente a la noción de la entrega vigilada, es decir, si se puede distinguir de la mera vigilancia y si una operación de vigilancia se puede realizar sin el consentimiento requerido en virtud del artículo 11.

11.14 Es difícil obtener una respuesta clara a estas cuestiones, dada la naturaleza muy específica de los hechos comprendidos en una entrega vigilada. Es posible prever circunstancias en que la vigilancia de una persona sospechosa de ser un correo, por ejemplo, podría (al menos inicialmente) no estar comprendida en la definición de entrega vigilada. Las consideraciones de cortesía y de orden práctico apuntan a la necesidad de la comunicación máxima de información a otras partes pertinentes en todos esos casos. Las partes tienen una obligación, con sujeción a las diversas salvaguardias establecidas en el párrafo 1 del artículo 9, de cooperar entre sí en la celebración de indagaciones sobre los movimientos de los estupefacientes, las sustancias sicotrópicas y las sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II⁵⁰⁷, y esto abarcaría los casos marginales del concepto de la entrega vigilada.

11.15 La Conferencia consideró una propuesta de que las funciones relativas a la entrega vigilada fueran confiadas por cada parte a una autoridad nacional designada, que podría entablar las negociaciones necesarias con sus contrapartes de otras partes interesadas en una posible operación. Esta propuesta reflejaba la idea incorporada en el Plan Amplio y Multidisciplinario de 1987 de actividades futuras en materia de fiscalización del uso indebido de drogas, en el que se había sugerido que “a fin de asegurar que la entrega vigilada se coordinara efectivamente tanto a nivel nacional como internacional, los Estados debían, si lo consideraban apropiado, designar a un

⁵⁰⁷Véase el apartado iii) del inciso b) del párrafo 1 del artículo 9.

organismo u organismos responsables de esa coordinación”⁵⁰⁸. Sin embargo, la creación de una obligación de tratado a este efecto hubiera dado lugar a dificultades en Estados cuyos servicios de policía o de aduanas no estaban centralmente organizados, por lo que no se insistió en la propuesta⁵⁰⁹.

11.16 Según el párrafo 1, la entrega vigilada se debe realizar “con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de entablar acciones legales contra ellas”. Con excepción de la cláusula final, el texto corresponde a la definición que figura en el inciso *g*) del artículo 1. Esa cláusula abarca la detención de las personas involucradas en el tráfico ilícito; la Comisión II acordó formalmente que ésa era la interpretación correcta⁵¹⁰.

Párrafo 2

2. Las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las Partes interesadas.

Comentarios

11.17 El párrafo 2 aprovecha la experiencia obtenida por los Estados que establecieron operaciones de entrega vigilada. Subraya que cada caso se debe examinar separadamente. Aunque el primer borrador de lo que sería el artículo 11 se refería a la necesidad de utilizar la entrega vigilada caso por caso, establecía también con cierto detalle las obligaciones de las partes y las consecuencias en términos de ejercicio de la jurisdicción⁵¹¹. El grupo de expertos intergubernamentales, en su segundo período de sesiones celebrado en octubre de 1987, consideró que estas disposiciones eran demasiado detalladas, y las omitió⁵¹².

11.18 Con todo, el texto identifica dos cuestiones en particular (además de los detalles operacionales obvios) que pueden requerir atención. La primera se refiere a las disposiciones financieras, frase que puede abarcar varias cuestiones. Éstas comprenden el costo de la operación, teniendo en cuenta no sólo los recursos que habrá que desplegar sino también las necesidades de cada parte (por ejemplo, respecto de pruebas en una forma determinada). Aunque haya un vínculo en algunos casos entre la entrega vigilada y la asistencia judicial recíproca, los costos de la entrega vigilada no serán “gastos ordinarios” a los fines del párrafo 19 del artículo 7. El término “arreglo financiero” abarcará también las consecuencias de todo posible decomiso de las sustancias ilícitas (como las medidas para su eliminación o destrucción), que pueden

⁵⁰⁸*Informe de la Conferencia Internacional sobre el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas, Viena, 17 a 26 de junio de 1987* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.90.XVII.3), cap. I, secc. A, párr. 251.

⁵⁰⁹*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 6a. sesión, *passim*, y 8a. sesión, párrs. 48 a 51.

⁵¹⁰*Ibíd.*, 8a. sesión, párrs. 17 y 18.

⁵¹¹*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CN.7/1987/2, secc. II, art. 7, párr. 4.

⁵¹²*Ibíd.*, documento E/CN.7/1988/2 (Part II), secc. II, párr. 162.

aplazarse y, por lo tanto, tener lugar en un Estado diferente como resultado de la decisión de recurrir a la entrega vigilada. En algunos Estados se han establecido sistemas de “recompensas” en virtud de los cuales el personal de los organismos de detección y represión recibe pagos como incentivo especial, a veces directamente relacionados con el tamaño de una remesa decomisada; cuando la entrega vigilada previene efectivamente el decomiso de una remesa, las consecuencias financieras para el personal interesado quizá también deban tenerse en cuenta. La complejidad de estas cuestiones indica que es conveniente que las partes tengan, siempre que sea posible, arreglos permanentes ya que en algunos casos puede que no haya tiempo suficiente para celebrar negociaciones detalladas.

11.19 La segunda cuestión se refiere al ejercicio de la competencia, aspecto en que las operaciones de entrega vigilada también pueden crear bases adicionales para fundamentar la competencia. Por ejemplo, la terminación de la operación de entrega vigilada puede dar lugar a la comisión de delitos en un Estado donde no se hubiera cometido ningún delito si la operación de tráfico ilícito se hubiera interrumpido en una etapa anterior. Ese Estado puede reclamar la competencia en virtud del inciso *a*) del párrafo 1 del artículo 4. Favorecería mucho a la claridad de la situación si esta posibilidad se tuviese en cuenta (si el tiempo lo permite) antes de que pudieran plantearse reclamaciones conflictivas de competencia.

Párrafo 3

3. Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas o autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias sicotrópicas que contengan.

Comentarios

11.20 El párrafo 3 se añadió en la Conferencia. Refleja la técnica que ha sido promovida por el Consejo de Cooperación Aduanera (ahora denominado Organización Mundial de Aduanas): la entrega vigilada de una remesa de la que se han sacado los estupefacientes o las sustancias sicotrópicas en su totalidad o en parte, de modo que, si la operación fracasa, quedara muy poco o ningún material ilícito en manos de los traficantes⁵¹³.

11.21 Por supuesto, puede haber circunstancias en que la sustitución propuesta no sea posible. Además, en este caso, así como en muchos otros, la legislación nacional puede imponer restricciones sobre lo que se puede hacer. Por ejemplo, puede haber necesidad de dejar algunos estupefacientes o sustancias sicotrópicas en la remesa, a fin de demostrar la naturaleza ilícita de la remesa cuando llega al lugar de destino previsto. La extracción de parte de la remesa puede crear dificultades para el enjuiciamiento, especialmente en Estados cuyo derecho penal no ha desarrollado el concepto de la confabulación criminal. Por todas estas razones, el texto permite el uso de diversas técnicas y no confiere carácter obligatorio a ninguna. Cuando se sustituyen

⁵¹³*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 6a. sesión, párr. 23.

los estupefacientes o las sustancias sicotrópicas por otro material, el texto no impone ningún requisito en cuanto al material de sustitución⁵¹⁴.

11.22 El texto emplea la frase “con el consentimiento de las Partes interesadas”, lo que refleja el enfoque de caso por caso en que se hace hincapié en el párrafo 2. El representante de Bélgica entendió que la expresión no iba en detrimento de medidas independientes para castigar delitos en el territorio nacional y mantener el orden público⁵¹⁵.

11.23 Aunque el párrafo 3 se refiere sólo a la sustitución de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, si las circunstancias lo requieren en virtud de ese párrafo se pueden sustituir también los precursores por otros materiales (véanse los párrafos 11.35 y 11.36 *infra*). La definición de entrega vigilada que figura en el inciso g) del artículo 1 se refiere de hecho a “remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I o el Cuadro II ..., o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas”.

Consideraciones relativas a la aplicación: artículo 11 en su totalidad

11.24 El párrafo 1 del artículo 11 impone una obligación calificada a los Estados partes en la Convención de 1988 de permitir el uso adecuado de la entrega vigilada internacional (véase el párrafo 11.12 *supra*). No se consideró apropiado disponer un criterio más fuerte, en razón de las importantes dificultades de orden constitucional y de otro tipo con que se tropezaba en algunas jurisdicciones para autorizar el uso de este tipo de procedimiento. Por esta razón, las partes están obligadas a facilitar el uso de la técnica sólo “si lo permiten los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos”⁵¹⁶.

11.25 La condición básica para una acción efectiva en esta esfera es asegurar que las operaciones de entrega vigilada están adecuadamente sancionadas por el ordenamiento jurídico interno. Esto constituirá una cuestión particularmente apremiante en Estados que utilizan normalmente el principio de la legalidad en relación con el ejercicio de la función del ministerio público⁵¹⁷. Como lo señaló un comentarista, en algunos de esos Estados el uso de la entrega vigilada “podría de hecho contravenir la obligación de las autoridades de no condonar o tolerar a sabiendas el comportamiento ilícito”⁵¹⁸. Con bastante frecuencia se ha recurrido a la promulgación de legislación que permite a las autoridades competentes recurrir a la entrega vigilada entre Estados que comparten esta tradición jurídica. Por otra parte, los Estados que tradicionalmente confieren una discreción sustancial a sus autoridades del ministerio pú-

⁵¹⁴En una versión anterior se habían utilizado las palabras “sustancias inocuas”, pero se consideró que esto no era satisfactorio ya que podía haber diferentes opiniones en los diferentes ordenamientos jurídicos sobre lo que era “inocuo”.

⁵¹⁵*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de plenarias, 7a. sesión plenaria, párr. 63.

⁵¹⁶Párrafo 1 del artículo 11.

⁵¹⁷Véase, por ejemplo, E. Nadelmann, *Cops across Borders: The Internationalization of U.S. Criminal Law Enforcement* (Pennsylvania State University Press, University Park, Pennsylvania, 1993), págs. 237 y 238.

⁵¹⁸D. Stewart, “Internationalizing the war on drugs: the U.N. Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances”, *Denver Journal of International Law and Policy*, No. 18, 1990, pág. 400.

blico tendrán menos incentivo para adoptar legislación específica sobre la entrega vigilada. Dentro de esta última categoría, Nueva Zelanda ofrece un raro ejemplo de un Estado que ha optado desde el comienzo por dar a la técnica un carácter estatutario⁵¹⁹.

11.26 Ahora bien, la experiencia reciente demuestra que no hay que concluir ligeramente que no se requiere legislación habilitante. Por ejemplo, en países en que las leyes existentes imponen una prohibición no calificada a la importación de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, los oficiales de represión, nacionales y extranjeros, los defensores que cooperan y otras personas involucradas en una operación de entrega vigilada pueden encontrarse con que algunas de sus acciones se pueden caracterizar de ilícitas. Esa situación coloca a los individuos participantes en una posición ingrata y en algunas jurisdicciones puede también tener efectos adversos sobre la posibilidad de asegurar la condena de las personas que fueron el objetivo de la operación⁵²⁰. En circunstancias en que el derecho interno es incierto, la prudencia parecería indicar la conveniencia de promulgar legislación para no dejar dudas sobre esta cuestión.

11.27 La práctica legislativa a este respecto varía considerablemente en cuanto a su naturaleza, alcance y complejidad. En algunos casos, como en el de Nueva Zelanda, la autoridad necesaria se confiere directamente a los miembros del organismo de detección y represión pertinente. Quizá sean más comunes los casos en que estos oficiales deben solicitar la autoridad de un tercero determinado. En Malta, por ejemplo, se requiere el consentimiento de un magistrado o del Fiscal General⁵²¹. En algunos casos, también se consideró apropiado imponer ciertas condiciones a la concesión de la autorización; en Cabo Verde, por ejemplo, la ley estipula que el ministerio público debe emitir una orden pertinente a la policía a petición del país extranjero de destino sólo si: "a) hay un conocimiento detallado del probable itinerario de los correos y una identificación adecuada de éstos; b) las autoridades competentes de los países de destino y de los países de tránsito pueden garantizar la seguridad de las sustancias contra robo o desviación; c) las autoridades judiciales competentes de los países de destino o de tránsito se comprometen a suministrar, con carácter urgente, detalles completos del resultado de la operación y de las actividades de los perpetradores de los delitos, en particular los cometidos en Cabo Verde"⁵²². Además de imponer condiciones, cuya naturaleza dependerá de las circunstancias y tradiciones locales y de otros factores, se puede considerar la posibilidad de abarcar otras cuestiones como el suministro de una exención apropiada de responsabilidad penal a los oficiales de los organismos de represión cuando se cometen actos a los fines de operaciones autorizadas de entrega vigilada⁵²³.

⁵¹⁹Véase la Ley de enmienda del uso abusivo de drogas, 1978, secc. 12 1).

⁵²⁰Véase, por ejemplo, el dictamen del 19 de abril de 1995 del Tribunal Supremo de Australia en el caso *Ridgeway v. The Queen*. En el momento de prepararse este documento se estaba considerando activamente la posibilidad de promulgar nuevas leyes para superar las dificultades indicadas en este caso (véase *Proyecto de ley de enmienda penal de 1995 (Operaciones vigiladas): Memorando Explicativo* (Camberra, Parlamento del Commonwealth de Australia, Cámara de Diputados, 1995); véase también *Regina v. Latif* (1996) 1 A 11 E.R. 353, que contiene un criterio de derecho anglosajón algo más típico sobre estas cuestiones).

⁵²¹Véase la Ley de reglamentación de drogas peligrosas (Enmienda) de 1994, Ley No. VI de 1994, secc. 38 1).

⁵²²Ley 78/IV/93 de 12 de julio de 1993, párrafo 2 del artículo 33.

⁵²³Véase la Ley francesa 91.1264.

11.28 Otra cuestión de gran importancia es el alcance que se debe dar a esa legislación. El inciso *g*) del artículo 1, que contiene la definición de entrega vigilada a los fines de la Convención, hace hincapié en operaciones que comprendan remesas ilícitas de drogas y sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II. Ahora bien, desde que se concertó la Convención ha resultado evidente que la técnica de la entrega vigilada se puede utilizar también en circunstancias no contempladas durante la negociación del texto de 1988, por ejemplo, en la investigación de delitos de lavado de dinero establecidos de conformidad con el inciso *b*) del párrafo 1 del artículo 3⁵²⁴. A juicio de un órgano intergubernamental especializado, “la entrega vigilada de fondos que se sabe o se sospecha son el producto de delitos es una técnica de detección y represión válida y eficaz para obtener información y pruebas, en particular respecto de operaciones internacionales de lavado de dinero”⁵²⁵. Su uso puede, por ejemplo, facilitar la identificación de todas las partes involucradas en la transacción; los bienes que se compran y se venden; las compañías e instituciones que facilitan el uso de los fondos ilícitos; y otras transacciones conexas. Esta y otras posibles aplicaciones pertinentes de la técnica de la entrega vigilada, incluida la entrega de equipo como máquinas de fabricación de tabletas y productos de vidrio para laboratorios que se han de utilizar en la fabricación ilícita de sustancias fiscalizadas, son sujetos apropiados que pueden considerar los encargados de asegurar la aplicación del artículo 11 a nivel nacional y, por cierto, están incluidas en el espíritu de la Convención en su totalidad.

11.29 También es importante que las normas jurídicas nacionales relacionadas con otras disposiciones de la Convención sean sensibles a las necesidades de las operaciones de entrega vigilada. Por ejemplo, cuando en cumplimiento del párrafo 9 del artículo 12 se formula legislación nacional y arreglos administrativos para dar efecto a las obligaciones dimanantes de la cooperación internacional respecto de sustancias frecuentemente utilizadas en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, se deben incluir disposiciones que permitan el uso de la entrega vigilada en caso de exportaciones sospechosas, además de facultades para efectuar decomisos o suspender la transacción. En la esfera del lavado del dinero, esta sensibilidad se refleja en el artículo 7 de la Directiva de 1991 del Consejo de Europa sobre prevención del uso del sistema financiero a los fines del lavado de dinero, que requiere que las instituciones pertinentes se abstengan de realizar transacciones sospechosas antes de que se hayan señalado a la atención de las autoridades apropiadas⁵²⁶. Corresponde a las autoridades dar instrucciones sobre si se debe o no ejecutar la transacción. Ahora bien, cuando “se sospeche que esa transacción da lugar a lavado de dinero y cuando abstenerse de esa manera sea imposible o probablemente frustre los esfuerzos por enjuiciar a los beneficiarios de una operación sospechosa de lavado de dinero, las instituciones interesadas notificarán a las autoridades inmediatamente después de la transacción”. El historial de la redacción de este artículo muestra claramente que la decisión de conferirle ese carácter flexible fue una respuesta directa a las necesidades percibidas de la comunidad de organismos de detección y represión, incluida la facilitación de las operaciones vigiladas de lavado de dinero⁵²⁷.

⁵²⁴Véanse, *supra*, los comentarios sobre el inciso *b*) del párrafo 1 del artículo 3.

⁵²⁵Grupo de Acción Financiera sobre lavado de dinero, “Informe anual, 1995–1996”, París, 28 de junio de 1996, anexo II, pág. 5.

⁵²⁶Directiva 91/308/EEC del Consejo.

⁵²⁷Véase W. Gilmore, *Dirty Money: The Evolution of Money Laundering Counter-Measures* (Council of Europe Press, Estrasburgo, 1995), pág. 167.

11.30 Cabe destacar que la obligación establecida en el párrafo 1 del artículo 11 prevé la cooperación en operaciones internacionales de entrega vigilada en casos adecuados y “de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos”. El carácter central del concepto del consentimiento se destaca también en las disposiciones restantes del artículo 11. De igual modo, en el inciso g) del artículo 1 la característica definitoria de la entrega vigilada es que se realice “con el conocimiento y bajo la supervisión” de las autoridades competentes de las partes pertinentes. Si no se obtiene ese consentimiento, la operación quedaría fuera del alcance del artículo 11. Si se realiza en el territorio de un Estado que no ha prestado su consentimiento se correría el riesgo de que la operación se caracterizase como una violación del párrafo 3 del artículo 2 de la Convención⁵²⁸.

11.31 En el párrafo 1 se prevé que ese consentimiento se procurará de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos. Este lenguaje tiene por objeto reflejar la necesidad de cierta flexibilidad en esta esfera. Como se ha señalado en otra parte: “La palabra ‘arrangements’ denota el tipo más informal de interacción y puede incluir prácticas estándar mutuamente aplicadas por las autoridades competentes de cada parte en ese tipo de situaciones, incluida la cooperación entre oficiales de policía en entregas vigiladas sin necesidad de un acuerdo formal por escrito”⁵²⁹. Si bien corresponde a cada parte formular su propia política sobre estas cuestiones, hay que tener presente que la oportunidad para realizar operaciones de entrega vigilada se puede plantear en forma inesperada en un entorno operacional que deje poco tiempo para las formalidades, y menos aún para las negociaciones. Por ejemplo, cuando se detectan drogas en el equipaje de tránsito de un pasajero de una línea aérea, la decisión de decomisar las drogas y arrestar al correo o de organizar una operación de entrega vigilada debe adoptarse con carácter urgente y hay muy poco tiempo para actuar⁵³⁰. De hecho, puede que sea necesario el consentimiento de varios Estados. Se presentan varias posibilidades, entre ellas el uso de arreglos administrativos como memorandos de entendimiento, la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales, el otorgamiento de facultades para hacer determinaciones especiales de conformidad con la autoridad legislativa interna, o alguna combinación de estas acciones⁵³¹. Si bien la concertación de acuerdos o arreglos individuales con todas las otras partes de la Convención de 1988 no es una posibilidad realista, quizá convenga hacerlo con los Estados con los que es probable que se utilice esa técnica con bastante frecuencia⁵³².

11.32 Ya sea que las peticiones se consideren o no en el marco de un acuerdo o arreglo preexistente o se traten sobre una base ad hoc, será necesario establecer una

⁵²⁸Véanse, *supra*, los comentarios sobre el párrafo 3 del artículo 2.

⁵²⁹“Report of the United States Delegation to the United Nations Conference for the adoption of a Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances”, 101st Congress, 1st Session, Senate, Exec. Rept. 101-15, pág. 75.

⁵³⁰Véase, por ejemplo, P. D. Cutting, “La técnica de la entrega vigilada como instrumento de lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, *Boletín de estupefacientes*, vol. XXXV, No. 4 (1983), pág. 15.

⁵³¹Respecto de una disposición estatutaria que dispone la concertación de esos acuerdos y arreglos, véase Santa Lucía, Ley sobre drogas (Prevención del abuso), Ley No. 8 de 1993, secc. 9.

⁵³²El Pakistán, la República Islámica del Irán y Turquía, actuando en el contexto de su Organización de Cooperación Económica, han establecido un Comité sobre Tráfico Ilícito y Uso Indebido de Drogas, en cuyo mandato figura la utilización de la técnica de la entrega vigilada.

estructura de política que permita adoptar rápidamente decisiones caso por caso, como se contempla en el párrafo 2. Esto podría incluir la necesidad de verificar que la petición proviene de una autoridad competente, que se hace en la forma requerida, que la vigilancia propuesta es adecuada, que el objetivo operacional justifica la acción propuesta y otras cuestiones similares. Esas decisiones podrán también “tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las partes interesadas”⁵³³. Este marco, a su vez, debe ser apuntalado con procedimientos administrativos apropiados, incluida la cadena de autoridades designadas.

11.33 También es necesario realizar una planificación anticipada y detallada sobre la forma de asegurar la vigilancia y la administración eficaces y sin tropiezos. En este caso, son fundamentales los procedimientos para la cooperación interna entre organismos. Por ejemplo, se pueden dar dificultades y situaciones no deseadas si una operación de entrega vigilada emprendida por una autoridad es frustrada inadvertidamente por la acción de otra autoridad que no tiene conocimiento de la operación en marcha. La práctica ha demostrado la utilidad, para muchos países, de designar a un organismo centralizado a fin de facilitar la coordinación y prevenir la confusión, la confrontación y los riesgos. En jurisdicciones en que esa solución no sería apropiada, cabe considerar seriamente la posibilidad de crear un mecanismo de coordinación interno, posiblemente institucionalizado. Los países cuyos organismos de detección y represión tienen poca o ninguna experiencia en el uso de este instrumento de investigación deben establecer programas de capacitación, como se requiere en el inciso *h*) del párrafo 2 del artículo 9⁵³⁴.

11.34 La utilización de esta técnica de investigación entraña algunos riesgos. Por ejemplo, un factor importante que se debe considerar al determinar si se ha de iniciar una operación o se ha de cooperar en ella es la posibilidad de que la operación tropiece con dificultades y se pierda la remesa. Aun cuando la operación está en marcha, situaciones de carácter práctico pueden requerir su terminación anticipada. Algunos Estados, incluido Portugal, han tenido en cuenta esta posibilidad en su legislación habilitante. El artículo 61 3) del Decreto Ley No. 15/93 de Portugal dice lo siguiente: “Aun después que se ha concedido la autorización mencionada *supra*, la policía criminal debe intervenir si se produce una reducción apreciable de los márgenes de seguridad o si hay un cambio inesperado de itinerario o cualquier otra circunstancia que pudiera perjudicar el futuro decomiso de las sustancias y la detención de los perpetradores”⁵³⁵.

11.35 Estos riesgos se reducen significativamente utilizando una variante de esta técnica, conocida comúnmente como la “entrega vigilada limpia”. En virtud de este procedimiento, las drogas se extraen de la remesa, en todo o en parte, y se sustituyen

⁵³³Es tanto posible como conveniente que la cuestión de los costos se considere junto con la cuestión de repartir los bienes de conformidad con el apartado ii) del inciso *b*) del párrafo 5 del artículo 5. Respecto de un ejemplo legislativo del ejercicio de la competencia, véase Portugal, Decreto Ley No. 15/93, inciso *c*) del párrafo 2 del artículo 61; véase también “Grupo de Acción Financiera sobre lavado de dinero: informe”, París, 7 de febrero de 1990, recomendación No. 39.

⁵³⁴Véanse, *supra*, los comentarios sobre el inciso *h*) del párrafo 2 del artículo 8. Puede requerirse asistencia técnica, como se contempla en el párrafo 3 del artículo. Quizá sea también posible obtener asistencia del sistema de las Naciones Unidas y otros órganos internacionales. Véase también, por ejemplo, *United Nations Drug Law Enforcement Training Manual*, cap. V.

⁵³⁵El párrafo 3 del artículo 73 de la Convención de Schengen de 1990 también reserva al Estado territorial el derecho de intervenir.

por sustancias de naturaleza inocua⁵³⁶. Esta opción, que se incorpora en el párrafo 3, se debe utilizar con el consentimiento de los Estados interesados. Hay otros factores que también pueden indicar el uso de este método en circunstancias particulares. Por ejemplo, puede que por razones probatorias o de otro tipo sea necesario efectuar el decomiso en el país de origen. Esa sustitución podría, sin embargo, afectar a su vez la viabilidad del procesamiento previsto en el país de destino final de la remesa. Su utilización requiere un cuidadoso examen previo⁵³⁷. Ahora bien, el empleo de la sustitución parcial en lugar de total puede plantear menos dificultades jurídicas. Por consiguiente, ésta parece ser la variante preferida en la práctica⁵³⁸. En cualquier caso, los encargados de aplicar el artículo 11 deben estudiar la legislación interna existente para determinar si sería apropiado tomar medidas legislativas respecto de esta cuestión⁵³⁹.

11.36 A fin de mejorar las oportunidades de sustitución, total o parcial, es importante que el personal de los organismos de detección y represión tenga acceso a los materiales de sustitución en los lugares donde el proceso de sustitución sea más viable. Se han desarrollado materiales complejos de color, textura, olor y volumen similares a los de los estupefacientes y las sustancias sicotrópicas. Éstos están disponibles en los Estados desarrollados que suelen ser los destinos finales de las drogas. Por otro lado, es menos probable que tengan acceso inmediato a esas sustancias de sustitución las autoridades pertinentes de los Estados donde se origina la remesa de drogas o por donde pasa en tránsito, donde sería mucho más fácil efectuar la sustitución. Evidentemente, la cooperación en virtud del artículo 9 sería valiosa en esos casos.

⁵³⁶Véase, por ejemplo, *Criminal Justice (International Co-operation) Bill: Explanatory Memorandum on the Proposals to Implement the Vienna Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances* (Londres, Home Office, 1990), pág. 30. En el párrafo 3 del artículo 11 se contempla explícitamente el uso de este procedimiento sólo en relación con drogas ilícitas, pero esto tiene aplicaciones evidentes en otros contextos operacionales, incluidos, entre otros, los que comprenden sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II y las grandes remesas de efectivo.

⁵³⁷En algunos casos, quizá sea posible que el Estado de destino inicie actuaciones alternativas basadas en conceptos como la confabulación. Véanse, *supra*, los comentarios al apartado iv) del inciso c) del párrafo 1 del artículo 3.

⁵³⁸Véase, por ejemplo, P. D. Cutting, *loc. cit.*, pág. 18.

⁵³⁹Respecto de la posición adoptada en Portugal, véase el párrafo 4 del artículo 61 del Decreto Ley No. 15/93. Podría ser útil examinar esta cuestión en combinación con un examen de los cambios en los procedimientos y normas probatorios que se requerirían para poder utilizar plena y efectivamente la asistencia prestada en virtud de peticiones de asistencia judicial recíproca con arreglo al artículo 7.

Artículo 12

SUSTANCIAS QUE SE UTILIZAN CON FRECUENCIA EN LA FABRICACIÓN ILÍCITA DE ESTUPEFACIENTES O SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

Comentarios de carácter general

12.1 La premisa subyacente en el artículo 12, relativo a las sustancias que se utilizan con frecuencia en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, es que si se impide que los productores y fabricantes de drogas ilícitas obtengan estas sustancias se logrará una reducción en la fabricación ilícita de drogas. Las sustancias de que trata el artículo no están definidas en la Convención pero están incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II de ésta (véase “Quinta parte” *infra*). El Cuadro I y el Cuadro II contienen diferentes tipos de sustancias: compuestos químicos que son precursores⁵⁴⁰ de estupefacientes y sustancias sicotrópicas; otros productos químicos utilizados principalmente como reactivos⁵⁴¹; y disolventes⁵⁴². En la práctica, el término “precursor” se ha utilizado, no con precisión absoluta, como expresión genérica de todas esas sustancias⁵⁴³ incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II. Las sustancias que no están incluidas en el Cuadro I o el Cuadro II que se pueden utilizar en la fabricación ilícita de drogas pueden quedar comprendidas en el término genérico “materiales” utilizado en el artículo 13 (véanse los párrafos 13.1 y 13.4 *infra*).

12.2 Para comprender el artículo 12 es necesario hacer una breve relación del alcance de los instrumentos anteriores respecto de los dos tipos de sustancias: las que son capaces de transformarse o convertirse en estupefacientes o sustancias sicotrópicas y las otras sustancias comúnmente utilizadas en la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

⁵⁴⁰Un precursor, *stricto sensu*, es una sustancia química que en el proceso de fabricación se incorpora en todo o en parte a la molécula de un estupefaciente o sustancia sicotrópica. En todo proceso de fabricación, el precursor es específico y crítico de la preparación del producto final, pero se pueden utilizar otros precursores para obtener el mismo producto final por otros métodos. El término “precursor inmediato” se suele aplicar a un precursor que está separado del producto final por una sola reacción.

⁵⁴¹Un reactivo es una sustancia química que reacciona, o toma parte en una reacción, con otra sustancia (por lo general un precursor) durante la elaboración o fabricación de un estupefaciente o sustancia sicotrópica. No pasa a formar parte de la estructura molecular del producto final, o contribuye sólo una pequeña parte.

⁵⁴²Un disolvente es una sustancia química líquida que se utiliza para disolver o dispersar una o más sustancias. No reacciona por sí misma con otras sustancias, ni se incorpora a la estructura molecular del producto final. El disolvente se puede utilizar también para purificar el producto final.

⁵⁴³Cabe tener presente que los nombres de las sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II de la Convención de 1988 son sencillamente nombres químicos. Los Cuadros no especifican los isómeros, si existen, que se han de fiscalizar. Puede sostenerse que la Convención abarca todas las formas isoméricas de las sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II, cuando esas formas isoméricas están presentes.

12.3 Con respecto a la primera categoría de sustancias, a partir de la Convención de 1931 se ha incluido una disposición relativa a la fiscalización internacional de ciertos tipos de “sustancias convertibles”. En virtud del artículo 11 de esa Convención, la fiscalización se limitaba a los productos obtenidos de cualquiera de los alcaloides de fenantreno del opio o de los alcaloides de ecgonina de la hoja de coca⁵⁴⁴. Los grandes adelantos en la síntesis de sustancias químicas requirieron disposiciones más completas en la Convención de 1961.

12.4 La Lista I de la Convención de 1961 incluye varias sustancias “que se pueden convertir”, por ejemplo la “ecgonina, sus ésteres y derivados que sean convertibles en ecgonina y cocaína”⁵⁴⁵. En el inciso iii) del párrafo 3 del artículo 3 de esa Convención se autoriza la extensión del ámbito del sistema de fiscalización a cualquier sustancia “que puede ser transformada” en una droga. El número de sustancias que se pueden transformar en estupefacientes es, de hecho, bastante grande y la intención de los autores de la Convención de 1961 fue referirse a las sustancias que los traficantes ilícitos pudieran transformar con relativa facilidad en drogas fiscalizadas. A este respecto, adoptaron la posición de la Asamblea Mundial de la Salud que en 1954 resolvió en su resolución WHA7.7, que tiene un lenguaje similar al de la Convención de 1931, que se “considerará que una sustancia ‘puede ser transformada’ cuando la facilidad y el rendimiento de la transformación constituyan un riesgo para la salud pública, y que en los casos dudosos se considerará que la sustancia en cuestión ‘puede ser transformada’ y no que ‘no puede ser transformada’”⁵⁴⁶.

12.5 En el Convenio de 1971, sin embargo, no se incluyó ninguna disposición comparable. El párrafo 4 del artículo 2 de ese Convenio permite extender la fiscalización de las sustancias para incluir las que son capaces de producir un estado de dependencia y “estimulación o depresión del sistema nervioso central, que tengan como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora o del juicio del comportamiento o de la percepción o del estado de ánimo” o “un uso indebido análogo y efectos nocivos parecidos” a los de una sustancia ya incluida en las Listas I a IV del Convenio. No obstante, esto no incluye a las sustancias que por sí mismas no tienen efectos farmacológicos pero se pueden transformar en sustancias sicotrópicas, como el ácido lisérgico, que se puede transformar fácilmente en (+)-lisérgida⁵⁴⁷. Una de las cuestiones que debieron considerarse en la preparación de la Convención de 1988 era si había que cubrir la brecha que se había creado de esta forma, y cómo.

12.6 Con respecto a la segunda categoría de sustancias a que se refiere el párrafo 12.2 *supra*, los instrumentos de 1961 y 1971 no contienen disposiciones de carácter general sobre sustancias que pueden utilizarse en la fabricación ilícita. En el texto de

⁵⁴⁴Véanse los párrafos 3, 4 y 6 del artículo 11 de la Convención de 1931; y el párrafo 2 del artículo 1 del Protocolo de 1948.

⁵⁴⁵Otros ejemplos son los intermediarios de la metadona, los intermediarios de la petidina y la tebaína, que se pueden convertir fácilmente en drogas que producen dependencia. Respecto de toda esta cuestión, véase la explicación dada por el Presidente de la Comisión II (*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 11a. sesión, párrs. 8 a 14).

⁵⁴⁶Véanse los Comentarios a la Convención de 1961, párrafos 3 a 18 de los comentarios sobre el inciso iii) del artículo 3.

⁵⁴⁷Véanse los Comentarios a la Convención de 1971, párrafos 7 a 9 de los comentarios generales sobre el artículo 2, párrafos 16 a 19 de los comentarios sobre el párrafo 1 del artículo 2, y párrafos 1 a 5 de los comentarios sobre el párrafo 4 del artículo 2.

1961 se dispone que las partes “harán todo lo posible para aplicar las medidas de fiscalización que sean factibles a las sustancias no sujetas a las disposiciones de esta Convención, pero que puedan ser utilizadas para la fabricación ilícita de estupefacientes”⁵⁴⁸. El Convenio de 1971 contiene una disposición similar sobre las sustancias que se pueden utilizar en la fabricación ilícita de sustancias sicotrópicas⁵⁴⁹. Estas disposiciones son vagas, tanto en cuanto a su alcance (ya que, como se señaló durante las negociaciones de la Convención de 1961, el agua era una sustancia que podía utilizarse en la fabricación ilícita de drogas)⁵⁵⁰ como en su referencia a “las medidas de supervisión que sean factibles”.

12.7 Un ejemplo de una sustancia que se examinó ampliamente en este contexto fue el anhídrido acético, utilizado en la transformación de morfina en heroína pero también de uso muy difundido en la industria química con fines totalmente lícitos. Se sostuvo que la determinación de las medidas de fiscalización que eran factibles dependería, entre otras cosas, de si la parte tenía o no tenía industrias químicas y farmacéuticas. Si no existían esas industrias, quizá se pudiera someter la importación o posesión de anhídrido acético a medidas de fiscalización que las partes considerarían impracticables cuando existiesen esas industrias⁵⁵¹.

12.8 Se tropezó con otro factor de complicación respecto de las cuestiones de que trata el artículo 12. Una vez que se ha identificado un precursor, un factor pertinente en la decisión sobre la mejor forma de resolver el problema de la fiscalización es que se pueden utilizar sucedáneos fácilmente para sustituir a ese precursor. Por ejemplo, la efedrina y la pseudoefedrina se pueden sustituir fácilmente por 1-fenil-2-propanona, que se utiliza en la fabricación ilícita de metanfetamina. El ácido fenilacético, que se puede obtener fácilmente para usos lícitos en la industria química, es en sí mismo un precursor de 1-fenil-2-propanona, de modo que el fabricante de drogas ilícitas no está obligado a obtener 1-fenil-2-propanona sino que puede sintetizar ese compuesto durante el proceso de fabricación. Todo esto ilustra la dificultad de determinar cuáles y cuántos de los precursores inmediatos se deben someter a fiscalización.

12.9 La estructura del artículo 12 es bastante compleja. Los párrafos 1 a 8 imponen obligaciones a las partes, principalmente en el contexto de sus propios territorios y ordenamientos jurídicos⁵⁵². Los párrafos 9, 10 y 11 centran la atención en la cooperación internacional. El párrafo 14 trata de ciertas exenciones posibles a la fiscalización. Las disposiciones restantes son de procedimiento; los párrafos 2 a 7 se ocupan de la inclusión o exclusión de sustancias en el Cuadro I y el Cuadro II y los párrafos 12 y 13 tratan de los mecanismos de presentación de informes.

⁵⁴⁸Convención de 1961, párrafo 8 del artículo 2.

⁵⁴⁹Convenio de 1971, párrafo 9 del artículo 2.

⁵⁵⁰Comentarios a la Convención de 1961, párrafo 2 de los comentarios sobre el párrafo 8 del artículo 2.

⁵⁵¹Comentarios a la Convención de 1961, párrafo 3 de los comentarios sobre el párrafo 8 del artículo 2.

⁵⁵²Desde la aprobación de la Convención, las responsabilidades y los requisitos a nivel nacional se han refinado en las resoluciones siguientes: resolución 5 (XXXIV) de la Comisión de Estupefacientes (*Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 1991, Suplemento No. 4 (E/1991/24)*, cap. XIV, secc. A) y resoluciones 1992/29, 1993/40, 1995/20, 1996/29 y 1997/41 del Consejo Económico y Social. El informe anual que publica la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes sobre la aplicación del artículo 12 proporciona una lista actualizada de todas las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas.

Párrafo 1

1. Las Partes adoptarán las medidas que estimen adecuadas para evitar la desviación de las sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II, utilizadas en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, y cooperarán entre ellas con este fin.

Comentarios

12.10 La disposición del párrafo 1 es obligatoria; las partes deben tomar medidas y cooperar entre sí con el fin de evitar la desviación de sustancias del Cuadro I y el Cuadro II (el término “desviación” no se define en la Convención, pero claramente se refiere a la transferencia de sustancias de canales lícitos a canales ilícitos). Se deja un amplio margen de discreción a cada parte para decidir qué medidas “estiman adecuadas” teniendo en cuenta las circunstancias particulares con que se tropiecen. En el ejercicio de esta discreción, las partes deberán reflexionar sobre las prácticas utilizadas por los traficantes ilícitos y los diferentes medios legales, administrativos y de procedimiento disponibles para combatir la desviación.

12.11 Todas las sustancias del Cuadro I y el Cuadro II son fabricadas por empresas legítimas en muchos países para usos industriales y comerciales lícitos. Antes de que se impusieran medidas de fiscalización de estas sustancias, los traficantes podían comprarlas en grandes cantidades de estas fuentes legítimas con un mínimo de investigación por parte de los oficiales de los organismos de represión. Al establecerse medidas de control, los traficantes debieron recurrir a mayores subterfugios para desviar las sustancias de los canales nacionales de distribución legítimos o del comercio internacional; algunos de sus métodos son fraudulentos y otros meramente engañosos. Los métodos con frecuencia se combinan en planes más complejos. Entre los métodos de desviación que se usan más comúnmente figuran los siguientes:

a) Se suele ocultar el hecho de que los traficantes son los verdaderos clientes de una transacción de compra de productos químicos, y esto se hace utilizando testaferros o agentes, o recurriendo a compañías no existentes o creando compañías cuyo ramo comercial parece justificar la compra de los productos químicos;

b) Los traficantes han utilizado empresas legítimas existentes, a las que inducen a comprar productos químicos en su nombre o ejercen intimidación o coerción sobre ellas. La compañía compra entonces más productos químicos fiscalizados de los que realmente necesita para fabricar un producto específico y vende el excedente al traficante; o puede comprar una cantidad del producto químico fiscalizado necesaria para fabricar un producto legítimo y, paralelamente, comprar de otra fuente un producto químico no sometido a fiscalización que puede utilizar en sustitución del sometido a fiscalización. Todos los registros parecerían indicar que el producto químico controlado se utilizó en actividades de fabricación legítimas, cuando de hecho se vendió al traficante y en el producto legítimo se utilizó la sustancia química de sustitución;

c) La adquisición y el envío de precursores requieren varios documentos: contratos de compra, transferencias bancarias y otras pruebas de pago, conocimientos de embarque, autorizaciones de importación y exportación, etc. Se sabe que los traficantes han utilizado documentos que han fraguado o alterado, falsificado, robado o comprado ilícitamente o documentos emitidos a nombre de otra persona. Algunas

veces, los permisos de importación se han utilizado más de una vez para importar cantidades de sustancias químicas mayores que las autorizadas;

d) Las técnicas comúnmente utilizadas para el contrabando de otros artículos se han adaptado al contrabando de sustancias químicas, por ejemplo colocando etiquetas falsas en los contenedores, utilizando compartimentos ocultos en los contenedores, y eludiendo los puntos aduaneros de control. En los documentos de transporte y en las etiquetas los traficantes procuran utilizar nombres genéricos descriptivos, como “disolvente” o “diluyente”, en lugar del nombre de la sustancia química que alertaría a los oficiales de que se trata de una sustancia sometida a fiscalización. El envío de las sustancias químicas a través de rutas complicadas o su elaboración en puertos francos o zonas de libre comercio permite a los traficantes volver a empacar los productos químicos, modificar la documentación y desviar los envíos a otros destinos para ocultar su identidad y el destino final de la remesa. Un problema conexo suele ser el del soborno de oficiales en muchos niveles y en diversas circunstancias.

12.12 Los traficantes aprovechan rápidamente todos los resquicios de las leyes de fiscalización de sustancias químicas. Pueden evitar las investigaciones oficiales si adquieren las sustancias químicas de fuentes de países que todavía no han colocado la sustancia química bajo fiscalización, o las envían a través de intermediarios de esos países. Asimismo, cuando los regímenes de fiscalización tienen cantidades específicas como umbral para cada sustancia fiscalizada, los traficantes pueden evitar estas medidas recurriendo a varias fuentes y adquiriendo de cada una de ellas cantidades inferiores a la cantidad umbral. Hay también muchas sustancias químicas de sustitución que se pueden utilizar en los laboratorios de fabricación de drogas ilícitas. En muchos casos, estos sucedáneos químicos todavía no están sometidos a fiscalización y los traficantes los pueden adquirir sin mayores problemas. Cuando los traficantes tienen fuentes que pueden desviar sustancias químicas, pueden obtener cantidades considerablemente mayores que las que requieren para sus necesidades inmediatas. El almacenamiento de las sustancias químicas excedentes permite a los traficantes producir drogas ilícitas cuando la desviación resulta más difícil o costosa.

12.13 Ante esta situación, las partes deben adoptar todas las medidas que estimen necesarias para prevenir la desviación de sustancias sometidas a fiscalización. Este requisito no se satisface automáticamente con el mero establecimiento de una base jurídica para la fiscalización de las sustancias. Requiere también el establecimiento de un marco administrativo apropiado, mecanismos de trabajo y procedimientos operacionales estándar. La discreción que se da a las partes reconoce que éstas son las que están en mejor situación de evaluar su función particular y las circunstancias relativas a las sustancias desviadas para la fabricación ilícita de drogas. Algunos países fabrican y exportan estas sustancias y sin embargo no tienen en su territorio actividades de fabricación ilícita de drogas. Otros tienen laboratorios ilícitos de drogas pero no fabrican ninguna de las sustancias desviadas. Por último, hay otros que son sólo países de tránsito del comercio internacional y el movimiento de las sustancias. Cualquiera sea su función, sin embargo, todos los países comparten la responsabilidad de impedir la desviación. Dentro de las regiones geográficas, en particular, se deben armonizar las medidas de fiscalización para que las debilidades de un país no perjudiquen los esfuerzos de los países vecinos, donde la fiscalización puede ser más efectiva. En su informe sobre la aplicación del artículo 12, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes incluye recomendaciones sobre las medidas que deben adoptar los gobiernos para prevenir la desviación (véase el párrafo 12.48 *infra*).

12.14 El párrafo 1 se refiere expresamente a la cooperación internacional. El tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas se considera una cuestión de gran importancia internacional, pero la desviación de sustancias utilizadas para producir o fabricar esas drogas tiene una importancia internacional equivalente. Por lo tanto, al determinar las medidas de eliminación de la desviación que se deben adoptar, las partes deben ir más allá de sus intereses nacionales y tener en cuenta los efectos que esas desviaciones pueden tener en los esfuerzos de otros países y en la situación de la desviación de sustancias en todo el mundo. Además, hay que tener presente que el párrafo 8 del artículo 12, que se aplica cuando las sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II se fabrican o distribuyen dentro del territorio de una parte, amplía la obligación de prevenir la desviación.

Párrafo 2

2. Si una de las Partes o la Junta posee datos que, a su juicio, puedan requerir la inclusión de una sustancia en el Cuadro I o el Cuadro II, lo notificará al Secretario General y le facilitará los datos en que se base la notificación. El procedimiento descrito en los párrafos 2 a 7 del presente artículo también será aplicable cuando una de las Partes o la Junta posea información que justifique suprimir una sustancia del Cuadro I o del Cuadro II o trasladar una sustancia de un Cuadro a otro.

Comentarios

12.15 La primera oración del párrafo 2 es similar a la del párrafo 1 del artículo 3 de la Convención de 1961, con la referencia a “la Junta” en sustitución de la referencia a la Organización Mundial de la Salud (OMS). En virtud de este artículo se confieren a la Junta nuevas funciones relacionadas con la posible modificación del alcance de la fiscalización de las sustancias en el Cuadro I y en el Cuadro II.

12.16 El proceso para modificar el Cuadro I y el Cuadro II (que en la práctica todavía se conoce con el nombre de proceso de “inclusión”, término que se deriva del texto de la Convención de 1961), puede ser iniciado por una parte o por la Junta cuando poseen información que, a su juicio, justifique la inclusión de una sustancia en el Cuadro I o el Cuadro II. El mismo procedimiento se aplica también a la exclusión de una sustancia del Cuadro I o el Cuadro II⁵⁵³ o a la transferencia de una sustancia de un Cuadro a otro. Para iniciar el proceso, la parte o la Junta notifica al Secretario General y le facilita la información en apoyo de esa notificación.

Párrafo 3

3. El Secretario General comunicará esa notificación y los datos que considere pertinentes a las Partes, a la Comisión y, cuando la notificación proceda de alguna de las Partes, a la Junta. Las Partes comunicarán al Secretario General sus observaciones acerca de la notificación y toda la

⁵⁵³La falta de indicios de desviación no es en sí misma una base suficiente para iniciar el proceso de exclusión del Cuadro I o el Cuadro II; la falta de indicios de la desviación puede ser consecuencia de la eficacia de la fiscalización.

información complementaria que pueda serle útil a la Junta para elaborar un dictamen y a la Comisión para adoptar una decisión.

Comentarios

12.17 En el párrafo 3 se dispone el procedimiento que se ha de seguir una vez que el Secretario General ha recibido la notificación. En la práctica, el Secretario General transmite la notificación no sólo a las partes en la Convención de 1988 sino a todos los países⁵⁵⁴. El texto indica claramente que se debe proporcionar la información más completa posible en respuesta a la notificación; para realizar la evaluación, la Junta se basa en datos completos de una zona geográfica tan grande como sea posible. De conformidad con los párrafos siguientes del artículo, el proceso conduce a una evaluación de la Junta y a una decisión de la Comisión de Estupefacientes⁵⁵⁵.

Párrafo 4

4. Si la Junta, teniendo en cuenta la magnitud, importancia y diversidad del uso lícito de esa sustancia, y la posibilidad y facilidad del empleo de otras sustancias tanto para la utilización lícita como para la fabricación ilícita de estupefacientes o de sustancias sicotrópicas, comprueba:

a) Que la sustancia se emplea con frecuencia en la fabricación ilícita de un estupefaciente o de una sustancia sicotrópica;

b) Que el volumen y la magnitud de la fabricación ilícita de un estupefaciente o de una sustancia sicotrópica crean graves problemas sanitarios o sociales, que justifican la adopción de medidas en el plano internacional, comunicará a la Comisión un dictamen sobre la sustancia, en el que se señale el efecto que tendría su incorporación al Cuadro I o al Cuadro II, tanto sobre su uso lícito como sobre su fabricación ilícita, junto con recomendaciones de las medidas de vigilancia que, en su caso, sean adecuadas a la luz de ese dictamen.

Comentarios

12.18 En virtud del párrafo 4, la Junta debe preparar y enviar a la Comisión un dictamen sobre la sustancia que es objeto de la notificación; el dictamen debe incluir información sobre el efecto probable de la adición de la sustancia al Cuadro I o al Cuadro II, tanto sobre el uso lícito como sobre la fabricación ilícita. La Junta debe también hacer recomendaciones sobre las medidas de vigilancia, si procediesen, que serían apropiadas a la luz de ese dictamen.

12.19 Para ayudar a elaborar el dictamen, la Junta ha establecido un Grupo Asesor de Expertos encargado de estudiar las sustancias en examen. En su decisión 48/26,

⁵⁵⁴Véase "Inclusión de sustancias en los Cuadros en virtud del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988: la función de la JIFE y mandato, directrices y reglamento para el Grupo Asesor de Expertos de la Junta" (INCB/WP.1/Rev.1), párr. 3.

⁵⁵⁵Véase el párrafo 7 del artículo 12, relativo a la revisión de las decisiones de la Comisión.

por la que estableció el Grupo Asesor de Expertos, la Junta se refirió a la necesidad de contar con un grupo especial de expertos externos similar al establecido por la OMS para las funciones de inclusión que le corresponden en virtud de la Convención de 1961 y el Convenio de 1971.

12.20 Las directrices de la Junta⁵⁵⁶ para el examen de las sustancias en virtud del párrafo 4 del artículo 12 determinan los factores que se deben considerar. Cuando el Grupo Asesor de Expertos (y más tarde la Junta) hace una evaluación para determinar si el volumen y la difusión de la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas relacionada con la sustancia en examen crea problemas sociales o de salud pública graves que justifican la fiscalización internacional, debe considerar lo siguiente: la situación de la fiscalización internacional de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, los problemas sociales y de salud pública causados por la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, con referencia a las decisiones sobre inclusión en las listas de la Comisión de Estupefacientes, las evaluaciones de la OMS y cualquier otra información reciente suplementaria de los informes de la Comisión y la OMS⁵⁵⁷; las tendencias en la fabricación y el tráfico ilícitos del estupefaciente o la sustancia sicotrópica desde que se sometieron a fiscalización, particularmente con referencia al volumen, la difusión, la frecuencia y la fuente de decomisos del estupefaciente o la sustancia sicotrópica; y la situación actual del uso indebido del estupefaciente o la sustancia sicotrópica⁵⁵⁸.

12.21 Sobre la base de las conclusiones del Grupo Asesor de Expertos, la Junta determina primero, en la medida de lo posible basándose en la información disponible, los problemas sociales y de salud pública relacionados con la fabricación ilícita del estupefaciente o la sustancia sicotrópica relacionados con la sustancia en examen. Debe considerar si el volumen y la difusión (incluido el número de Estados involucrados) de la fabricación ilícita de ese estupefaciente o esa sustancia sicotrópica crean problemas sociales o de salud pública suficientemente graves como para justificar la intervención internacional. Debe examinar luego la importancia y frecuencia del uso de la sustancia en examen en la fabricación ilícita de drogas, teniendo también en cuenta la posibilidad y la facilidad de utilizar sucedáneos⁵⁵⁹. La Junta debe

⁵⁵⁶INCB/WP.1/Rev.1

⁵⁵⁷La Junta no tiene que hacer una evaluación totalmente nueva de los problemas sociales y de salud pública sino que puede basarse en los exámenes de la OMS y en las medidas de inclusión en las listas tomadas por la Comisión, suplementadas con información actualizada, si la hubiere.

⁵⁵⁸Véase el párrafo 6 de las directrices (INCB/WP.1/Rev.1).

⁵⁵⁹Los factores que se deben tener en cuenta durante el proceso incluyen, aunque no con carácter exhaustivo, los siguientes:

- a) La función de la sustancia química y la facilidad de su uso, así como el empleo efectivo de la sustancia en el proceso de fabricación ilícita de drogas;
- b) El número y los tipos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas que se fabrican ilícitamente utilizando la sustancia y el número de métodos o procesos químicos diferentes que realmente se usan en la fabricación ilícita de drogas;
- c) El volumen y la frecuencia de los decomisos, el origen geográfico de los materiales decomisados e incautados y la diversidad de las rutas de tráfico y las prácticas en relación con la sustancia en examen;
- d) El número y la idoneidad química de los sucedáneos disponibles de la sustancia en examen y que de hecho se han utilizado en la fabricación de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, la frecuencia de los informes sobre su uso, y la facilidad de conversión y la conversión efectiva de sucedáneos o sustancias químicamente relacionadas con la sustancia en examen.

considerar los efectos de la inclusión en las listas sobre los usos comerciales e industriales legítimos de las sustancias, así como sobre la fabricación ilícita de drogas, examinando la magnitud, importancia y diversidad del uso de esa sustancia, y la posibilidad y conveniencia de emplear otras sustancias tanto para fines lícitos como ilícitos.

Párrafo 5

5. La Comisión, teniendo en cuenta las observaciones presentadas por las Partes y las observaciones y recomendaciones de la Junta, cuyo dictamen será determinante en cuanto a los aspectos científicos, y tomando también debidamente en consideración otros factores pertinentes, podrá decidir, por una mayoría de dos tercios de sus miembros, incorporar una sustancia al Cuadro I o al Cuadro II.

Comentarios

12.22 Una vez finalizado su examen, la Junta comunica las conclusiones de su evaluación a la Comisión de Estupefacientes. La Comisión, teniendo en cuenta los comentarios presentados por las partes y cualquier otro factor pertinente, examina luego los comentarios y las recomendaciones de la Junta. En lo que se refiere a los aspectos científicos, el dictamen de la Junta es determinante, así como lo es el dictamen de la OMS respecto de los aspectos médicos y científicos para la inclusión en las listas de sustancias sicotrópicas⁵⁶⁰. La mayoría calificada de dos tercios para la decisión de la Comisión de incluir una sustancia en el Cuadro I o el Cuadro II es la misma que se requiere para la inclusión de sustancias sicotrópicas⁵⁶¹. En ambos casos, la mayoría de dos tercios se refiere al total de miembros de la Comisión, independientemente del número de miembros que participan en la votación⁵⁶². Por el contrario, ante la falta de una disposición especial en la Convención de 1961, las decisiones de inclusión de estupefacientes se toman por mayoría simple de miembros presentes y votantes de la Comisión, de conformidad con el artículo 58 del reglamento de las comisiones funcionales del Consejo Económico y Social⁵⁶³.

Párrafos 6 y 7

6. Toda decisión que tome la Comisión de conformidad con el presente artículo será notificada por el Secretario General a todos los Estados y a otras entidades que sean Partes en la presente Convención o puedan llegar a serlo y a la Junta. Tal decisión surtirá pleno efecto respecto de cada una de las Partes a los 180 días de la fecha de la notificación.

⁵⁶⁰Convención de 1971, párrafo 5 del artículo 2.

⁵⁶¹Convenio de 1971, párrafo 2 del artículo 17.

⁵⁶²Véanse los Comentarios al Convenio de 1971, párrafos 1 y 2 de los comentarios sobre el párrafo 2 del artículo 17.

⁵⁶³E/5975/Rev.1; véanse los Comentarios al Convenio de 1971, párrafo 3 de los comentarios sobre el párrafo 2 del artículo 17.

7. a) Las decisiones de la Junta adoptadas con arreglo al presente artículo estarán sujetas a revisión por el Consejo, cuando así lo solicite cualquiera de las Partes dentro de un plazo de 180 días contados a partir de la fecha de la notificación de la decisión. La solicitud de revisión será presentada al Secretario General junto con toda la información pertinente en que se base dicha solicitud de revisión.

b) El Secretario General transmitirá copias de la solicitud de revisión y de la información pertinente a la Comisión, a la Junta y a todas las Partes, invitándolas a presentar sus observaciones dentro del plazo de noventa días. Todas las observaciones que se reciban se comunicarán al Consejo para que éste las examine.

c) El Consejo podrá confirmar o revocar la decisión de la Comisión. La notificación de la decisión del Consejo se transmitirá a todos los Estados y a otras entidades que sean Partes en la presente Convención o que puedan llegar a serlo, a la Comisión y a la Junta.

Comentarios

12.23 En los párrafos 6 y 7 se establecen los procedimientos que rigen la comunicación de las decisiones de la Comisión y el derecho de una parte de pedir la revisión de la decisión. El artículo 3 de la Convención de 1961 y el artículo 2 del Convenio de 1971⁵⁶⁴ contienen disposiciones similares sobre la comunicación de las decisiones de incluir sustancias en las listas y peticiones de revisión. En virtud de ambos instrumentos, el Secretario General debe comunicar las decisiones de la Comisión “a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, a los Estados no miembros que sean Parte en la Convención, a la Organización Mundial de la Salud y a la Junta”. El párrafo 6 del presente artículo se refiere en cambio a “todos los Estados y otras entidades que sean Partes en la presente Convención o puedan llegar a serlo”. La expresión “otras entidades” abarca las organizaciones regionales de integración económica que tienen derecho a firmar la Convención y a ser parte en ella, mediante un acto de confirmación formal⁵⁶⁵. El párrafo 7 del artículo 12 sigue muy de cerca al párrafo 8 del artículo 2 del Convenio de 1971. Por lo tanto, los comentarios sobre esa disposición del Convenio de 1971 serán pertinentes, *mutatis mutandis*. Cabe tener presente que la decisión cuya revisión se ha solicitado sigue en vigor hasta el dictamen dimanante de la revisión.

Párrafo 8

8. a) Sin perjuicio de las disposiciones de carácter general del párrafo 1 del presente artículo y de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada y en el Convenio de 1971,

⁵⁶⁴Véanse los Comentarios a la Convención de 1961, comentarios sobre los párrafos 7 y 8 del artículo 3; y los Comentarios al Convenio de 1971, comentarios sobre los párrafos 7 y 8 del artículo 2.

⁵⁶⁵Véase el artículo 27.

las Partes tomarán las medidas que estimen oportunas para vigilar la fabricación y la distribución de sustancias que figuren en los Cuadros I y II que se realicen dentro de su territorio.

b) Con este fin las Partes podrán:

- i) Controlar a todas las personas y empresas que se dediquen a la fabricación o la distribución de tales sustancias;
- ii) Controlar bajo licencia el establecimiento y los locales en que se realicen las mencionadas fabricación o distribución;
- iii) Exigir que los licenciatarios obtengan la autorización para realizar las mencionadas operaciones;
- iv) Impedir la acumulación en posesión de fabricantes y distribuidores de cantidades de esas sustancias que excedan de las que requieran el desempeño normal de las actividades comerciales y las condiciones prevalecientes en el mercado.

Comentarios

12.24 Se recordará que, en virtud del párrafo 1 del presente artículo, las partes deben tomar las medidas que estimen adecuadas para evitar la desviación de sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II utilizadas en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas y, a tal efecto, deben cooperar entre sí. El párrafo 8 amplía esta responsabilidad de carácter general y enumera algunas medidas específicas que las partes deben tomar.

12.25 En virtud del párrafo 8, las partes deben tomar las medidas que estimen apropiadas para vigilar la fabricación y distribución⁵⁶⁶ de sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II que se realicen en su territorio⁵⁶⁷. La finalidad de este requisito es suprimir la desviación, de las actividades de fabricación y distribución internas, de sustancias que podrían utilizarse para la fabricación ilícita de drogas dentro del territorio de la parte o que se podrían llevar de contrabando a otros países para su uso en laboratorios ilícitos. Esto normalmente comprenderá la aplicación de controles reglamentarios sobre el comercio y la industria legítimos, junto con medidas para detectar casos existentes o potenciales de desviación y el establecimiento de las medidas correctivas apropiadas.

12.26 El párrafo 8 ofrece varias opciones para el control de la fabricación y la distribución internas. En el caso de algunas partes, podría considerarse innecesario establecer un sistema amplio de licencias de fabricación a diferencia de la distribución; puede también que los requisitos relativos a las licencias para el control de los locales y los permisos para el control de las operaciones no sean apropiados en el sistema

⁵⁶⁶Esto incluye la distribución interna de sustancias que se han importado.

⁵⁶⁷En el párrafo 9 se establecen requisitos paralelos de vigilancia y fiscalización del comercio internacional de sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II.

administrativo de una parte. Como en el caso del párrafo 1 del artículo, sin embargo, las partes están obligadas en cierto grado y deben adoptar todas las medidas que pudieran parecer apropiadas (véase el párrafo 12.10 *supra*). Por consiguiente, las partes deben evaluar continuamente sus actividades relacionadas con la desviación de sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II y modificar sus medidas de control según corresponda. De conformidad con el artículo 3, se deben aplicar sanciones penales a la comisión intencional de delitos relacionados con la desviación de las sustancias.

12.27 Los controles reglamentarios deben incluir la obligación de los operadores de sustancias químicas (incluidos los fabricantes, importadores, exportadores, vendedores al por mayor y vendedores al por menor) de identificar a los compradores, llevar registros y ponerlos a disposición de las autoridades, notificar a las autoridades de toda orden de compra sospechosa y de la pérdida o desaparición de sustancias, y pedir a las autoridades que emitan permisos para tipos específicos de transacciones. Las autoridades competentes deben tener facultades para inspeccionar los registros y los locales de esos operadores de sustancias químicas, denegar o revocar licencias y permisos con motivos razonables, suspender o decomisar envíos de sustancias sobre la base de pruebas de posible desviación, efectuar operaciones de entrega vigilada de sustancias, y emplear cualquier otra medida de investigación que consideren apropiada.

12.28 Dado que los párrafos 8 y 9 están en la práctica estrechamente relacionados entre sí, en la sección siguiente figuran comentarios detallados adicionales sobre posibles medidas de control.

Párrafo 9

9. Cada una de las Partes adoptará, con respecto a las sustancias que figuren en el Cuadro I y el Cuadro II, las siguientes medidas:

a) Establecer y mantener un sistema para vigilar el comercio internacional de sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II a fin de facilitar el descubrimiento de operaciones sospechosas. Esos sistemas de vigilancia deberán aplicarse en estrecha cooperación con los fabricantes, importadores, exportadores, mayoristas y minoristas, que deberán informar a las autoridades competentes sobre los pedidos y operaciones sospechosos.

b) Disponer la incautación de cualquier sustancia que figure en el Cuadro I o el Cuadro II si hay pruebas suficientes de que se ha de utilizar para la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas.

c) Notificar, lo antes posible, a las autoridades y servicios competentes de las Partes interesadas si hay razones para presumir que la importación, la exportación o el tránsito de una sustancia que figura en el Cuadro I o el Cuadro II se destina a la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, facilitando, en particular, información sobre

los medios de pago y cualesquiera otros elementos esenciales en los que se funde esa presunción.

d) Exigir que las importaciones y exportaciones estén correctamente etiquetadas y documentadas. Los documentos comerciales, como facturas, manifiestos de carga, documentos aduaneros y de transporte y otros documentos relativos al envío, deberán contener los nombres, tal como figuran en el Cuadro I o el Cuadro II, de las sustancias que se importen o exporten, la cantidad que se importe o exporte y el nombre y la dirección del importador, del exportador y, cuando sea posible, del consignatario.

e) Velar por que los documentos mencionados en el inciso *d)* sean conservados durante dos años por lo menos y puedan ser inspeccionados por las autoridades competentes.

Comentarios

12.29 A diferencia de las medidas enunciadas en el inciso *b)* del párrafo 8, las medidas incluidas en el párrafo 9 son obligatorias para todas las partes. El párrafo se refiere en gran parte al comercio internacional. Cabe tener presente, sin embargo, que el inciso *b)* del párrafo 9, relativo a los decomisos, está redactado en términos generales y no contiene ningún requisito de que la sustancia de que se trate tenga que haber sido objeto del comercio internacional.

12.30 Además de la disposición sobre incautación del inciso *b)*, el párrafo 9 trata de otras tres cuestiones. La primera, que se trata en el inciso *a)*, es el establecimiento de un sistema para vigilar el comercio internacional de sustancias que figuran en el Cuadro I o el Cuadro II de la Convención de 1988. El texto está redactado como una obligación impuesta a fabricantes, importadores, exportadores, mayoristas y minoristas de informar a las autoridades competentes sobre los pedidos y transacciones sospechosos. Dado que la propia Convención, por supuesto, sólo puede imponer obligaciones a las partes, la intención clara es que la legislación nacional de aplicación de la Convención imponga esa obligación. El texto refleja también el hecho de que todo sistema de vigilancia efectivo requiere de hecho la estrecha cooperación de fabricantes, importadores, exportadores, mayoristas y minoristas. Esto implica que las autoridades competentes deben establecer y mantener enlaces con los elementos apropiados de la industria química mediante corrientes de información en los dos sentidos, para que las autoridades se puedan familiarizar con la naturaleza de la industria y sus prácticas y puedan proporcionar a ésta la información sobre los requisitos reglamentarios y las expectativas de cumplimiento. A este respecto, es importante observar que las Naciones Unidas mantienen una lista de fabricantes nacionales de estupefacientes, sustancias sicotrópicas y otras sustancias incluidas en el Cuadro I y en el Cuadro II de la Convención, que se publica todos los años en una colección con la signatura ST/NAR.4.

12.31 Las autoridades competentes, por lo tanto, deben contar con inteligencia estratégica sobre la industria química y sobre la naturaleza y la magnitud de la desviación. Mediante estudios, requisitos de registro u otros medios deben identificar a las

compañías que participan en la fabricación, distribución e importación y exportación de las sustancias, y establecer acceso a los datos de los organismos de detección y represión sobre las cantidades y los tipos de las sustancias desviadas que se incautaron en laboratorios clandestinos y sobre otras actividades, métodos de desviación y procesos de fabricación ilícita de drogas⁵⁶⁸. Estos requisitos son también pertinentes para los sistemas de fiscalización de la fabricación y distribución internas establecidos en el párrafo 8.

12.32 Las autoridades de un país exportador tienen la obligación, derivada del párrafo 1 del artículo 12, de adoptar las medidas que estimen necesarias para evitar la desviación de las exportaciones hacia el tráfico ilícito. Esta responsabilidad puede ir más allá de una mera notificación de la exportación de una sustancia a las autoridades de un país importador, de conformidad con el inciso c) del párrafo 9. Por ejemplo, las autoridades del país exportador quizá deseen hacer una determinación independiente de la legitimidad de la remesa. Otras partes quizá puedan prestar asistencia suministrando información a las autoridades del país exportador acerca de la legitimidad de la remesa. Además, las actividades de verificación previas al embarque y el intercambio de información a nivel internacional para prevenir la desviación de sustancias químicas hacia la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas pueden ser coordinados recurriendo a los servicios de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes.

12.33 La segunda cuestión, que se trata en el inciso c) del párrafo 9, constituye un aspecto fundamental de la cooperación internacional que se requiere en virtud del párrafo 1, es decir, la notificación de las transacciones sospechosas a las autoridades competentes de otras partes. La obligación es de notificar, lo antes posible⁵⁶⁹, a las autoridades y los servicios competentes de las partes interesadas (incluida la parte en la que se importa la sustancia, o desde la que se exporta, y los Estados de tránsito en la ruta que tome) si hay razones para creer que una sustancia incluida en el Cuadro I o en el Cuadro II que es importada, exportada o pasa en tránsito está destinada a la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas. La obligación es de notificar ese hecho, pero el inciso especifica también el suministro de ciertos datos particulares. En efecto, el Estado notificador debe declarar los hechos en que se basa su sospecha de que la transacción es con fines ilícitos. Las autoridades del país importador deben utilizar la información que reciben para investigar cuidadosamente a los importadores y a los consignatarios que participan en la importación de las sustancias pertinentes y deben proporcionar a las autoridades del país exportador toda la información que obtengan a ese respecto; esto está implícito en la noción general de cooperación internacional.

12.34 El texto del inciso c) del párrafo 9 debe leerse junto con el del párrafo 10, que va un paso más adelante pero sólo respecto de las sustancias incluidas en el Cuadro I; cuando lo pide una parte importadora determinada, se le debe informar de toda importación a su territorio de cualquier sustancia, haya o no circunstancias sospecho-

⁵⁶⁸Véanse las "Directrices para el uso de las autoridades nacionales a fin de evitar la desviación de precursores y productos químicos esenciales", de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, y el informe anual de la Junta sobre la aplicación del artículo 12.

⁵⁶⁹Compárese el inciso a) del párrafo 10, en virtud del cual la información debe suministrarse antes de la exportación de la sustancia.

sas. En lo que respecta a la extensión informal de este requisito a las sustancias del Cuadro II, véase el párrafo 12.38 *infra*.

12.35 La tercera cuestión, que se trata en los incisos *d)* y *e)* del párrafo 9, se refiere a la documentación. Todas las partes deben exigir que las importaciones y exportaciones de sustancias incluidas en el Cuadro I o el Cuadro II estén correctamente etiquetadas y documentadas. En lo que se refiere a los documentos comerciales como facturas, manifiestos de carga, documentos aduaneros y de transporte y otros documentos relativos al envío, el inciso *d)* especifica que es esencial que contengan los nombres, tal como figuran en el Cuadro I o el Cuadro II, de las sustancias que se importan o exportan, la cantidad que se importa o exporta y el nombre y la dirección del exportador, del importador y, cuando sea posible, del consignatario. La legislación nacional puede considerar conveniente exigir otra información, por ejemplo, los nombres de los intermediarios, la ruta que sigue cada remesa, incluidos las fechas y los lugares previstos de la exportación, el traspaso y la importación; y los gobiernos quizá deseen también utilizar los códigos específicos del Sistema Armonizado de la Nomenclatura Aduanera de la Organización Mundial de Aduanas, a fin de facilitar la referencia a las sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II. En virtud del inciso *e)*, las partes deben velar por que los documentos comerciales sean “conservados” por un período de no menos de dos años y “puedan ser inspeccionados por las autoridades competentes”. En el texto inglés, hubiera sido mejor sustituir la palabra “*maintained*” por la palabra “*retained*” o “*kept*” (en el texto francés se utiliza la palabra “*conservés*”), y la frase “*and may be made available*” por la frase “*and kept available*”, a fin de evitar la sugerencia de que la palabra “*may*” indica una opción⁵⁷⁰.

Párrafo 10

10. *a)* Además de lo dispuesto en el párrafo 9, y a petición de la parte interesada dirigida al Secretario General, cada una de las Partes de cuyo territorio se vaya a exportar una de las sustancias que figuran en el Cuadro I velará porque, antes de la exportación, sus autoridades competentes proporcionen la siguiente información a las autoridades competentes del país importador:

- i) El nombre y la dirección del exportador y del importador y, cuando sea posible, del consignatario;
- ii) El nombre de la sustancia que figura en el Cuadro I;
- iii) La cantidad de la sustancia que se ha de exportar;
- iv) El punto de entrada y la fecha de envío previstos;
- v) Cualquier otra información que acuerden mutuamente las Partes.

b) Las Partes podrán adoptar medidas de fiscalización más estrictas o rigurosas que las previstas en el presente párrafo si, a su juicio, tales medidas son convenientes o necesarias.

⁵⁷⁰Compárese con el texto francés: “*tenus à la disposition des autorités compétentes pour examen*”.

Comentarios

12.36 Las palabras introductorias del inciso *a*) originalmente propuesto a la Conferencia decían lo siguiente:

“Además de lo dispuesto en el párrafo 9, cada una de las Partes de cuyo territorio se vaya a exportar una de las sustancias que figuran en [la Lista I]⁵⁷¹ velará porque, antes de esa exportación, sus autoridades competentes proporcionen la siguiente información a las autoridades competentes del país importador:”

Esta propuesta tropezó con considerable oposición, sobre todo de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea⁵⁷². La crítica principal iba dirigida al requisito de que la información se suministrase cada vez que se fuese a exportar una sustancia, aun cuando no hubiera motivos para sospechar que se fuera a utilizar con fines ilícitos. Había un considerable comercio internacional en muchas de las sustancias con fines totalmente legítimos, como el uso de la efedrina en la fabricación de medicamentos. Se sugirió que debía haber un sistema de información selectiva, aplicado quizás a las sustancias enunciadas tanto en el Cuadro I como en el Cuadro II, pero sólo en casos en que hubiere sospechas de la intención de uso ilícito. Esto, sin embargo, hubiera agregado poco, si alguna cosa, a la obligación establecida en virtud del inciso *c*) del párrafo 9.

12.37 Tras extensos debates, se aprobó el texto actual. Como se ve, está limitado a las sustancias enunciadas en el Cuadro I y obliga a la parte exportadora a proporcionar información respecto de toda transacción de exportación sólo cuando se lo pida el país importador en una comunicación al Secretario General. Esto asegura que las partes que tengan dificultades para vigilar las importaciones de sustancias incluidas en el Cuadro I y pidan información amplia puedan obtenerla. El apartado *v*) del inciso *a*) refuerza esta disposición permitiendo a las partes interesadas añadir información a la especificada en el inciso.

12.38 El inciso *b*) dispone que las partes podrán adoptar medidas más estrictas o rigurosas que las previstas en el párrafo 10 si, a su juicio, tales medidas son convenientes o necesarias para prevenir la desviación de sustancias incluidas en el Cuadro I. En la resolución 1995/20 del Consejo Económico y Social, sobre medidas para fortalecer la cooperación internacional para prevenir la desviación de sustancias incluidas en el Cuadro I, se disponen otras medidas específicas relacionadas con el intercambio de información en virtud del párrafo 10. Cabe tener presente también que una parte puede, en virtud de lo dispuesto en el artículo 24, adoptar medidas de fiscalización más estrictas que las previstas en el artículo 12. De esta forma, una parte puede pedir que se envíe una notificación previa a la exportación respecto de algunas o todas las sustancias incluidas en el Cuadro II. Varios Estados han hecho ese tipo de petición y, en esos casos, el Secretario General informa a todos los gobiernos de que, a petición del gobierno notificante, se requiere también una notificación previa a la exportación respecto de las sustancias incluidas en el Cuadro II. En el informe anual que publica la Junta sobre la aplicación del artículo 12 se enumeran todos los Estados que han hecho esa petición con respecto a las sustancias incluidas en el Cuadro II.

⁵⁷¹En esa etapa se denominaba “Lista A”.

⁵⁷²*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 10a. sesión, párrs. 8 a 47, y 11a. sesión, párrs. 1 a 25.

Párrafo 11

11. Cuando una de las Partes facilite información a otra Parte con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 9 y 10 del presente artículo, la Parte que facilita tal información podrá exigir que la Parte que la reciba respete el carácter confidencial de los secretos industriales, empresariales, comerciales o profesionales o de los procesos industriales que contenga.

Comentarios

12.39 Aunque la Conferencia rechazó una propuesta que hubiera permitido a una parte negarse a suministrar información que hubiera revelado procesos comerciales o secretos profesionales, comerciales o de negocios⁵⁷³, acordó que las partes que suministraran esa información podían requerir a la parte que la recibiera que mantuviera su carácter confidencial. La confidencialidad debe mantenerse de tal forma que facilite la cooperación y no obstaculice el intercambio de información.

Párrafo 12

12. Cada una de las Partes presentará anualmente a la Junta, en la forma y de la manera que ésta disponga y en los formularios que ésta suministre, información sobre:

- a) Las cantidades incautadas de sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II y, cuando se conozca, su origen;
- b) Cualquier sustancia que no figure en el Cuadro I o el Cuadro II pero de la que se sepa que se emplea en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas y que, a juicio de esa Parte, sea considerada lo bastante importante para ser señalada a la atención de la Junta;
- c) Los métodos de desviación y de fabricación ilícita.

Comentarios

12.40 El párrafo 12 dispone que las partes deben presentar informes anuales a la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes y determina la información específica que se debe suministrar. Las partes proporcionan esa información llenando un formulario titulado “Información anual sobre sustancias utilizadas frecuentemente en la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, actualmente denominado “formulario D”. Deben proporcionar información adicional apropiada, por ejemplo sobre remesas detenidas o suspendidas, envíos cancelados voluntariamente, incautación de laboratorios clandestinos y otros tipos de información que indiquen desviación. Se pide también a las partes que proporcionen, con carácter voluntario, datos sobre comercio y usos lícitos de sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II. En el párrafo 12.54 hay más detalles sobre el valor de esa

⁵⁷³Ibíd., 15a. sesión, párrs. 1 a 14.

información, y en el párrafo 12.55 *infra* sobre la retroinformación de carácter práctico del anexo al “formulario D” (“lista roja”).

Párrafo 13

13. La Junta informará anualmente a la Comisión sobre la aplicación del presente artículo, y la Comisión examinará periódicamente la idoneidad y la pertinencia del Cuadro I y del Cuadro II.

Comentarios

12.41 En virtud de la Convención de 1961 y el Convenio de 1971⁵⁷⁴, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes presenta un informe anual sobre su labor al Consejo Económico y Social por conducto de la Comisión de Estupefacientes. El primero de esos informes se presentó en 1968 y, a lo largo de los años, se ha hecho costumbre que el informe anual de la Junta refleje también las tendencias generales de la situación internacional con respecto al uso indebido y el tráfico ilícito de drogas, sobre la base de la información de que disponga la Junta. El informe que se pide en virtud del párrafo 13 del artículo 12 de la Convención de 1988 se publica como suplemento del informe anual de la Junta⁵⁷⁵.

12.42 La obligación de la Comisión de Estupefacientes de examinar la idoneidad y la pertinencia del Cuadro I y el Cuadro II es independiente del procedimiento que sigue la Comisión en virtud de los párrafos 3 a 6 del presente artículo con respecto al proceso de inclusión en los Cuadros. Si durante uno de esos exámenes la Comisión opina que se requieren ajustes en cualquiera de los Cuadros, debe señalarlo a la atención de la Junta⁵⁷⁶. La Junta puede entonces decidir si inicia el proceso de inclusión, modificación o supresión de sustancias de cualquiera de los Cuadros, como se dispone en el párrafo 2 del artículo 12.

Párrafo 14

14. Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a los preparados farmacéuticos ni a otros preparados que contengan sustancias que

⁵⁷⁴Convención de 1961, artículo 15, y Convenio de 1971, artículo 18.

⁵⁷⁵El informe anual de la Junta tiene actualmente tres suplementos que se refieren, respectivamente, a los estupefacientes, las sustancias sicotrópicas y los precursores. Por ejemplo, el *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 1997* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.98.XI.1) tenía los siguientes informes técnicos como suplementos:

a) *Estupefacientes: Previsiones de las necesidades mundiales para 1998; estadísticas de 1996* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.98.XI.2);

b) *Sustancias sicotrópicas: Estadísticas de 1996; previsiones de las necesidades para fines médicos y científicos de las sustancias de las Listas II, III y IV* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.98.XI.3);

c) *Precursores y productos químicos frecuentemente utilizados para la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas: Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 1997 sobre la aplicación del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.98.XI.4).

⁵⁷⁶El inciso c) del artículo 21, titulado “Funciones de la Comisión”, estipula que la Comisión “podrá señalar a la atención de la Junta cualquier cuestión que tenga relación con las funciones de la misma”.

figuran en el Cuadro I o el Cuadro II y que estén compuestos de forma tal que esas sustancias no puedan emplearse o recuperarse fácilmente por medios de sencilla aplicación.

Comentarios

12.43 Los instrumentos anteriores contenían disposiciones que eximían, por lo menos de algunas de las medidas de fiscalización, a ciertos preparados que contenían una sustancia sometida a fiscalización cuando esa sustancia no se podía recuperar fácilmente del preparado⁵⁷⁷. Los primeros borradores de la Convención de 1988 no contenían ninguna disposición similar⁵⁷⁸. Como resultado de las consultas celebradas en una reunión del grupo de expertos intergubernamentales de composición abierta celebrada en junio y julio de 1987, se añadió un nuevo párrafo para excluir de las medidas de fiscalización de lo que iba a ser el artículo 12 a los “preparados de uso terapéutico” que contuvieran sustancias incluidas en el Cuadro I o el Cuadro II⁵⁷⁹. En la segunda reunión del grupo de expertos, celebrada en octubre de 1987, se expresó la opinión de que la exención no debía limitarse a los preparados para uso terapéutico “ya que había otros preparados que tenían también usos industriales legítimos”⁵⁸⁰. Al ampliar la base de la exención se acordó añadir, como calificación, que los preparados no farmacéuticos estuviesen “compuestos de forma tal que esas sustancias no puedan usarse o recuperarse fácilmente por medios de aplicación sencilla en cantidad suficiente como para permitir la elaboración o fabricación ilícita apreciable de un estupefaciente o de una sustancia sicotrópica”⁵⁸¹. Ese texto, con la subsiguiente supresión en la Conferencia de la última frase que comienza con las palabras “en cantidad suficiente” fue el que se adoptó en definitiva⁵⁸².

12.44 A diferencia de los instrumentos de 1961 y 1971, el término “preparado” no se define, quizá intencionalmente, en la Convención de 1988. Si la noción de un preparado farmacéutico resulta suficientemente clara, el uso del mismo término “preparado” para referirse a lo que de otra forma podría conocerse como productos industriales o comerciales ha puesto en tela de juicio las intenciones de los artífices del texto. De hecho, los otros preparados no farmacéuticos abarcan un conjunto de mercancías que van desde los removedores de esmalte de uñas y diluyentes de pintura hasta las mezclas, soluciones y aglomerados comerciales utilizados con fines tan diversos como los sistemas de purificación de agua y la limpieza industrial. Se ha sostenido que la frase de calificación que comienza con las palabras “compuestos de forma tal” se aplica sólo a estos otros preparados y no a los de uso terapéutico. Si bien el historial de la redacción (véase el párrafo 12.43 *supra*) confirma que la frase

⁵⁷⁷Convención de 1961, párrafo 4 del artículo 3, y Lista III, y Convenio de 1971, párrafo 2 del artículo 3.

⁵⁷⁸Véase, por ejemplo, el proyecto de artículo 8 (más tarde artículo 12) preparado por la Secretaría para el grupo de expertos intergubernamentales de composición abierta (DND/DCIT/WP.1, párrs. 93 y 94).

⁵⁷⁹Informe provisional de la reunión del grupo de expertos intergubernamentales de composición abierta sobre la preparación de un proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (DND/DCIT/WP.12), pág. 28.

⁵⁸⁰*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CN.7/1988/2 (segunda parte), párr. 196.

⁵⁸¹*Ibíd.*, documento E/CONF.82/3, pág. 89.

⁵⁸²*Ibíd.*, documento E/CONF.82/12, párr. 20; y *Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 16a. sesión, párrs. 28 a 37.

no figuraba en el texto original, que se limitaba a los preparados farmacéuticos, la lógica parece indicar que los preparados farmacéuticos para uso terapéutico también deben estar compuestos de forma tal que las sustancias del Cuadro I y el Cuadro II que contengan no se puedan recuperar fácil o económicamente⁵⁸³. Como se menciona en el párrafo 12.43 *supra*, en la Convención de 1961 y el Convenio de 1971 se utilizan palabras semejantes en un contexto similar; y si bien en el momento en que se negoció la Convención la compra de esos preparados para su desviación en gran escala todavía no se había comprobado, posteriormente se ha producido. Por consiguiente, parecería más apropiado no eximir a ningún preparado farmacéutico que contenga una sustancia del Cuadro I o el Cuadro II que pueda utilizarse fácilmente para la fabricación ilícita de drogas.

12.45 Como ya se señaló, el término “preparado” no se define en la Convención, pero la estructura del texto refleja el supuesto de que un preparado no farmacéutico es algo “compuesto”. Los productos naturales que puedan contener sustancias del Cuadro I o el Cuadro II⁵⁸⁴ parecerían no ser “preparados” en ese sentido y, por lo tanto, no estarían comprendidos en la exclusión creada por el párrafo 14.

Consideraciones relativas a la aplicación: artículo 12 en su conjunto

Comentarios de carácter general

12.46 El artículo 12 es uno de los pilares fundamentales de los esfuerzos por combatir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Su aplicación efectiva por las partes reviste una importancia fundamental y cierta complejidad. Como se ha señalado en otras partes: “La adquisición de las sustancias químicas necesarias para fabricar drogas es uno de los pocos puntos en que el narcotráfico se entrecruza con el comercio legítimo. La reglamentación del comercio legítimo orientada a denegar a los narcotraficantes las sustancias químicas que necesitan es uno de los instrumentos más valiosos de que disponemos en nuestra lucha contra los narcodelincentes”⁵⁸⁵. Aun antes de pasar a ser partes en la Convención de 1988, los Estados deben aportar una contribución positiva a los esfuerzos mundiales para combatir el tráfico ilícito aplicando sus disposiciones con carácter provisional, en la medida en que puedan hacerlo. A ese respecto, los gobiernos deben establecer mecanismos de trabajo prácticos y procedimientos operacionales para vigilar los movimientos lícitos de precursores, tengan o no legislación específica para la fiscalización de las sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II. Esos procedimientos y mecanismos de trabajo deben incorporar las actividades de todas las autoridades reglamentarias y de aplicación de la ley pertinentes que participan en la fiscalización de los precursores. Deben abarcar también la labor de la industria, a fin de obtener datos pertinentes de productores y distribuidores de productos químicos y de organizaciones comerciales, teniendo debidamente en cuenta los intereses comerciales legítimos.

⁵⁸³Ésta es también la interpretación de la Junta. Respecto de una medida propuesta para extender la cláusula de calificación a los preparados farmacéuticos, véase *Precursores y productos químicos frecuentemente utilizados para la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas: Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 1995 sobre la aplicación del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.96.XI.4), párr. 62.

⁵⁸⁴Un ejemplo es el aceite de sasafrás, que contiene safrol, una sustancia incluida en el Cuadro I.

⁵⁸⁵*Grupo de Trabajo de Acción Química: Informe de situación para la Cumbre Económica de 1992* (Washington, D.C., junio de 1992), pág. 13.

12.47 Al examinar el establecimiento de leyes, mecanismos de trabajo, procedimientos operacionales y medidas de cooperación apropiados y efectivos, es importante tener presente la estrecha relación que existe entre este artículo y otras disposiciones de la Convención. La obligación de tipificar como delito las actividades pertinentes enumeradas en el apartado iv) del inciso a) y en el apartado ii) del inciso c) del párrafo 1 del artículo 3, es particularmente importante a este respecto⁵⁸⁶. Además, en virtud del párrafo 5 cada parte debe adoptar las medidas que estime necesarias para decomisar, entre otras cosas, “materiales y equipos u otros instrumentos”⁵⁸⁷ y prestar cooperación internacional a tal fin⁵⁸⁸. De igual modo, ciertas obligaciones contenidas en el artículo 9 se aplican directamente a esta esfera de interés. Éstas incluyen la cooperación entre los servicios y organismos de detección y represión para la celebración de indagaciones relativas a los delitos con una dimensión internacional que tengan que ver con el movimiento de sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II⁵⁸⁹. Otros artículos que contienen disposiciones explícitas dirigidas a las partes sobre cuestiones que se plantean en esta esfera⁵⁹⁰ son: el artículo 14 (Medidas para erradicar el cultivo ilícito de plantas de las que se extraen estupefacientes y para eliminar la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas)⁵⁹¹; el artículo 18 (Zonas y puertos francos)⁵⁹² y el artículo 19 (utilización de los servicios postales)⁵⁹³. Los encargados de la aplicación deben también estar alertas al hecho de que otros mecanismos establecidos en la Convención pueden también ser de mucha utilidad y directamente pertinentes a la adopción de las medidas apropiadas para combatir la desviación de sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II hacia usos ilícitos. Éste es quizá el caso en el contexto de la entrega vigilada, un importante instrumento de aplicación de la ley de que trata el artículo 11⁵⁹⁴. En su resolución 1995/20, el Consejo Económico y Social pidió a los gobiernos “que colaboren en la entrega vigilada de una remesa sospechosa, en casos especiales en los que se pueda garantizar lo bastante la seguridad del envío, en los que la cantidad y la índole de la sustancia química enviada sean tales que crean poderla controlar de modo seguro, y en los que todos los Estados cuya cooperación sea necesaria, incluidos los Estados de tránsito, den su consentimiento a la operación de entrega vigilada”. Sobre todo, hay que tener presente desde el comienzo la estrecha relación con el artículo 13, relativo a las medidas para prevenir la desviación de materiales y equipo.

12.48 Hay que tomar medidas para asegurar que el régimen legislativo y reglamentario que se adopte, además de lograr una cobertura amplia, sea lo suficiente-

⁵⁸⁶Véanse, *supra*, los comentarios sobre el apartado iv) del inciso a) y el apartado ii) del inciso c) del párrafo 1 del artículo 3.

⁵⁸⁷Véanse, *supra*, los comentarios sobre el inciso b) del párrafo 1 del artículo 5.

⁵⁸⁸Véanse, *supra*, los comentarios sobre el párrafo 4 del artículo 5.

⁵⁸⁹Véanse, *supra*, los comentarios sobre el apartado iii) del inciso b) del párrafo 1 del artículo 9. Véanse también los comentarios sobre el inciso c) del párrafo 2 del artículo 9, por el que se establece una obligación calificada de establecer programas de capacitación en medidas de detección y represión en relación con la vigilancia de la importación y exportación de sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II, entre otras.

⁵⁹⁰Ciertas disposiciones de la Convención imponen obligaciones a la Comisión y a la Junta (véanse los artículos 21 y 22 y los comentarios sobre los mismos).

⁵⁹¹Véanse, *infra*, los comentarios sobre el párrafo 5 del artículo 14.

⁵⁹²Véanse, *infra*, los comentarios sobre el artículo 18.

⁵⁹³Véanse, *infra*, los comentarios sobre el inciso b) del párrafo 2 del artículo 19.

⁵⁹⁴Véanse *supra*, los comentarios sobre el artículo 11.

mente flexible para adaptarse a una realidad en constante evolución. Como se señaló *supra*, los métodos de desviación conocidos que utilizan las redes de traficantes son muchos y variados. La complejidad de varios de los agentes delictivos involucrados y de los recursos a su disposición son tales que de cuando en cuando aparecerán métodos nuevos o ingeniosos o variantes de las técnicas existentes, a medida que procuran evadir la fiscalización establecida. De igual modo, las redes de traficantes tienen tendencia a determinar las debilidades y deficiencias de las leyes de fiscalización de sustancias químicas. Cuando la aplicación efectiva de contramedidas en un Estado cree un entorno desfavorable para sus actividades, procurarán utilizar y explotar a Estados que no han establecido esas medidas o en los que éstas sean insuficientes. Por consiguiente, todos los miembros de la comunidad internacional son vulnerables y los Estados que quizá todavía no hayan sido utilizados serán objeto de una atención no deseada a menos que adopten medidas con urgencia. A este respecto, la Junta publica anualmente informes sobre la aplicación del artículo 12, en los que se identifican las últimas tendencias en el tráfico ilícito de sustancias del Cuadro I y el Cuadro II, y se examinan las medidas adoptadas por los gobiernos para aplicar las disposiciones de ese artículo; contienen también recomendaciones y propuestas sobre medidas prácticas que se pueden adoptar para prevenir la desviación. Por consiguiente, los gobiernos quizá deseen consultar esos informes para obtener orientación sobre la forma en que podrían fortalecer los controles.

12.49 Una clara ilustración de la naturaleza dinámica del proceso son los cambios introducidos desde 1988 en la lista de sustancias del Cuadro I y el Cuadro II. Tras intensos debates celebrados en 1991 entre varios países interesados⁵⁹⁵ se creó una firme convicción de que el número de sustancias sometidas a fiscalización debía aumentarse de las 12 originales a 22. Sobre la base de una notificación presentada por una parte al Secretario General, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes realizó su primera evaluación de las sustancias para introducir una posible modificación en el alcance de la fiscalización. En 1992, tras la evaluación y las recomendaciones de la Junta, la Comisión de Estupefacientes decidió incluir las sustancias adicionales en los Cuadros. La decisión tuvo efecto en noviembre de 1992⁵⁹⁶. Esa decisión subraya la utilidad de contar con una disposición que permite adoptar medidas a nivel del derecho interno cuando se añaden o suprimen sustancias sin necesidad de recurrir a la legislación primaria o a otros procesos complicados a fin de asegurar el cumplimiento. Esa disposición sería también apropiada para fiscalizar sustancias no incluidas en los Cuadros si se considerara que esas sustancias son problemáticas en cuanto a la fabricación ilícita nacional o si el gobierno opta por tomar medidas sobre la base de la lista de vigilancia especial establecida por la Junta (véase el párrafo 13.4 *infra*).

12.50 Los responsables de la aplicación del artículo 12 en el plano interno tendrán que decidir también si limitan las medidas nacionales a las obligaciones y los requisitos reflejados en ellas o si amplían el ámbito de sus actividades para tomar conocimiento de las novedades pertinentes ocurridas después de 1988. Como se recordará, el artículo 12 es, fundamentalmente, un marco amplio que resultó de una transacción

⁵⁹⁵Véase *Grupo de Acción Química: Informe final* (Washington, D.C., junio de 1991).

⁵⁹⁶Las cinco sustancias químicas añadidas al Cuadro I fueron: ácido N-acetiltranfílico; isosafrol; 3,4-metilendioxifenil-2-propanona; piperonal; y safrol. También se añadieron cinco sustancias químicas al Cuadro II: metiletilcetona; tolueno, permanganato potásico, ácido sulfúrico y ácido hidrociorhídrico.

lograda a la luz de diversas preocupaciones y sensibilidades nacionales y que refleja el estado de los conocimientos sobre el problema de la desviación en ese momento. Desde entonces, el Consejo Económico y Social y la Comisión de Estupefacientes⁵⁹⁷, entre otros⁵⁹⁸, han tratado de reflejar la mayor comprensión que hay en el ámbito internacional de las cuestiones pertinentes, entre otras formas, elaborando recomendaciones para la adopción de medidas que reflejan las mejores prácticas actuales, con frecuencia por recomendación de la Junta. Esta orientación autoritativa traduce los requisitos generales del artículo 12 en medidas específicas que permiten aplicar plenamente las medidas de fiscalización. El artículo 24 también da a los Estados partes la autoridad necesaria para adoptar medidas más estrictas o rigurosas que las requeridas en virtud del artículo 12 si consideran que eso es apropiado para dar efecto a un consenso internacional incipiente o en razón de las novedades en el plano nacional⁵⁹⁹.

Requisitos previos de carácter general para la fiscalización

12.51 Como ya se ha destacado (véanse los párrafos 12.10 a 12.15 *supra*), el párrafo 1 del artículo 12 impone a cada parte una obligación de tomar las medidas que estime adecuadas para evitar la desviación de las sustancias sometidas a fiscalización. Para poder cumplir con este requisito, no sólo hay que establecer una base legislativa para la fiscalización sino también un marco administrativo apropiado, así como obtener la participación de las autoridades competentes. El párrafo 1 se refiere expresamente a la necesidad de establecer la cooperación internacional para prevenir la desviación.

12.52 La identificación de una autoridad o autoridades nacionales competentes, y el otorgamiento a éstas de las facultades y responsabilidades apropiadas son fundamentales para cumplir satisfactoriamente estas obligaciones de carácter general, que se establecen con más detalle en los párrafos 8 a 10. En este contexto, se debe considerar la participación directa de los departamentos u órganos gubernamentales que tienen conocimientos de trabajo más profundos sobre la industria química. También deben participar otros ministerios, en particular los relacionados con la salud. La ventaja de esto es que esas entidades tienen considerable experiencia en la aplicación de medidas de fiscalización de drogas. Muchos Estados han determinado que un gran número de sus organismos debe participar en la lucha contra la desviación. En esos casos, es esencial establecer un sistema eficaz para facilitar la coordinación entre ellos. Es particularmente importante que este sistema se extienda al organismo u organismos pertinentes de detección y prevención⁶⁰⁰.

⁵⁹⁷Véanse, por ejemplo, las resoluciones 1992/29, 1993/40, 1995/20, 1996/29 y 1997/41 del Consejo Económico y Social; véanse también la resolución 5 (XXXIV) de la Comisión de Estupefacientes y el informe publicado anualmente por la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes sobre la aplicación del artículo 12, que contiene una lista actualizada de todas las resoluciones pertinentes de los órganos de las Naciones Unidas.

⁵⁹⁸Véase, por ejemplo, Reglamento Modelo para la fiscalización de precursores químicos y sustancias químicas, máquinas y materiales (CICAD/PRECUR/doc.8/94), aprobado por la Comisión Interamericana de Fiscalización del Uso Indebido de Drogas en su séptimo período ordinario de sesiones; véase también *Grupo de Acción Química: Informe final* (Washington, D.C., junio de 1991).

⁵⁹⁹Véanse, *infra*, los comentarios sobre el artículo 24.

⁶⁰⁰Véase, por ejemplo, "Reunión de Expertos del Grupo de Acción Química sobre la Heroína, 10 a 14 de febrero de 1992, Kuala Lumpur: actas de la reunión", párr. 7.1.

12.53 Esta cuestión tiene también una dimensión externa importante. La experiencia ha demostrado el valor de la cooperación internacional directa y eficaz en esta esfera. Por esta razón, el Consejo Económico y Social, en su resolución 1992/29, invitó a la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes a que publicara y mantuviera un directorio de autoridades competentes en virtud del artículo 12. La Secretaría publica y actualiza periódicamente este directorio, que contiene los nombres, direcciones y números de teléfono y facsímil de las autoridades administrativas y de detección y represión pertinentes a las que se ha confiado la fiscalización de precursores en virtud de las disposiciones del artículo 12⁶⁰¹. La información ha resultado de un considerable valor práctico en situaciones que van desde la verificación de la naturaleza lícita de las exportaciones previstas hasta la identificación y prevención de transacciones sospechosas⁶⁰². Es esencial que el personal de los puntos de contacto designados esté en condiciones “de dar y recibir información relativa a precursores y sustancias químicas esenciales, y de tomar medidas al respecto”⁶⁰³.

12.54 También es sumamente importante para el funcionamiento eficaz de la cooperación internacional que los organismos de contraparte tengan un conocimiento adecuado de las funciones y responsabilidades respectivas confiadas a cada autoridad designada en relación con la aplicación de medidas de fiscalización específicas. Por consiguiente, el Consejo Económico y Social especificó que el directorio que se pedía en su resolución 1992/29 (véase el párrafo 12.53 *supra*) debía contener también “un resumen de las medidas de fiscalización que se aplican en cada Estado”, especialmente con respecto a la importación y exportación de sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II de la Convención de 1988. Los países importadores que exijan certificados de importación individuales para la importación de sustancias del Cuadro I y el Cuadro II deben proporcionar a la Junta copias de documentos auténticos. Todas las partes deberán cumplir las disposiciones de la resolución 1992/29 y actualizar la información, cuando corresponda, para poder lograr el objetivo general de una cooperación eficaz.

12.55 En el artículo 12 se prevé que las partes cooperarán también con la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes. En este contexto, reviste particular importancia la obligación, contenida en el párrafo 12 de ese artículo, que tiene cada parte de suministrar a la Junta, anualmente, ciertas categorías de información. A tal fin, la Junta ha adoptado un formulario estándar, conocido como el “formulario D”, titulado “Información anual sobre sustancias que se usan frecuentemente en la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”. La información que se

⁶⁰¹ Además de la sección sobre autoridades competentes en virtud del artículo 12 de la Convención de 1988, el directorio, que se titula *Competent National Authorities under the International Drug Control Treaties* (ST/NAR.3/1997/1), contiene también secciones en las que se enumeran las autoridades nacionales con competencia en virtud del artículo 7 (Asistencia judicial recíproca) y el artículo 17 (Tráfico ilícito por mar) de esa Convención, así como las autoridades competentes para emitir autorizaciones y certificados de importación y exportación de estupefacientes (artículo 18 de la Convención de 1961) y sustancias sicotrópicas (artículo 16 del Convenio de 1971).

⁶⁰² Véase *Precursores y productos químicos frecuentemente utilizados para la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas: Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 1994 sobre la aplicación del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.95.XI.1), párrs. 67 a 72.

⁶⁰³ Véase “Reunión de Expertos del Grupo de Acción Química sobre la Heroína, 10 a 14 de febrero de 1992, Kuala Lumpur: actas de la reunión”, párr. 7.4.

debe suministrar en virtud del párrafo 12 consiste de: a) las cantidades incautadas de sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II y, cuando se conozca, su origen; b) información sobre sustancias que no figuren en el Cuadro I o en el Cuadro II pero de las que se sepa que se emplean en la fabricación ilícita de drogas y que, a juicio de la parte interesada, sean consideradas lo bastante importantes para ser señaladas a la atención de la Junta; y c) los métodos de desviación y de fabricación ilícita. Sobre la base del análisis de estos datos y de otra información que se le haya comunicado, la Junta informa anualmente a la Comisión, como se requiere en el párrafo 13, acerca de la aplicación del artículo 12. Un informe que publica la Junta de conformidad con el artículo 23 de la Convención⁶⁰⁴ contiene información de carácter más general sobre la fiscalización de precursores.

12.56 Un anexo del “formulario D”, conocido como la “lista roja”⁶⁰⁵, contiene en orden alfabético los nombres alternativos, incluidos los nombres de fábrica si los hubiera, de las sustancias del Cuadro I y el Cuadro II. Este anexo puede facilitar la identificación de esas sustancias por las autoridades gubernamentales. Por ejemplo, puede facilitar a las autoridades administrativas y reglamentarias la comprobación de los nombres de las sustancias químicas que figuran en las solicitudes de autorización de exportación o importación, y a las autoridades aduaneras y los organismos de detección y represión, la comprobación de la documentación que acompaña a las remesas de sustancias químicas.

12.57 Desde que se concertó la Convención, sin embargo, se ha hecho evidente que la Junta de hecho necesita ciertas categorías adicionales de información para poder cumplir efectivamente sus responsabilidades en esta esfera crítica. Por esta razón, el Consejo Económico y Social, en el párrafo 8 de su resolución 1995/20, instó a los gobiernos a que informaran a la Junta de las cantidades de sustancias enumeradas en el Cuadro I de la Convención que hubieren importado, exportado o transbordado, y les invitó a que evaluaran “la cuantía de sus necesidades anuales para fines lícitos”⁶⁰⁶.

12.58 En el párrafo 9 de la misma resolución, el Consejo pide también a la Junta que desarrolle y fortalezca su base de datos con miras a prestar asistencia a los gobiernos en la tarea de evitar el desvío de las sustancias enumeradas en el Cuadro I⁶⁰⁷. Esa base de datos se utiliza para ayudar a los gobiernos a verificar la legitimidad de los pedidos respecto de remesas individuales. Se ha establecido una red electrónica de comunicaciones entre la secretaría de la Junta y otros órganos regionales e intergubernamentales competentes, como la Interpol, la Organización Mundial de Aduanas y la Unión Europea, así como con gobiernos interesados. Se han celebrado reuniones de grupos de trabajo sobre el uso de las bases de datos internacionales y sobre directrices para el uso de estas bases de datos por las autoridades nacionales

⁶⁰⁴Véanse, *supra*, los comentarios sobre el párrafo 13 del artículo 12; véanse también, *infra*, comentarios sobre el artículo 23.

⁶⁰⁵Véase “Anexo del formulario D (“lista roja”) de enero de 1997, que, al igual que el propio “formulario D”, es actualizado anualmente. La lista es comparable a las listas similares de estupefacientes y sustancias sicotrópicas publicadas por la Junta y conocidas, respectivamente, como la “lista amarilla” y la “lista verde”.

⁶⁰⁶Véanse también el párrafo 10 de esa resolución y, en general, las recomendaciones y propuestas de medidas para el futuro contenidas en el informe que la Junta publica todos los años acerca de la aplicación del artículo 12 de la Convención de 1988.

⁶⁰⁷Véase también la resolución 1993/40 del Consejo Económico y Social.

para prevenir la desviación de precursores y sustancias químicas esenciales. Las directrices se han transmitido a todos los gobiernos, como se indica en la resolución 1993/40 del Consejo Económico y Social. Éste es sólo un ejemplo de los beneficios que derivan las autoridades competentes del establecimiento de relaciones de cooperación e intercambio de información con instituciones internacionales y órganos regionales que trabajan en la vigilancia y fiscalización de la desviación de sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II. El informe de la Junta sobre la aplicación del artículo 12 incluye información actualizada sobre las tendencias del tráfico y el uso ilícitos de precursores, así como directrices y asesoramiento sobre prevención de la desviación.

La prevención de la desviación y la vigilancia internacional

12.59 Como se ha señalado con bastante detalle *supra*, las obligaciones generales contenidas en el párrafo 1 del artículo 12 relativas a la prevención de la desviación de las sustancias del Cuadro I y el Cuadro II y a la cooperación internacional para tal fin se establecen con más detalle en los párrafos 8, 9 y 10, en los que se enumeran medidas facultativas y obligatorias adecuadas para tal fin. En la práctica, los encargados de aplicar el artículo 12 deberán centrar su atención principalmente en esos párrafos.

12.60 En el párrafo 8 se dispone que las partes tomarán las medidas que estimen oportunas para vigilar la fabricación y distribución de las sustancias pertinentes que se realicen dentro de su territorio. En el inciso *b*) se enumeran luego varias medidas que los Estados quizá deseen adoptar a este respecto. Por otro lado, el párrafo 9, que contiene varias medidas de carácter obligatorio, está dirigido sobre todo al comercio internacional, mientras que el párrafo 10 especifica ciertas obligaciones condicionales respecto de las exportaciones de sustancias incluidas en el Cuadro I. Si bien la distinción entre medidas nacionales e internacionales consagrada en la Convención es clara en teoría, en la práctica los dos elementos están estrechamente relacionados entre sí. Sin una fiscalización adecuada en el ámbito nacional (por ejemplo, aplicada a los fabricantes y exportadores), el comercio internacional no se podrá fiscalizar adecuadamente, y sin una fiscalización adecuada del comercio internacional (por ejemplo, de las importaciones), no será posible controlar la distribución a nivel nacional. Dada la relación entre las dimensiones nacionales e internacionales, y la creciente aceptación en la práctica de la necesidad de tomar algunas o todas las medidas enunciadas en el inciso *b*) del párrafo 8 a fin de establecer un sistema eficaz, es muy probable que muchos Estados querrán considerar ambas dimensiones como un conjunto.

12.61 La condición previa principal para toda acción efectiva es el establecimiento de marcos jurídicos apropiados y sistemas administrativos capaces de cumplir tanto las obligaciones impuestas por la Convención como las condiciones nacionales específicas, de manera que se tengan en cuenta las necesidades del comercio legítimo. A tal fin, los Estados quizá deseen considerar la legislación modelo especial preparada y distribuida por el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas; las recomendaciones contenidas en las resoluciones del Consejo Económico y Social, basadas en propuestas de la Junta, así como las recomendaciones independientes de la Junta; y el creciente cuerpo de medidas nacionales tomadas por otras partes, así como los resultados de iniciativas internacionales y regionales

pertinentes. Estas últimas comprenden, por ejemplo, el Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas para fiscalizar los precursores y las sustancias químicas, las máquinas y los materiales⁶⁰⁸, los reglamentos y las directivas pertinentes de la Comunidad Europea (en su forma enmendada)⁶⁰⁹ y las recomendaciones del Grupo de Trabajo de Acción Química⁶¹⁰.

12.62 Respecto de la fabricación, distribución, importación, exportación y uso final de sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II se deben aplicar controles reglamentarios que sean apropiados para las actividades de que se trate y la función o posible función de cada Estado en el proceso de desviación. Los controles reglamentarios incluyen normalmente requisitos que deben cumplir los operadores de sustancias químicas (entre ellos los fabricantes, los importadores, los exportadores, los mayoristas y los minoristas) respecto de la identificación de los compradores, el mantenimiento de registros y su presentación a las autoridades, la notificación a las autoridades de los pedidos sospechosos, así como de la pérdida o desaparición de sustancias, y la petición a las autoridades de permisos para tipos específicos de transacciones. Respecto de las autorizaciones de importación y exportación, quizá fuera útil poder utilizar los formularios de solicitud modelo anexos al documento de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes titulado "Directrices para uso de las autoridades nacionales a fin de evitar la desviación de precursores y productos químicos esenciales". (En la resolución 1993/40, de 27 de julio de 1993, el Consejo Económico y Social instó a los gobiernos a que consideraran plenamente las directrices y, cuando procediese, las aplicasen.) También se deben otorgar a las autoridades competentes las facultades pertinentes para inspeccionar registros e instalaciones de esos operadores de sustancias químicas, denegar o revocar licencias y permisos por motivos razonables y suspender envíos de sustancias cuando tengan pruebas de una posible desviación, o incautarse de ellos. También se las podría autorizar a que realizaran operaciones de entrega vigilada y emplearan otras medidas de investigación. También hay que considerar una amplia gama de cuestiones conexas, incluida la función, si la hubiere, del derecho penal en esta esfera, la conveniencia de tener recurso a conceptos como la responsabilidad penal corporativa y la legitimidad de aplicar sanciones por conducta negligente. También se debiera conferir la facultad necesaria para mantener la confidencialidad de procesos comerciales o secretos comerciales o profesionales o de negocios obtenidos como consecuencia de la cooperación en virtud de los párrafos 9 y 10⁶¹¹. Además, la experiencia ha demostrado la necesidad de considerar las actividades de corredores y otros intermediarios. Como lo señaló la Junta en 1994: "Los gobiernos deberían examinar la posible necesidad de adoptar alguna medida adicional para controlar las actividades de los corredores de precursor-

⁶⁰⁸CICAD/PRECUR/doc.8/94.

⁶⁰⁹Respecto del comercio interno en la Comunidad Europea, véase la Directiva del Consejo 92/109/EEC de 14 de diciembre de 1992, enmendada por la Directiva del Consejo 93/46/EEC de 22 de junio de 1993; respecto del comercio externo, véase la Directiva del Consejo 3677/90 de 13 de diciembre de 1990, enmendada por la Directiva del Consejo 2093/97 de 24 de octubre de 1997.

⁶¹⁰Véase *Grupo de Trabajo de Acción Química: Informe de situación para la Cumbre Económica de 1992* (Washington, D.C., junio de 1992) y *Grupo de Trabajo de Acción Química: Informe final* (Washington, D.C., junio de 1991); véase también, por ejemplo, la resolución 1993/40 del Consejo Económico y Social.

⁶¹¹Véase el párrafo 11 del artículo 12.

res de la misma manera que están controladas en general las actividades de los fabricantes, importadores, exportadores, mayoristas y minoristas”⁶¹².

12.63 Dados los efectos directos que estas medidas tienen sobre los que realizan un comercio legítimo, cabría recomendar que se celebraran consultas estrechas con representantes de los diversos sectores involucrados. Esa cooperación, que está dispuesta por el inciso *a*) del párrafo 9 respecto de la identificación de transacciones sospechosas (véase el párrafo 12.30 *supra*), es ahora normal a nivel nacional⁶¹³. En 1994, la Organización Mundial de Aduanas firmó un memorando de entendimiento con el Consejo Internacional de Asociaciones de Fabricantes de Productos Químicos que tenía por objeto ayudar a los Estados miembros de la Organización Mundial de Aduanas “a facilitar el control del comercio de precursores, y mejorar las comunicaciones entre la industria y, en particular, las autoridades aduaneras mediante un intercambio de información más eficaz entre las diversas partes interesadas”⁶¹⁴.

12.64 Un sistema eficaz de vigilancia y prevención de la desviación debe abarcar también la aplicación de una gama más amplia de medidas específicas. En lo que se refiere a las actividades de exportación, estas medidas incluirían, además de la comunicación de transacciones sospechosas, la notificación por el exportador a las autoridades del país exportador de la prevista exportación ordinaria de sustancias. Además, como se requiere en virtud del inciso *d*) del párrafo 9, esas exportaciones deben estar correctamente etiquetadas y documentadas (véase el párrafo 12.35 *supra*)⁶¹⁵.

12.65 Se debe facultar u obligar a las autoridades a utilizar los sistemas de datos nacionales e internacionales y otros recursos de información disponibles para determinar la legitimidad de la remesa (véase la resolución 1992/29 del Consejo Económico y Social). También hay que establecer un sistema relativo a las notificaciones a

⁶¹²*Precursores y productos químicos frecuentemente utilizados para la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas: Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 1994 sobre la aplicación del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.95.XI.1), párr. 183.

⁶¹³Véase, por ejemplo, el *Código de Conducta para prevenir la desviación de sustancias químicas hacia la producción ilícita de drogas* publicado por la Plastics and Chemicals Industries Association y la Scientific Suppliers Association of Australia Inc., y patrocinado por el Servicio de Policía de Nueva Gales del Sur. A veces puede resultar conveniente que haya un código de conducta único para reglamentar las relaciones entre la industria y el gobierno en un ámbito mayor que el de la fabricación ilícita de drogas. Este código podría incluir también otros bienes sometidos a licencias de exportación, como las armas químicas y biológicas (véase, por ejemplo, el Código de Conducta sobre productos químicos sometidos a controles comerciales o requisitos voluntarios, publicado por la United Kingdom Chemical Industries Association, y revisado en julio de 1995).

⁶¹⁴*Precursores y productos químicos frecuentemente utilizados para la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas: Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 1994 sobre la aplicación del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.95.XI.1), párr. 38.

⁶¹⁵La Organización Mundial de Aduanas ha asignado un código arancelario en el Sistema Armonizado de Nomenclatura Aduanera a cada una de las sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II. El requisito de conservar ciertos documentos por lo menos durante dos años figura en el inciso *e*) del párrafo 9 del artículo 12. La idea general muy difundida es que el período de conservación debe ser más largo (véase, por ejemplo, Reglamento Modelo para la fiscalización de precursores y sustancias químicas, máquinas y materiales (CICAD/PRECUR/doc.8/94), de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas.

los Estados de importación y de tránsito. Tras una reunión sobre sistemas de intercambio de información para la fiscalización de precursores, organizada por la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes en julio de 1997 a fin de reunir a representantes de los principales países fabricantes, importadores y exportadores de sustancias químicas, la Junta preparó un formulario modelo para normalizar y facilitar ese intercambio de información.

12.66 El párrafo 10 dispone que se requiere una notificación específica respecto de las sustancias del Cuadro I cuando lo solicita el país importador en una comunicación dirigida al Secretario General (véanse los párrafos 12.36 y 12.37 *supra*). En los últimos años, sin embargo, los especialistas han tendido a favorecer una aplicación más amplia de algún tipo de notificación previa a la exportación. Por ejemplo, en su resolución 1995/20, el Consejo Económico y Social pidió a los países exportadores que proporcionasen esa información aun cuando el país importador no hubiera solicitado oficialmente esa notificación a tenor de lo dispuesto en el inciso *a*) del párrafo 10 del artículo 12 de la Convención. En la misma resolución, el Consejo pidió al gobierno de cualquier país importador que recibiese esa notificación que realizase por conducto de sus autoridades reglamentarias y en colaboración con los servicios de vigilancia una investigación de la licitud de la operación y, con la posible asistencia de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, informase al respecto al país exportador. Si bien las notificaciones previas a la exportación previstas en el inciso *a*) del párrafo 10 se aplican solamente a las sustancias incluidas en el Cuadro I, algunos países han solicitado notificaciones previas a la exportación similares también respecto de sustancias del Cuadro II. El Secretario General notifica a los gobiernos de todas esas peticiones, que también se reflejan en el informe que publica anualmente la Junta acerca de la aplicación del artículo 12.

12.67 El artículo 12 no prevé específicamente un sistema de notificación previa a la exportación a los Estados de tránsito. De hecho, es evidente que los responsables de negociar los párrafos 9 y 10 dedicaron su atención principalmente a la determinación de los derechos y obligaciones respectivos de los Estados importadores y exportadores. En algunos casos, sin embargo, un Estado que entre en juego en razón de la ruta utilizada para el envío de precursores puede no quedar incluido en ninguna de estas categorías. Éste será el caso, por ejemplo, cuando la remesa pase directamente a través de un país sin dejar el medio de transporte o cuando entre en virtud de un arreglo aduanero para su ulterior transbordo de un puerto de ese país sin ningún cambio en el envase. En tales casos, se reconoce en la práctica que las autoridades del Estado de tránsito tienen una importante función que cumplir en la prevención de la desviación, y que el sistema nacional de reglamentación y administración debe tener capacidad para cumplir esa función, por ejemplo, vigilando las remesas para prevenir o detectar la sustitución de los envases y las etiquetas u otras actividades que contribuyan a la desviación. Como lo señaló la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, sin embargo, “es posible que al no disponer de una documentación completa, las autoridades de un país de tránsito ignoren que va a tener lugar un tránsito determinado. Es por lo tanto esencial que las autoridades del país exportador informen plenamente y por anticipado a esas autoridades del tránsito que va a tener lugar”⁶¹⁶.

⁶¹⁶Véase “Directrices para uso de las autoridades nacionales a fin de evitar la desviación de precursores y productos químicos esenciales”, secc. III.11.

12.68 En lo que se refiere a los países importadores, se debe considerar el establecimiento de un sistema que requiera notificar tanto las importaciones ordinarias como las transacciones de naturaleza sospechosa. El sistema debe exigir que las importaciones estén correctamente etiquetadas y documentadas⁶¹⁷ y, de conformidad con el inciso *a*) del párrafo 10 del artículo 12, se pueden tomar medidas para requerir una notificación previa a la importación de sustancias del Cuadro I. Cuando se recibe una notificación de ese tipo, o una petición de investigación del consignatario proveniente de un país exportador, se debe realizar una investigación minuciosa. Ésta debe incluir la legitimidad del consignatario y sus asociados, el uso requerido o final para el tipo y la cantidad de la sustancia pedida, las circunstancias relativas a la propuesta distribución o reexportación de la sustancia y una determinación general de si hay motivos para sospechar una posible desviación. Se debe notificar a las autoridades del Estado requirente de los resultados de la investigación⁶¹⁸.

12.69 En virtud de la Convención los Estados pueden imponer requisitos adicionales o formular medidas particulares adaptadas a sus circunstancias nacionales específicas, para tener en cuenta relaciones comerciales específicas, y cuestiones similares. La creciente práctica de concertar arreglos informales o, cuando se requieran, arreglos o acuerdos formales, confirma el atractivo de esta posibilidad para algunos países. En su resolución 1992/29, el Consejo Económico y Social invitó “a los Estados que fabrican precursores y productos químicos esenciales y a los Estados de regiones en las que se fabriquen ilícitamente estupefacientes y sustancias sicotrópicas a establecer una cooperación estrecha con el fin de prevenir la desviación de precursores y de productos químicos esenciales hacia canales ilícitos”.

⁶¹⁷El inciso *d*) del párrafo 9 del artículo 12 se aplica a las importaciones y a las exportaciones.

⁶¹⁸Véase *Precursores y productos químicos frecuentemente utilizados para la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas: Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 1994 sobre la aplicación del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.95.XI.1), párrs. 48 a 50.

Artículo 13

MATERIALES Y EQUIPO

Comentarios de carácter general

13.1 El artículo 12 dispone que las partes adoptarán las medidas que consideren adecuadas para impedir la desviación de sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II con destino a la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Esa actividad ilícita, sin embargo, requiere materiales y equipo además de las sustancias incluidas en los Cuadros. El objetivo del artículo 13 es prevenir el uso de esos artículos para ese fin ilícito. La Convención no define el término “materiales” ni el término “equipo”, pero pueden interpretarse en sentido bastante amplio para incluir una vasta variedad de artículos. Entre los materiales para la producción o fabricación ilícita de drogas figuran muchos artículos: agentes de corte y de aglomeración de tabletas a granel, productos químicos no incluidos en los Cuadros (por ejemplo, preparados farmacéuticos de expendio libre, cemento, queroseno, diluyentes)⁶¹⁹, el material de embalaje y hasta el hielo utilizado en las reacciones en frío. El equipo utilizado, especialmente en la fabricación ilícita de drogas sintéticas, podría incluir equipo y cristalería general de laboratorio, como recipientes de reacción, calentadores, transformadores, bombas de vacío y filtros, y también equipo especializado como máquinas de preparación de tabletas y cápsulas. El equipo de los laboratorios ilícitos de cocaína y heroína no suele ser tan complejo como el utilizado en la fabricación ilícita de drogas sintéticas, pero es igualmente necesario; puede incluir artículos como generadores, hornos de microonda y lámparas calentadores. Además del equipo que obtienen de fuentes lícitas, los fabricantes clandestinos de drogas pueden producir piezas de equipo especializadas para usar en la fabricación ilícita de drogas.

13.2 El artículo 13 tiene un solo párrafo que se refiere al comercio y la desviación de esos materiales y equipos. Complementa otras disposiciones, como las del apartado iv) del inciso a) del párrafo 1 del artículo 3, que obliga a las partes a establecer como delitos penales la fabricación, el transporte o la distribución de esos materiales (incluidas las sustancias que no figuran en los Cuadros) y el equipo cuando se han de utilizar con fines ilícitos.

Párrafo único

Las Partes adoptarán las medidas que consideren adecuadas para impedir el comercio y la desviación de materiales y equipos destinados a

⁶¹⁹Véase en el párrafo 13.4 *infra* un examen más detallado de la situación de las sustancias no incluidas en los Cuadros.

la producción o fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y cooperarán a este fin.

Comentarios

13.3 En virtud del artículo 13, las partes están obligadas a adoptar las medidas que consideren adecuadas para impedir el comercio y la desviación de materiales y equipos destinados a la producción o fabricación ilícitas de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Las medidas no se refieren sólo a los materiales y el equipo utilizados en los laboratorios ilícitos en el territorio de una parte, sino también a los materiales y el equipo que se exportan o se sacan de contrabando del territorio de la parte a otros países y se utilizan en laboratorios ilícitos de esos países. Igual que en el caso de la vigilancia de las sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II para prevenir la desviación hacia canales ilícitos, la responsabilidad de prevenir la desviación de materiales y equipos es compartida por todas las partes. En virtud del artículo 13, las partes deben también cooperar entre sí para prevenir el comercio y la desviación de materiales y equipos con fines ilícitos.

Consideraciones relativas a la aplicación: artículo 13 en su totalidad

13.4 En general, las sustancias que no están incluidas en el Cuadro I o el Cuadro II pueden considerarse “materiales” en el contexto del artículo 13, pero algunas de esas sustancias han sido objeto de atención especial y se han incluido en una lista limitada de vigilancia internacional especial. Esta lista, establecida y publicada por la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes a petición del Consejo Económico y Social (resolución 1996/29), determina las sustancias no incluidas en los Cuadros que probablemente se desviarán del comercio lícito a fin de sustituir a las sustancias del Cuadro I o del Cuadro II, o de utilizarlas como correactivos, o que probablemente se utilizarán en la fabricación ilícita de drogas que no se pueden fabricar utilizando precursores fiscalizados en virtud de la Convención de 1988. La Junta recomienda también las medidas que pueden tomar las autoridades nacionales competentes para prevenir la desviación de esos “materiales”. Algunos gobiernos han ampliado, *mutatis mutandis*, sus sistemas nacionales de vigilancia de sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II para abarcar las sustancias de la lista de vigilancia especial, aprovechando de esta forma un mecanismo de fiscalización existente.

13.5 En ciertas condiciones, puede resultar necesario aplicar controles reglamentarios estrictos a la fabricación, distribución, importación y exportación de ciertos tipos de materiales y equipos. Esto es más probable respecto del equipo especializado, como las máquinas de formación de tabletas y cápsulas, que con el equipo de uso más general como los grupos electrógenos o materiales que tienen usos lícitos numerosos (véase el párrafo 13.1 *supra*). Cada parte debe evaluar la naturaleza de la desviación y el uso de materiales y equipos, y establecer los controles reglamentarios que se requieran. En términos generales, se reconocen cuatro categorías de artículos: los artículos como el cemento o el hielo, que se citan como ejemplos en el párrafo 13.1 *supra*, cuya vigilancia es sin duda imposible; los artículos especializados, como los citados al comienzo del presente párrafo, que pueden y deben vigilarse; las piezas de utilización más amplia y generalizada, cuya vigilancia es mucho más problemática pero puede resultar útil y viable según las circunstancias, que varían de país a país (véanse los párrafos 13.6 a 13.9 *infra*) y el equipo especializado construido (a veces

por el usuario final) con el fin exclusivo de producir o fabricar drogas de manera ilícita que, en razón de su naturaleza ilícita *ab initio*, no se pueden desviar pero pueden ser objeto de comercio (véase el párrafo 13.10 *infra*). La parafernalia relacionada con el uso indebido de drogas (es decir, el consumo), como los narguiles y las jeringas, no parece estar comprendida en el ámbito de este artículo, pero puede ser objeto de cualesquiera medidas de control que las partes consideren apropiadas.

13.6 Los programas de vigilancia y fiscalización pueden ser más eficaces si se presta atención especial a ciertos artículos, por ejemplo, máquinas de estampado múltiple de tabletas o evaporadores rotatorios. Toda consulta hecha por un cliente sobre piezas de gran capacidad o conjuntos completos de aparatos debe despertar sospechas. Las autoridades de reglamentación deben considerar también la posibilidad de vigilar el comercio en ciertas piezas de equipo de segunda mano, por ejemplo máquinas de fabricación de tabletas, o cualquier exportación de ese equipo de segunda mano.

13.7 En el caso de materiales y equipos a los cuales no resulta práctico aplicar controles reglamentarios, puede que sea posible y justificado aplicar ciertas medidas de vigilancia del comercio de ciertas cantidades de esas piezas. Esto se aplica particularmente al equipo de laboratorio y el equipo conexo. El enlace con distribuidores de esas piezas y la investigación y vigilancia de los compradores puede proporcionar información que permita a las autoridades detectar laboratorios ilícitos de drogas. Aunque la industria manufacturera y de distribución de esos artículos abastece legítimamente a un gran número de clientes en escuelas, colegios, universidades, hospitales y establecimientos científicos, así como en la propia industria química, las directrices que utiliza la industria química para identificar pedidos sospechosos de precursores pueden aprovecharse, *mutatis mutandis*, también en la industria del equipo de laboratorio. Igual que con la vigilancia de los precursores, las compañías que toman conocimiento del problema pueden alertar a las autoridades de detección y represión acerca de consultas y pedidos sospechosos, especialmente en campos en que suele conocerse bien a los clientes legítimos. Además de las actividades para lograr una toma de conciencia por parte de las empresas, el establecimiento de canales de comunicación apropiados entre esas empresas y las autoridades de represión puede facilitar la vigilancia. Un requisito previo para que las autoridades de reglamentación y de represión puedan vigilar las ventas de materiales y equipos es que tengan conocimientos sobre la industria, por ejemplo, la identidad de los fabricantes, los proveedores y los mayoristas o la existencia de una asociación comercial. Las compañías en cuestión pueden prestar asistencia útil a este respecto, dado que probablemente estarán totalmente familiarizadas con su ramo.

13.8 La posibilidad o viabilidad de vigilar ciertas piezas de equipo puede depender de circunstancias puramente locales. Por ejemplo, los sistemas de calefacción e iluminación utilizados con fines lícitos en la horticultura pueden también utilizarse en hidrocultivos ilícitos complejos, ya sea para el tráfico ilícito o para el cultivo privado ilícito en pequeña escala de plantas estupefacientes para consumo personal. Evidentemente, la extensión del uso lícito en la horticultura de esos sistemas a nivel local será determinante para las partes que prevean cualquier tipo de medidas de vigilancia o fiscalización del comercio lícito de esos sistemas. El mismo razonamiento se aplicaría a la importación o exportación de esos sistemas.

13.9 En un entorno operacional, puede darse una situación en que una pieza de equipo que normalmente no se consideraría como objeto de vigilancia pasa a serlo

con carácter *ad hoc* como resultado de la obtención de datos de inteligencia⁶²⁰. Se necesita, por lo tanto, un enfoque flexible para que las autoridades competentes puedan responder rápidamente a las nuevas tendencias en los métodos de fabricación de drogas ilícitas. En los nuevos métodos de fabricación se pueden utilizar nuevos tipos de equipo.

13.10 La cuarta categoría de artículos a la que se hace referencia en el párrafo 13.5 *supra*, es decir, el equipo fabricado exclusivamente para la producción o fabricación ilícita de drogas (por ejemplo, las máquinas “caseras” de formación de tabletas producidas por artesanos locales, así como la denominada “máquina de cocaína”)⁶²¹, sólo puede ser objeto de vigilancia indirecta, y aun esto es dudoso, de partes componentes como tubos de vacío, que deben adquirirse en el mercado lícito. Según las circunstancias, esa vigilancia puede variar considerablemente de un país a otro.

13.11 Las disposiciones del artículo 13 se pueden aplicar a las investigaciones operacionales, por ejemplo cuando el personal de los organismos de represión debe seguir la pista de una supuesta actividad de fabricación ilícita de drogas, quizá investigando adquisiciones recientes de piezas o conjuntos de equipo especializados u otros materiales como agentes no comunes de corte o aglomeración de tabletas y cápsulas de gelatina. Habrá que impartir capacitación y conocimientos al personal de los organismos de represión para asegurar que puedan identificar correctamente piezas sospechosas descubiertas durante indagaciones operacionales ordinarias relacionadas con las drogas e indagaciones relacionadas con actividades de elaboración o fabricación ilícitas de drogas.

13.12 La cooperación entre las partes debe incluir el intercambio de inteligencia estratégica entre las autoridades competentes para determinar fuentes y pautas de comercio y desviación de materiales y equipos utilizados en laboratorios ilícitos de drogas; la notificación directa y la cooperación con las autoridades competentes para la investigación de remesas específicas de materiales y equipos que se sospecha están destinados a laboratorios ilícitos de drogas (incluidas las entregas vigiladas, cuando corresponda); y el intercambio entre las autoridades competentes de información acerca de investigaciones específicas relacionadas con materiales y equipos, que comprenderá, por ejemplo, la determinación de las fuentes de los materiales y el equipo incautados o la identificación de las fuentes de drogas comunes mediante el análisis comparativo de las tabletas decomisadas. Los organismos de represión también pueden hacer un uso proactivo de la inteligencia estratégica y otra información recogida para vigilar las actividades de los operadores de laboratorios clandestinos y determinar de esta forma la fuente de la fabricación ilícita de drogas.

⁶²⁰Los informes de inteligencia de la policía sobre el supuesto uso de motores fuera de borda para mezclar grandes cantidades de sustancias en un laboratorio clandestino dio lugar a una vigilancia discreta de ese tipo de equipo en una zona del Reino Unido.

⁶²¹Un disco metálico caliente y rotatorio contra el que se rocía base de cocaína en una atmósfera de ácido clorhídrico, precipitando como clorhidrato de cocaína sin necesidad de utilizar disolventes

Artículo 14

MEDIDAS PARA ERRADICAR EL CULTIVO ILÍCITO DE PLANTAS DE LAS QUE SE EXTRAEN ESTUPEFACIENTES Y PARA ELIMINAR LA DEMANDA ILÍCITA DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

Comentarios de carácter general

14.1 La Convención de 1988 fue concebida en gran medida para fortalecer la cooperación internacional y mejorar los sistemas nacionales administrativos y de justicia penal en un esfuerzo por atacar de manera más eficaz el tráfico ilícito de drogas; ahora bien, los que elaboraron la Convención tenían pleno conocimiento de la naturaleza compleja del problema y la consiguiente necesidad de medidas que, por una parte, redujeran la demanda ilícita de drogas y promovieran el tratamiento, la educación, el cuidado posterior, la rehabilitación y la reintegración social de los toxicómanos y, por la otra, trataran un aspecto importante del lado de la oferta mediante la erradicación del cultivo ilícito. El artículo 14 es notable en el sentido de que reconoce específicamente esta dimensión más amplia de los requisitos para la acción nacional y la cooperación internacional⁶²². Desde la celebración de la Conferencia, ese enfoque ha sido adoptado aún más firmemente por la comunidad internacional, como lo demuestra la Declaración Política y Programa de Acción Mundial aprobado por la Asamblea General en su decimoséptimo período extraordinario de sesiones, dedicado a la cuestión de la cooperación internacional contra la producción, la oferta, la demanda, el tráfico y la distribución ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (resolución S-17/2 de la Asamblea General, anexo), celebrado del 20 al 23 de febrero de 1990.

14.2 El proyecto inicial del que más tarde sería el artículo 14 de la Convención de 1988 se titulaba solamente “Medidas para eliminar el cultivo ilícito de plantas de las que se extraen estupefacientes”. El texto contenía disposiciones sucintas en virtud de las cuales las partes desarrollarían “una acción efectiva para erradicar las plantas de adormidera, los arbustos de coca y las plantas de cannabis que se cultiven ilícitamente en sus territorios” y cooperarían para aumentar la eficacia de los programas de erradicación⁶²³. El proyecto fue muy criticado por el grupo de expertos intergubernamentales en sus reuniones de junio y julio de 1987⁶²⁴, aunque las críticas eran en algunos casos mutuamente incompatibles. Algunos representantes consideraron que el proyecto de artículo no agregaba nada al texto ya existente en la Convención de 1961. Un representante propuso un nuevo texto, en virtud del cual las medi-

⁶²²Véase también, por ejemplo, el párrafo 4 del artículo 3.

⁶²³*Documentos Oficiales.*, vol. I ..., documento E/CN.7/1987/2, secc. II (“artículo 10”).

⁶²⁴*Ibid.*, documento E/CN.7/1988/2 (Part II), párrs. 199 a 208.

das concebidas para eliminar el cultivo ilícito debían ser compatibles con “los derechos humanos fundamentales, el respeto de las tradiciones de grupos nacionales y regionales y la protección del medio ambiente”; propuso también hacer referencias a la “sustitución de cultivos” y “el desarrollo rural integrado” como medio para aumentar la eficacia de las actividades de erradicación⁶²⁵. La referencia a las “tradiciones” fue a su vez criticada, ya que éstas suelen estar sujetas a modificación; por otro lado, varios representantes sostuvieron la opinión de que el texto debía tratar también la “reducción de la demanda” así como el lado de la oferta de la ecuación, ya que la “eliminación de la demanda ilícita era un factor fundamental para hacer frente al tráfico ilícito”⁶²⁶. Tras conversaciones oficiosas se preparó un nuevo texto que incorporaba muchas de estas ideas, y este texto constituyó la base de la labor de la Conferencia.

Párrafo 1

1. Cualquier medida adoptada por las Partes para la aplicación de la presente Convención no será menos estricta que las normas aplicables a la erradicación del cultivo ilícito de plantas que contengan estupefacientes y sustancias sicotrópicas y a la eliminación de la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas conforme a lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada y en el Convenio de 1971.

Comentarios

14.3 El párrafo 1, que sirve de párrafo introductorio, dispone que las medidas que se adopten en virtud del artículo 14 no serán “menos estrictas” que las disposiciones pertinentes de la Convención de 1961, la Convención de 1961 en su forma enmendada y el Convenio de 1971. Este texto refleja la preocupación por que el texto del artículo 14 no cree conflictos con las disposiciones de otros instrumentos, o implique la necesidad de introducir enmiendas. De ello se desprende que las medidas adoptadas en virtud del artículo 14 deben complementar a las medidas ya tomadas en virtud de los instrumentos anteriores. La finalidad del texto es reforzar el artículo 25 que dispone: “Las disposiciones de la presente Convención serán sin perjuicio de los derechos y obligaciones que incumben a las Partes en la presente Convención en virtud de la Convención de 1961, de la Convención de 1961 en su forma enmendada y del Convenio de 1971”⁶²⁷.

14.4 Una enmienda propuesta por 12 delegaciones⁶²⁸, en virtud de la cual se hubiera omitido toda referencia a la Convención de 1961 y a esa Convención en su forma enmendada por el Protocolo de 1972 (la propuesta original no contenía ninguna referencia al Convenio de 1971), dio origen a una prolongada deliberación que giró principalmente alrededor del uso “tradicional” de la hoja de coca por varios grupos

⁶²⁵Ibíd., párr. 200.

⁶²⁶Ibíd., párr. 202.

⁶²⁷Véanse, *infra*, los comentarios sobre el artículo 25.

⁶²⁸Bahamas, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cuba, Guatemala, India, Jamaica, México, Panamá, Paraguay y Perú (para el texto de la enmienda propuesta véase *Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/12, “artículo 10” (E/CONF.82/C.2/L.13/Add.10), secc. II, párrs. 2 y 3, págs. 158 y 159).

étnicos⁶²⁹. Se subrayó que cualquier texto que se adoptase debía asegurar que no “se penalice el cultivo lícito del arbusto de coca y los usos tradicionales lícitos de la hoja de coca y su consumo”⁶³⁰. La enmienda también introducía una referencia al “respeto de los derechos humanos fundamentales y la protección del medio ambiente”⁶³¹.

14.5 En el debate que siguió a la presentación de esta enmienda, varias delegaciones, al tiempo que reconocieron la necesidad de tener en cuenta las preocupaciones legítimas de las delegaciones que proponían la enmienda, opinaron firmemente que toda supresión de la referencia a la Convención de 1961 y a esa Convención en su forma enmendada podría en realidad crear una discrepancia entre esas convenciones y la nueva convención que se estaba elaborando. La transacción a que se llegó finalmente, a sugerencia del Presidente, fue introducir las diversas ideas en párrafos separados de un artículo enmendado y ampliado. De esta forma, en el párrafo 1 se mantuvo la referencia a la Convención de 1961 y se introdujo la referencia al Convenio de 1971 para abarcar la posibilidad del cultivo ilícito de plantas que contuviesen sustancias sicotrópicas. De todas formas, la inclusión de la referencia al Convenio de 1971 hubiera sido necesaria para abarcar la nueva dimensión de la reducción de la demanda que se integró en el artículo 14 (véase el párrafo 14.2 *supra*).

14.6 Por consiguiente, el texto del párrafo 1 del artículo 14 debe considerarse en el contexto de las disposiciones de los instrumentos de 1961 y 1971, que limitan o controlan el cultivo de plantas que son fuentes de sustancias de uso indebido difundido o que alientan las actividades de reducción de la demanda.

14.7 El artículo 22 de la Convención de 1961, titulado “Disposición especial aplicable al cultivo” está redactado en términos similares:

“Cuando las condiciones existentes en el país o en un territorio de una Parte sean tales que, a su juicio, la prohibición del cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de la cannabis resulte la medida más adecuada para proteger la salud pública y evitar que los estupefacientes sean objeto de tráfico ilícito, la Parte interesada prohibirá dicho cultivo.”

El texto otorga una flexibilidad considerable a cada parte. La frase “evitar que los estupefacientes sean objeto de tráfico ilícito” por sí misma no dispone la adopción de medidas en virtud del artículo; hay que tener en cuenta el factor adicional de “la salud pública y el bienestar”⁶³².

14.8 Las partes que permiten el cultivo de la adormidera para la producción de opio deben, en virtud de la Convención de 1961, aplicar un sistema de fiscalización. Esto comprende el establecimiento de un organismo oficial⁶³³; la designación de zonas y parcelas de terreno en que se permitirá el cultivo de la adormidera para la producción de opio⁶³⁴; y la expedición de una licencia a los cultivadores⁶³⁵, quienes esta-

⁶²⁹Véase *Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 25a. a 28a. sesiones.

⁶³⁰Ibíd., 25a. sesión, párr. 7.

⁶³¹Ibíd., párr. 9.

⁶³²Véanse los Comentarios a la Convención de 1961, párrafo 3 de los comentarios sobre el artículo 22.

⁶³³Convención de 1961, párrafo 1 del artículo 23.

⁶³⁴Convención de 1961, inciso a) del párrafo 2 del artículo 23.

⁶³⁵Convención de 1961, incisos b) y c) del párrafo 2 del artículo 23.

rán obligados a entregar la totalidad de sus cosechas de opio al organismo⁶³⁶, que tendrá un monopolio sobre la importación y la exportación y el comercio al por mayor del opio, y estará encargado de mantener existencias de opio⁶³⁷. Toda parte que permite el cultivo de la adormidera con fines distintos de la producción de opio debe adoptar todas las medidas necesarias para que no se produzca opio a partir de esa adormidera y para que la fabricación de drogas a partir de la adormidera esté adecuadamente fiscalizada⁶³⁸.

14.9 La Convención de 1961 dispone la aplicación de un sistema de vigilancia similar cuando una parte permite el cultivo del arbusto de coca⁶³⁹. En la medida de lo posible, las partes adoptarán medidas para arrancar de raíz todos los arbustos de coca que crezcan en estado silvestre y destruir los que se cultiven ilícitamente⁶⁴⁰.

14.10 La Convención de 1961 requiere la aplicación de un sistema de fiscalización similar a las partes que permitan el cultivo de la planta de la cannabis para la producción de cannabis o resina de cannabis⁶⁴¹, pero la disposición no se aplica al cultivo de la planta de cannabis con fines exclusivamente industriales (fibra y semillas) u hortícolas⁶⁴². Además, las partes deben adoptar las medidas necesarias para impedir el uso indebido o tráfico ilícito de las hojas de la planta de la cannabis⁶⁴³.

14.11 La Convención de 1961 en su forma enmendada contiene una disposición adicional: una parte que prohíba el cultivo de la adormidera o de la planta de la cannabis tomará las medidas apropiadas para secuestrar cualquier planta ilícitamente cultivada y destruirla, excepto pequeñas cantidades requeridas por la parte para propósitos científicos o de investigación⁶⁴⁴.

14.12 Si bien el sistema general de fiscalización del lado de la oferta introducido en virtud de la Convención de 1961 se consideró como una parte importante de un programa general de lucha contra el uso indebido de drogas, resultó igualmente claro para los autores que, en el mejor de los casos, sería sólo una parte de ese programa y que se necesitarían también medidas educacionales y de otro tipo para reducir la demanda ilícita de drogas. Esto se reconoció por primera vez en el artículo 38 de la Convención de 1961, en su forma no enmendada, titulado “Tratamiento de los toxicómanos”, en el que se pide a las partes que presten especial atención al establecimiento de centros para el tratamiento médico, el cuidado y la rehabilitación de toxi-

⁶³⁶Convención de 1961, inciso *d*) del párrafo 2 del artículo 23.

⁶³⁷Convención de 1961, inciso *e*) del párrafo 1 del artículo 23; véase también el artículo 24 sobre la limitación de la producción de opio para el comercio internacional. De conformidad con el artículo 11 del Protocolo de 1972 se insertó un nuevo artículo 21 *bis* que impone otras restricciones a la producción de opio.

⁶³⁸Convención de 1961, párrafo 1 del artículo 25.

⁶³⁹Hay una modificación: la obligación impuesta al organismo, correspondiente a las establecidas en el inciso *d*) del párrafo 2 del artículo 23, consiste en este contexto solamente en tomar posesión material del producto de la cosecha lo más pronto posible después del fin de la misma (Convención de 1961, párrafo 1 del artículo 26).

⁶⁴⁰Convención de 1961, párrafo 2 del artículo 26.

⁶⁴¹Convención de 1961, párrafo 1 del artículo 28.

⁶⁴²Convención de 1961, párrafo 2 del artículo 28.

⁶⁴³Convención de 1961, párrafo 3 del artículo 28.

⁶⁴⁴Convención de 1961 en su forma enmendada, párrafo 2 del artículo 22 (insertada por aplicación del artículo 12 del Protocolo de 1972).

cómanos⁶⁴⁵. Respecto de las partes que tengan graves problemas de toxicomanías, se consideró “conveniente” que establecieran instalaciones adecuadas para el tratamiento efectivo de los toxicómanos⁶⁴⁶. El artículo 38 de la Convención de 1961 en su forma enmendada, titulado “Medidas contra el uso indebido de estupefacientes”, que se introdujo por aplicación del artículo 15 del Protocolo de 1972, refleja el lenguaje utilizado el año anterior en el artículo 20 del Convenio de 1971. En esos dos textos más recientes se dispone que las partes deben adoptar todas las medidas posibles para prevenir el uso indebido de estupefacientes y la pronta identificación, tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación y readaptación social de las personas afectadas⁶⁴⁷. También se dispone el fomento de la capacitación de personal en esas actividades de reducción de la demanda y la realización de campañas de concienciación de la población⁶⁴⁸.

14.13 Desde un punto de vista histórico cabe tener presente que el artículo 49 de la Convención de 1961 permitía a las partes hacer reservas transitorias que en cierta medida eran directamente pertinentes a la cuestión de la reducción del uso indebido de drogas⁶⁴⁹. De esta forma, las partes en cuyos territorios esa actividad era tradicional y estaba permitida el 1.º de enero de 1961 podían autorizar el opio para fumar y la hoja de coca para mascar con carácter temporal. Además, la utilización casi médica del opio y los usos no médicos de la cannabis y ciertos subproductos podían también permitirse en forma temporal⁶⁵⁰. En virtud de los términos de la Convención de 1961, sólo las personas oficialmente registradas a tal efecto por las autoridades competentes al 1.º de enero de 1964 podían ser autorizadas a fumar opio; el uso casi médico del opio debía abolirse dentro de los 15 años de la entrada en vigor de la Convención de 1961 (es decir, a más tardar el 12 de diciembre de 1979), y la hoja de coca para mascar y el uso no médico de la cannabis en un plazo de 25 años a partir de la entrada en vigor (es decir, a más tardar el 12 de diciembre de 1989)⁶⁵¹.

Párrafo 2

2. Cada una de las Partes adoptará medidas adecuadas para evitar el cultivo ilícito de las plantas que tengan estupefacientes o sustancias sicotrópicas, tales como las plantas de adormidera, los arbustos de coca y las plantas de cannabis, así como para erradicar aquellas que se cultiven ilícitamente en su territorio. Las medidas que se adopten deberán respetar

⁶⁴⁵Convención de 1961, párrafo 1 del artículo 38.

⁶⁴⁶Convención de 1961, párrafo 2 del artículo 38.

⁶⁴⁹Compárese con el inciso *b*) del párrafo 4 del artículo 3 de la Convención de 1988, donde se utiliza un lenguaje similar en relación con el tratamiento de los delincuentes.

⁶⁴⁸Convención de 1961 en su forma enmendada, párrafos 2 y 3 del artículo 38, y Convenio de 1971, párrafos 2 y 3 del artículo 20.

⁶⁴⁹Cinco Estados hicieron uso de esta posibilidad: Bangladesh, Nepal y el Pakistán se reservaron el derecho de permitir el uso casi médico del opio, así como el uso de la cannabis para fines no médicos y la producción, fabricación y comercio de esas sustancias; la India, además de hacer las mismas reservas, se reservó también el derecho de permitir el opio para fumar; y Birmania se reservó el derecho de permitir el opio para fumar en el Estado de Shan.

⁶⁵⁰Convención de 1961, párrafo 1 del artículo 49.

⁶⁵¹Convención de 1961, párrafo 2 del artículo 49.

los derechos humanos fundamentales y tendrán debidamente en cuenta los usos tradicionales lícitos, donde al respecto exista la evidencia histórica, así como la protección del medio ambiente.

Comentarios

14.14 Entre los antecedentes del párrafo 2 figuran las disposiciones pertinentes de la Convención de 1961, y especialmente las del artículo 49, que disponen arreglos de transición por un período limitado respecto del opio para fumar, el uso casi médico del opio, el uso de la cannabis para fines no médicos y la hoja de coca para mascar (véase el párrafo 14.13 *supra*). En un momento la Conferencia tuvo ante sí una propuesta que hubiera hecho una distinción entre el arbusto de coca, por una parte, y las plantas de adormidera y cannabis, por la otra; también hubiera exigido el respeto de diversos “usos lícitos” de todas esas plantas: “tradicionales, domésticos, médicos, farmacéuticos e industriales”⁶⁵².

14.15 No obstante, hubo una fuerte oposición a esa distinción y una preocupación por no enmendar, o no dar la impresión de que se enmendaba, el régimen de fiscalización creado en virtud de la Convención de 1961. La inclusión del párrafo 1 en el artículo 14 fue importante por esta razón. Las deliberaciones sobre el párrafo 2, por lo tanto, se centraron sobre todo en la segunda oración y finalmente se llegó a un acuerdo sobre una frase cuidadosamente redactada que decía “tendrán debidamente en cuenta los usos tradicionales lícitos, donde al respecto exista la evidencia histórica”.

14.16 Cuando las disposiciones del artículo 22 de la Convención de 1961 se consideran junto con las del artículo 14 de la Convención de 1988, se desprende que la adopción de medidas para “la prohibición del cultivo”⁶⁵³ o para “evitar el cultivo ilícito ... y erradicar” las plantas pertinentes⁶⁵⁴ están sujetas a varias consideraciones:

a) Las condiciones prevalecientes en el territorio de una parte deben ser tales que, a juicio de ésta, la prohibición del cultivo sea la medida más adecuada para proteger la salud y el bienestar de la población e impedir la desviación de drogas hacia el tráfico ilícito;

b) Debe considerarse que las medidas que se adopten para prevenir el cultivo ilícito y erradicar las plantas pertinentes:

- i) Respetan los derechos humanos fundamentales;
- ii) Tienen debidamente en cuenta los usos lícitos tradicionales, cuando exista la evidencia histórica de esos usos;
- iii) Tienen debidamente en cuenta la protección del medio ambiente.

14.17 La última de estas consideraciones plantea cuestiones técnicas, particularmente en el contexto de la erradicación. El uso de productos químicos tóxicos, espe-

⁶⁵²*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 26a. sesión, párr. 1.

⁶⁵³El texto de la Convención de 1961.

⁶⁵⁴El texto de la Convención de 1988.

cialmente cuando se los rocía desde el aire, puede ser sumamente efectivo pero es preciso ponderar los riesgos ambientales dimanantes de esa y otras prácticas similares. La geografía de la región puede también tener influencia directa sobre la conveniencia de usar un método de erradicación determinado en lugar de otro (véase el párrafo 14.27 *infra*).

Párrafo 3

3. *a)* Las Partes podrán cooperar para aumentar la eficacia de los esfuerzos de erradicación. Tal cooperación podrá comprender, entre otras cosas, el apoyo, cuando proceda, al desarrollo rural integrado tendiente a ofrecer soluciones sustitutivas del cultivo ilícito que sean económicamente viables. Factores como el acceso a los mercados, la disponibilidad de los recursos y las condiciones socioeconómicas imperantes deberán ser tomados en cuenta antes de que estos programas hayan sido puestos en marcha. Las Partes podrán llegar a acuerdos sobre cualesquiera otras medidas adecuadas de cooperación.

b) Las Partes facilitarán también el intercambio de información científica y técnica y la realización de investigaciones relativas a la erradicación.

c) Cuando tengan fronteras comunes, las Partes tratarán de cooperar en programas de erradicación en sus respectivas zonas situadas a lo largo de dichas fronteras.

Comentarios

14.18 El párrafo 3 se aprobó básicamente sin cambios respecto del texto acordado por el grupo de expertos intergubernamentales en sus reuniones de junio y julio de 1987⁶⁵⁵. El inciso *a)* no establece una obligación para las partes, pero pone de relieve la necesidad, en algunos países y regiones, de aplicar programas de desarrollo rural integrado concebidos, en efecto, para reconstruir una economía local que hasta ese momento se basaba parcial o totalmente en el cultivo ilícito. Desde el punto de vista de los países interesados, las cuestiones enunciadas en la tercera oración (acceso a los mercados, disponibilidad de recursos y condiciones socioeconómicas imperantes) son fundamentales. Subyacente en la cuidadosa neutralidad del texto de este párrafo está el sentimiento de los países productores de que los países en que normalmente se consumen drogas (y que, por lo tanto, se perciben como alimentadores de las economías ilícitas de los países productores) deben participar activamente en la provisión de recursos a los países productores para que éstos puedan introducir cultivos alternativos u otras actividades lícitas, y deben garantizar el acceso a los mercados, o por lo menos no oponer obstáculos a ello.

14.19 Los incisos *b)* y *c)* sí imponen a las partes obligaciones respecto del intercambio de información científica y técnica y los programas de erradicación trans-

⁶⁵⁵El único cambio fue la división del texto en tres incisos, con pequeños ajustes de redacción.

fronterizos. Esas disposiciones pueden considerarse aplicaciones específicas del deber de las partes de cooperar estrechamente en virtud de los términos del artículo 9⁶⁵⁶.

Párrafo 4

4. Las Partes adoptarán medidas adecuadas tendientes a eliminar o reducir la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas con miras a reducir el sufrimiento humano y acabar con los incentivos financieros del tráfico ilícito. Estas medidas podrán basarse, entre otras cosas, en las recomendaciones de las Naciones Unidas, los organismos especializados de las Naciones Unidas, tales como la Organización Mundial de la Salud, y otras organizaciones internacionales competentes, y en el Plan Amplio y Multidisciplinario aprobado por la Conferencia Internacional sobre el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas celebrada en 1987, en la medida en que esto se relacione con los esfuerzos de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y de entidades privadas en las esferas de la prevención, del tratamiento y de la rehabilitación. Las Partes podrán concertar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales tendientes a eliminar o reducir la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Comentarios

14.20 El párrafo 4 es una versión muy ampliada del texto básico que tuvo ante sí la Conferencia, en virtud del cual sólo se pedía a las partes que adoptasen medidas apropiadas para eliminar la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, con miras a acabar con los incentivos financieros del tráfico ilícito. Esa disposición, con la adición de una referencia tanto a la reducción como a la eliminación de la demanda, y la inserción de la referencia al sufrimiento humano, constituye ahora la primera oración de un texto mucho más sustancial. La finalidad del párrafo en su totalidad es abordar el aspecto de la demanda, y corregir lo que de otra forma sería una falta de equilibrio entre las medidas para eliminar la producción y las medidas encaminadas a reducir la demanda.

14.21 En lo que se refiere a la segunda oración del párrafo 4, algunos representantes expresaron fuertes reservas a una referencia al Plan Amplio y Multidisciplinario de actividades futuras en materia de fiscalización del uso indebido de drogas, ya que esto podría dar la impresión de que se confería carácter obligatorio a las recomendaciones de un instrumento no vinculante separado⁶⁵⁷. De hecho, el texto de la segunda oración del párrafo 4 permite pero no exige la adopción de medidas basadas en las

⁶⁵⁶El artículo 9 está orientado hacia los delitos establecidos de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, que incluyen el cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis para fines de producción de estupefacientes contraria a las disposiciones de la Convención de 1961 y de esa Convención en su forma enmendada.

⁶⁵⁷Bulgaria, China, Francia, la República Socialista Soviética de Ucrania y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (véase *Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/12, "artículo 10" (E/CONF.82/C.2/L.13/Add.10), secc. III, párrs. 13 a 16, pág. 160).

recomendaciones del Plan Amplio y Multidisciplinario (o en las recomendaciones de los órganos intergubernamentales a que se hace referencia). Se consideró expeditivo hacer una referencia al Plan Amplio y Multidisciplinario de esa forma a fin de evitar la negociación de un texto que tendría que incluir *in extenso* las diversas recomendaciones, muchas de las cuales figuraban en el capítulo I del Plan Amplio y Multidisciplinario⁶⁵⁸. Algunas de ellas (como se reconoce en el texto) se refieren a la labor de organismos privados o no gubernamentales.

14.22 La oración final es una de las diversas disposiciones de la Convención concebidas para alentar a las partes a fortalecer la eficacia de la Convención mediante acuerdos bilaterales o multilaterales u otros arreglos menos formales⁶⁵⁹.

Párrafo 5

5. Las Partes podrán asimismo adoptar las medidas necesarias para que los estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II que se hayan incautado o decomisado sean destruidas prontamente o se disponga de ellas de acuerdo con la ley y para que las cantidades necesarias debidamente certificadas de esas sustancias sean admisibles a efectos probatorios.

Comentarios

14.23 En el Plan Amplio y Multidisciplinario se sugiere la promulgación de legislación nacional para autorizar la pronta destrucción o la aplicación de otras medidas lícitas de eliminación de los estupefacientes y las sustancias sicotrópicas decomisados una vez tomadas en forma lícita las muestras que se requieran con fines de prueba y análisis⁶⁶⁰. El objetivo es prevenir que las drogas incautadas vuelvan a desviarse hacia el mercado ilícito⁶⁶¹. El párrafo 5, que permite más que obliga, incorpora la sugerencia en el texto de la Convención.

Consideraciones relativas a la aplicación: artículo 14 en su totalidad

14.24 Como se señaló *supra*, gran parte del artículo 14 está concebido para prevenir el cultivo ilícito de plantas que contienen estupefacientes y sustancias sicotrópicas, promover su erradicación y fomentar medidas para eliminar la demanda ilícita.

⁶⁵⁸Especialmente en los objetivos 3 (Técnicas de prevención en el sistema educativo), 4 (Prevención del uso indebido de drogas en el lugar de trabajo), 5 (Programas de prevención a cargo de grupos cívicos, comunitarios y de interés especial y de organismos de represión), 6 (Actividades de esparcimiento al servicio de la campaña continua contra el uso indebido de drogas) y 7 (Función de los medios de comunicación) (*Informe de la Conferencia Internacional sobre el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas, Viena, 17 a 26 de junio de 1987* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.87.I.18), cap. I, secc. A.

⁶⁵⁹Véanse, por ejemplo, el inciso g) del párrafo 4 del artículo 5, y el párrafo 12 del artículo 6.

⁶⁶⁰*Informe de la Conferencia Internacional sobre el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas, Viena, 17 a 26 de junio de 1987* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.87.I.18), cap. I, secc. A, párr. 267.

⁶⁶¹A este respecto, véanse los comentarios hechos por la India (*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 25a. sesión, párr. 23, y 28a. sesión, párrs. 28 y 31).

Dado que todo esto está también comprendido en otros tratados mundiales de fiscalización de drogas, fue necesario asegurar la coherencia de las medidas específicas contenidas en este importante artículo con las consagradas en los instrumentos anteriores.

14.25 El párrafo 1 del artículo 14, por lo tanto, dispone que cualquier medida que se adopte en virtud de la Convención de 1988 respecto de la erradicación del cultivo ilícito y la eliminación de la demanda ilícita “no será menos estricta” que las normas aplicables en virtud de los instrumentos anteriores. En consecuencia, esta disposición “no deja lugar a dudas en cuanto a qué cultivo es de naturaleza ilícita y qué cultivos son lícitos con fines medicinales, tradicionales y científicos”⁶⁶². Si bien las partes en esos instrumentos tendrán necesariamente los sistemas de fiscalización requeridos, los Estados que queden obligados en virtud de la Convención de 1988 pero que no sean partes de uno o más de los instrumentos anteriores deberán resolver cuestiones de aplicación específicas. Esos Estados tienen la obligación de tomar medidas que no sean menos estrictas que las contenidas en los tratados mencionados. Sería sumamente conveniente que los encargados del proceso de aplicación realizaran un examen detallado de las medidas adoptadas por los Estados partes pertinentes. Además, el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas tiene amplia experiencia en materia de elaboración de textos legislativos y otras formas conexas de asistencia técnica en esta esfera⁶⁶³.

14.26 Los párrafos 2 y 3 del artículo 14, que tratan de la importante y compleja cuestión de la erradicación del cultivo ilícito, pueden en muchos países dar lugar a dificultades de orden práctico importantes que habrá que superar al elaborar y aplicar un programa eficaz. Por ejemplo, las plantas de que se trata suelen cultivarse en lugares remotos o en zonas fuera del control efectivo del gobierno. Un problema inicial será la determinación de los lugares precisos donde se realiza el cultivo. Muchos países tendrán que movilizar tanto los recursos nacionales como la cooperación internacional. En el párrafo 198 del Plan Amplio y Multidisciplinario y en el inciso *a*) del párrafo 38 del Programa Mundial de Acción, por ejemplo, se destaca la importancia de obtener, mediante acuerdo, acceso a imágenes de satélite de alta resolución y fotografías aéreas de otros miembros de la comunidad internacional que tengan esas capacidades tecnológicas. En el párrafo 3 del artículo 14 se dan ejemplos de esferas de cooperación internacional para la aplicación de programas de erradicación efectivos.

14.27 Se dispone de varios métodos y tecnologías para utilizar en las operaciones de erradicación, incluso el arranque de raíz manual y mecánico y el rociado manual y aéreo. En el párrafo 2 del artículo 14 se hace hincapié en la importancia de considerar los factores ambientales al escoger las medidas apropiadas. Esta cuestión fue objeto de intensas deliberaciones desde 1988. Como se destacó en el informe de la Reunión del Grupo de Expertos sobre métodos ambientalmente inocuos para la erradicación de plantas estupefacientes ilícitas, celebrada en Viena del 4 al 8 de diciem-

⁶⁶² “Report of the United States Delegation to the United Nations Conference for the adoption of a Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances”, 101st Congress, 1st Session, Senate, Exec. Rept. 101-15, pág. 87.

⁶⁶³ Véase, por ejemplo, la legislación modelo contenida en un documento de referencia publicado en septiembre de 1996 por el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas.

bre de 1989⁶⁶⁴, el empleo de agentes para erradicar dichas plantas dependerá de una serie de factores como la situación geográfica, el clima, las características topográficas y las condiciones socioeconómicas imperantes, a los que ha de responder.

14.28 En algunas circunstancias, la eficacia de las actividades de erradicación se podrá incrementar mediante otras iniciativas, entre ellas el apoyo “al desarrollo rural integrado tendiente a ofrecer soluciones sustitutivas del cultivo ilícito”⁶⁶⁵. El inciso *a*) del párrafo 3 del artículo 14 fomenta la cooperación entre las partes respecto de esas actividades. La metodología a la que se hace referencia se conoce más comúnmente como “desarrollo alternativo” y comprende un enfoque que trata de todos los aspectos de la economía de una zona de cultivo ilícito, mediante la introducción de una mezcla apropiada de infraestructura mejorada, medidas relacionadas con la salud, la educación y la creación de empleo, además del desarrollo y la diversificación agrícolas. El desarrollo alternativo se basa en el principio de que la eliminación de las causas de la dependencia económica de los cultivos ilícitos permite aplicar una prohibición del cultivo. Esas prohibiciones por lo general se introducen de manera gradual y paralelamente a los insumos de desarrollo. El Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas tiene abundante experiencia en esta y otras cuestiones conexas, que pueden aprovechar los encargados de elaborar políticas apropiadas⁶⁶⁶.

14.29 Por otro lado, el párrafo 4 hace hincapié en la reducción o eliminación de la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y en la facilitación de la cooperación internacional a tales fines. También en esta esfera, las obligaciones impuestas a las partes son, necesariamente, de naturaleza extremadamente abierta. Mucho dependerá de una evaluación de lo que se considera apropiado dados los factores económicos, sociales, religiosos, culturales y conexas, y las tradiciones imperantes en la jurisdicción de que se trate. También en este caso hay mucha experiencia, tanto internacional como nacional, que los encargados de aplicar esta disposición pueden aprovechar según les convenga. Cuando se estaban preparando los presentes *Comentarios*, la Comisión de Estupefacientes, a petición de la Asamblea General, estaba elaborando una declaración general de principios rectores para reducir la demanda ilícita de drogas. Esa cuestión debía ser examinada por la Asamblea General en su vigésimo período extraordinario de sesiones, que se celebraría en junio de 1998, tras lo cual las partes y la comunidad internacional dispondrían de otra importante fuente de información útil sobre reducción de la demanda.

14.30 Hay un amplio consenso en el sentido de que el éxito de la lucha contra el uso indebido de drogas depende de la existencia de programas amplios, incluidos los de tratamiento y rehabilitación, que den prioridad a la reducción de la demanda. Si bien la naturaleza y el alcance de los programas nacionales de fiscalización de drogas pueden diferir significativamente, un problema común es el diseño de un sistema capaz de aplicar efectivamente la estrategia seleccionada. A este respecto, la experiencia de los Estados que han establecido una administración o administraciones especiales en cumplimiento del artículo 17 de la Convención de 1961 y del artículo 6

⁶⁶⁴E/CN.7/1990/CRP.7, párr. 9.

⁶⁶⁵Texto del inciso *a*), del párrafo 3 del artículo 14.

⁶⁶⁶Véase una descripción detallada de la metodología en el Documento de Información Técnica No. 5 del PNUFID, de 4 de noviembre de 1993.

del Convenio de 1971 puede ser muy instructiva. Como se señala en los Comentarios al Convenio de 1971: “El término ‘administración especial’, en el sentido técnico que se le da en materia de fiscalización de drogas, comprende todas las medidas administrativas especiales para establecer un enlace entre las diversas dependencias oficiales a nivel nacional, central y local a las que se han confiado funciones de fiscalización, y para coordinar su labor. Esas medidas pueden consistir en la creación de una dependencia especial en el departamento central competente del gobierno, o de un comité interdepartamental o de otros medios administrativos de conformidad con la estructura constitucional y administrativa del Estado de que se trate”⁶⁶⁷. Esas dependencias especiales pueden también facilitar la preparación de planes nacionales coordinados de fiscalización de drogas, que se ocupen de los diversos requisitos sectoriales cuya responsabilidad suele estar dispersa entre diversos ministerios y departamentos. El Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas proporciona a los gobiernos asesoramiento sobre la preparación de esos planes nacionales⁶⁶⁸.

14.31 El párrafo 5 del artículo 14 trata de una cuestión muy diferente de gran importancia práctica, concretamente, la posibilidad de la pronta destrucción o disposición lícita de las drogas ilícitas y las sustancias frecuentemente utilizadas en la fabricación ilícita de esas drogas, con arreglo al Cuadro I y el Cuadro II de la Convención de 1988. Teniendo en cuenta el volumen y el valor de las sustancias pertinentes incautadas o decomisadas durante las actividades de lucha contra el tráfico ilícito, el elevado costo del almacenamiento, los riesgos para la seguridad y otras cuestiones conexas, se consideró apropiado dejar constancia de la aceptabilidad de una estrategia de pronta eliminación que prevea medidas para que “las cantidades necesarias debidamente certificadas de esas sustancias sean admisibles a efectos probatorios”.

14.32 Las partes en la Convención cuyas leyes y reglamentos vigentes no prevean la posibilidad de destruir o eliminar de alguna otra manera antes del juicio las drogas decomisadas o incautadas, y la consiguiente admisibilidad como prueba de las muestras tomadas de las drogas o los precursores decomisados quizá deseen considerar la posibilidad de promulgar legislación nacional a tal fin, o enmendar la legislación existente. En tal caso, podrán aprovechar la experiencia de un número creciente de países, que representan muchos de los principales sistemas jurídicos principales del mundo y que ya han tomado esta medida. Los encargados de efectuar esa revisión podrían aprovechar también un examen de la labor pertinente realizada en varios foros internacionales. A este respecto, son particularmente útiles los informes de dos grupos de expertos sobre destrucción antes del juicio de estupefacientes, sustancias sicotrópicas y precursores y sustancias químicas esenciales, que se reunieron bajo los auspicios de las Naciones Unidas en 1989 y 1990, respectivamente, a sugerencia de la 14a. reunión de jefes de organismos nacionales de represión de drogas de Asia y el Pacífico, celebrada en Bangkok del 3 al 7 de octubre de 1988.

14.33 El primero de los grupos de expertos debía considerar las consecuencias jurídicas de una iniciativa de ese tipo y proponer medidas prácticas para la destrucción o eliminación lícita sin perjudicar la admisibilidad probatoria. La reunión recomendó

⁶⁶⁷Comentarios al Convenio de 1971, párrafo 3 de los comentarios sobre el artículo 6.

⁶⁶⁸Véase Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas, *Formato y directrices para la elaboración de planes maestros nacionales de fiscalización de drogas* (diciembre de 1994).

que se estudiara la posibilidad de aplicar un marco en el que se identificaran los procedimientos disponibles que se podrían utilizar desde el momento de la incautación hasta el momento de la eliminación definitiva: “Entre esos procedimientos se mencionó el inventario que había de hacerse en el momento de la incautación, la eliminación, el transporte, el almacenaje, la extracción de muestras y el análisis por expertos de esas sustancias con carácter urgente, así como la decisión sobre su eliminación y la ejecución de esa decisión”⁶⁶⁹.

14.34 Los Estados que actualmente carezcan de la capacidad para realizar los análisis necesarios de las muestras conservadas quizá deben formular normas jurídicas pertinentes a fin de “facultar al poder judicial a admitir como prueba las conclusiones analíticas de laboratorios extranjeros reconocidos por el gobierno”⁶⁷⁰. En ese caso, habrá que incluir suficiente flexibilidad para facilitar la exportación y la subsiguiente devolución de las muestras de que se trate. También se puede prestar atención al cumplimiento de los arreglos cooperativos internacionales previstos en el artículo 9, incluido el suministro, cuando sea necesario, de “las cantidades necesarias de sustancias para su análisis o investigación”⁶⁷¹.

14.35 Todas las partes, independientemente de que hayan escogido destruir el material antes del juicio o mantener la costumbre tradicional de conservar la totalidad de la remesa hasta después del juicio, enfrentan el problema común de prever la eliminación efectiva de esas sustancias teniendo en cuenta sus posibles efectos adversos sobre la ecología y el medio ambiente. Ése fue el punto principal de examen de la segunda reunión del Grupo de Expertos sobre la destrucción previa al juicio de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, precursores y productos químicos esenciales incautados, celebrada en Bangkok del 22 al 26 de octubre de 1990. Al examinar métodos de destrucción, el Grupo de Expertos agrupó las sustancias en tres categorías: materiales de plantas, resina de cannabis y opio; drogas comprimidas, en polvo o sometidas a otro tipo de elaboración; y precursores, productos químicos esenciales y disolventes. Seguidamente analizó, respecto de cada categoría, los factores relacionados con la seguridad, el medio ambiente y el costo de posibles métodos de destrucción. Después de determinar las ventajas y desventajas de los diversos métodos, formuló recomendaciones particulares, otorgando alta prioridad al proceso de incineración. La incineración se definió como “la combustión mediante llama controlada en un espacio cerrado, con salvaguardias adecuadas para evitar la salida a la atmósfera de ácidos inorgánicos o gases tóxicos, ... garantizando la máxima combustión posible del material”⁶⁷². También se consideraron aceptables algunas otras alternativas. Por ejemplo, con respecto a los disolventes, precursores y productos químicos esenciales, el Grupo de Expertos opinó que el reciclado era la mejor opción desde el punto de vista ambiental, pero que consideraciones de transporte, seguridad y protección podrían hacer que el método resultara prohibitivamente caro en lugares remotos. En algunas jurisdicciones es probable que se necesiten disposiciones apropiadas en rela-

⁶⁶⁹Informe de la Reunión de Expertos sobre la destrucción previa al juicio de estupefacientes, sustancias, precursores y productos químicos esenciales incautados, celebrada en Viena, del 13 al 17 de noviembre de 1989” (E/CN.7/1990/7/Add.1), párrs. 3 y 21).

⁶⁷⁰Informe de la Conferencia Internacional sobre el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas, Viena, 17 a 26 de junio de 1987 (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.87.I.18), cap. I, secc. A, párr. 268.

⁶⁷¹Véanse, *supra*, los comentarios sobre el inciso d) del párrafo 1 del artículo 9.

⁶⁷²E/CN.7/1991/CRP.5, nota del inciso g) del párrafo 8.

ción con la venta o transferencia de esas sustancias en este contexto. Aunque los instrumentos internacionales de fiscalización de drogas no prohíben expresamente a los Estados utilizar las drogas incautadas para satisfacer sus necesidades internas, esta práctica no se propugna no sólo por cuestiones de seguridad evidentes sino también en razón de su eficacia en función del costo, dada la necesidad de reelaborar las drogas decomisadas, que por lo general contienen adulterantes e impurezas, antes de que se las pueda utilizar para la fabricación de medicamentos. Además, en varias resoluciones del Consejo Económico y Social se pidió a los gobiernos que se abstuvieran de fomentar la proliferación de las fuentes de abastecimiento y, en su resolución 33/168, la Asamblea General invitó a los gobiernos a asegurar un equilibrio continuado entre la oferta lícita y la demanda lícita y evitar desequilibrios imprevistos provocados por las ventas de drogas incautadas o decomisadas.

14.36 Las recomendaciones del Grupo de Expertos en su segunda reunión abarcaron también varias cuestiones conexas, incluida la participación de químicos forenses desde antes de la incautación, medidas de capacitación adecuadas y almacenamiento adecuado para las muestras conservadas. Estas cuestiones deben ser resueltas por los encargados de formular una política general para la aplicación de cualquier programa de destrucción previa al juicio en condiciones de seguridad.

Artículo 15

TRANSPORTISTAS COMERCIALES

Comentarios de carácter general

15.1 El artículo 15 hace hincapié en la necesidad de asegurar que los medios de transporte de los transportistas comerciales en la medida de lo posible no se utilicen en la comisión de los delitos graves de tráfico ilícito enumerados en el párrafo 1 del artículo 3. A tal fin, reconoce la necesidad de que cada parte imponga obligaciones al sector comercial, y coopere estrechamente con éste, a fin de crear un ambiente inhospitalario para los que se dedican al tráfico internacional de drogas. Ésta es otra esfera en que la Convención contiene novedades a nivel internacional. Por ejemplo, es la primera vez que en un tratado internacional se reconoce que los transportistas comerciales tienen la obligación de prevenir que sus medios de transporte se utilicen con fines de tráfico ilícito de drogas⁶⁷³.

15.2 Según el artículo 1, por transportista comercial se entiende “una persona o una entidad pública, privada o de otro tipo dedicada al transporte de personas, bienes o correo⁶⁷⁴ a título oneroso”⁶⁷⁵. Con mucha frecuencia, el tráfico ilícito comprenderá los servicios de un transportista comercial según esa definición, por lo que no está de más insistir en la necesidad de que los transportistas tengan conocimiento del posible uso indebido de sus servicios y estén dispuestos a cooperar plenamente con el personal de los organismos de represión.

15.3 El proyecto inicial de lo que luego sería el artículo 15 tenía un texto mucho más enérgico que el actual. Mencionaba la mayor seguridad en los puertos, los “registros minuciosos” cuando existiesen sospechas (considerándose que la necesidad de efectuar esos registros era causa razonable para demorar la partida de una aeronave comercial), y también la posible confiscación del medio de transporte cuando se demostrase que el transportista tenía conocimiento de su utilización con fines de tráfico ilícito⁶⁷⁶. El grupo de expertos intergubernamentales de composición abierta consideró que muchos de esos elementos no eran prácticos o eran indebidamente engorrosos, y en las deliberaciones oficiosas de la primera sesión del grupo en junio y julio de 1987 se preparó un proyecto revisado⁶⁷⁷ que, tras nuevas deliberaciones en la Comisión de Estupefacientes, no fue objeto de enmiendas por la Conferencia.

⁶⁷³“Report of the United States Delegation to the United Nations Conference for the adoption of a Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances”, 101st Congress, 1st Session, Senate, Exec. Rept. 101-15, pág. 91.

⁶⁷⁴Véase, *infra*, en los comentarios sobre el párrafo 1 del artículo 19, un examen del significado de la referencia a “correo” en este contexto.

⁶⁷⁵Inciso d) del artículo 1.

⁶⁷⁶*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CN.7/1987/2, secc. II (“artículo 11”).

⁶⁷⁷*Ibid.*, documento E/CN.7/1988/2 (Part II), párrs. 216 a 222.

Párrafo 1

1. Las Partes adoptarán medidas adecuadas a fin de garantizar que los medios de transporte utilizados por los transportistas comerciales no lo sean para cometer delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3; entre esas medidas podrá figurar la concertación de arreglos especiales con los transportistas comerciales.

Comentarios

15.4 En el párrafo 1 se impone a las partes la obligación de adoptar “medidas adecuadas”. Algunas de esas medidas se indican en los restantes párrafos del artículo, pero en la parte final de este párrafo se señala la conveniencia de concertar arreglos especiales con los transportistas comerciales. En varios Estados se han utilizado satisfactoriamente “acuerdos de transportistas” o memorandos de entendimiento; esta cuestión se examina también más adelante (véanse los párrafos 15.10 a 15.16 *infra*).

Párrafo 2

2. Cada una de las Partes exigirá a los transportistas comerciales que tomen precauciones razonables a fin de impedir que sus medios de transporte sean utilizados para cometer delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. Entre esas precauciones podrán figurar las siguientes:

a) Cuando el establecimiento principal del transportista comercial se encuentre en el territorio de dicha Parte:

- i) La capacitación del personal para descubrir personas o remesas sospechosas;
- ii) El estímulo de la integridad moral del personal;

b) Cuando el transportista comercial desarrolle actividades en el territorio de dicha Parte:

- i) La presentación por adelantado, cuando sea posible, de los manifiestos de carga;
- ii) La utilización en los contenedores de sellos inviolables y verificables individualmente;
- iii) La denuncia a las autoridades competentes, en la primera ocasión, de cualquier circunstancia sospechosa que pueda estar relacionada con la comisión de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.

Comentarios

15.5 En virtud del párrafo 2, cada una de las partes está obligada a exigir a los transportistas comerciales que tomen “precauciones razonables” a fin de impedir que

sus medios de transporte sean utilizados para cometer delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3⁶⁷⁸. La determinación de las precauciones que son “razonables” dependerá de las circunstancias de cada caso y tendrá en cuenta cuestiones como el tamaño de la empresa de transportes, la experiencia de sus empleados, la disponibilidad de sistemas avanzados y los riesgos conocidos que resultan del uso de rutas particulares. En el texto final no se incluyó ninguna disposición relativa a las sanciones que se aplicarían cuando no se hubiesen tomado precauciones razonables; la cuestión se dejó a la legislación nacional de cada parte. Tampoco se dispone (a diferencia del primer proyecto) que, con sujeción a que se hubieran adoptado precauciones razonables, el transportista no será responsable si la naturaleza ilícita de la remesa fuera encubierta por el expedidor⁶⁷⁹. Normalmente habrá disposiciones de ese tipo en la legislación nacional de cada parte⁶⁸⁰.

15.6 El texto contiene, en consecuencia, una lista no excluyente de las precauciones que pueden requerirse. La lista se divide con fines jurisdiccionales, de modo que los requisitos generales en cuanto a capacitación del personal y al “estímulo de la integridad moral” son aplicados por la parte en cuyo territorio el transportista comercial tiene su sede principal de negocios, mientras que los requisitos más específicos se imponen sobre cualquier transportista que se encuentre en el territorio de una parte (lo que incluye todos los casos en que el transporte comienza o termina en el territorio, o pasa a través de él).

15.7 Los incisos no requieren explicación y sólo unos pocos comentarios. La palabra “contenedor” del apartado ii) del inciso b) del párrafo 2 se utiliza en sentido general como el envoltorio exterior de una remesa, más que en el sentido más técnico que ha adquirido en la terminología del transporte. En el primer proyecto había otros incisos y apartados relativos a la limitación del acceso a medios de transporte y carga en puertos internacionales y a la fijación de la hora de llegada de los medios de transporte, cuando esto fuera posible, para facilitar procedimientos aduaneros efectivos. La última propuesta no recibió apoyo suficiente y no aparece en el texto final, pero los elementos de la primera se encuentran en el párrafo 3.

15.8 El representante de los Estados Unidos hizo hincapié durante todas las deliberaciones en que cada parte podía aplicar las medidas establecidas en ambas partes del párrafo 2 a cualquier transportista; los dos incisos no eran mutuamente excluyentes⁶⁸¹.

⁶⁷⁸Claramente, esta disposición hace hincapié en el uso de los medios de transporte para portar estupefacientes y sustancias sicotrópicas, pero el párrafo 1 del artículo 3 da a la disposición un alcance más amplio, quizá no totalmente previsto por los autores de la Convención.

⁶⁷⁹*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CN.7/1987/2 (“artículo 11”).

⁶⁸⁰Véase el caso inglés *Customs and Excise Commissioners c. Air Canada* [1991]1 A11 E.R.570, C.A., relativo a la incautación de una aeronave TriStar de Air Canada en la que se descubrió una importante remesa de cannabis, en el que la Cámara de Apelaciones sostuvo que en virtud de la legislación pertinente no se requería ningún elemento de conocimiento. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo más tarde que eso no constituía una interferencia injustificada con el disfrute pacífico de los bienes propios y se ajustaba al interés general de la lucha contra el tráfico internacional de drogas (*Air Canada c. Reino Unido* (Caso 9.1994/456/537)). Aunque los delitos establecidos de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 comprenden el elemento de la intención, esto no se incluyó en el párrafo 1 del artículo 15.

⁶⁸¹*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CN.7/1988/2 (Part II), págs. 30 y 31; *ibíd.*, *Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones plenarias, 7a. sesión plenaria, párr. 66; e *ibíd.*, Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 3a. sesión, párr. 37.

Párrafo 3

3. Cada una de las Partes procurará garantizar que los transportistas comerciales y las autoridades competentes de los lugares de entrada y salida, y demás zonas de control aduanero, cooperen a fin de impedir el acceso no autorizado a los medios de transporte y a la carga, así como en la aplicación de las medidas de seguridad adecuadas.

Comentarios

15.9 Como se acaba de indicar (véase el párrafo 15.7 *supra*), el párrafo 3 refleja ideas contenidas en el párrafo 2 de una versión anterior. Pone de relieve la vulnerabilidad de los medios de transporte y de la carga mientras esperan la aprobación aduanera. La única forma de minimizar los riesgos es prevenir el acceso no autorizado a los medios de transporte y a la carga y adoptar las medidas de seguridad que se consideren adecuadas. Éstas podrían ser similares a las que ya se han adoptado en muchos aeropuertos para restringir el acceso por razones de seguridad general. La obligación impuesta a las partes en virtud del párrafo 3 es sólo de asegurar la cooperación a este respecto entre los transportistas y las autoridades competentes.

Consideraciones relativas a la aplicación: artículo 15 en su totalidad

15.10 El párrafo 1 del artículo 15 obliga a cada parte a adoptar “medidas adecuadas” para asegurar que los medios de transporte utilizados por los transportistas comerciales no lo sean para cometer delitos tipificados en el párrafo 1 del artículo 3. Se prevé también que esas medidas pueden incluir la concertación de “arreglos especiales” con los transportistas comerciales; a este respecto, es importante recordar que la Convención permite una definición bastante amplia de ese término (véase el párrafo 15.2 *supra*)⁶⁸². Además de que los encargados de aplicar el artículo 15 deben asegurar que todos los comprendidos en la definición estén sujetos a “medidas adecuadas”, también se podría considerar si, a la luz de las circunstancias nacionales o la práctica internacional prevalente, se podría incluir a otros agentes relacionados con este asunto. Por ejemplo, en 1995, en el informe del Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima, se recomendó que “debería asociarse, para cooperar en forma voluntaria en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas, a los transportistas comerciales, las agencias de tripulaciones, las empresas navieras, las autoridades portuarias, las organizaciones comerciales y otros grupos profesionales que intervienen en el transporte marítimo”⁶⁸³.

15.11 El reconocimiento de la necesidad de estimular a los que participan en el transporte de pasajeros y mercancías, ya sea por carretera, ferrocarril, mar o aire⁶⁸⁴, a que cooperen con las autoridades apropiadas para prevenir las actividades del tráfico ilícito es anterior a la concertación de la Convención. Por ejemplo, en el Plan Amplio

⁶⁸²Véanse también, *supra*, los comentarios sobre el inciso *d*) del artículo 1.

⁶⁸³“Informe de la reunión del Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima, celebrada en Viena del 19 al 23 de septiembre de 1994 y del 20 al 24 de febrero de 1995” (E/CN.7/1995/13), recomendación 23.

⁶⁸⁴Véase, por ejemplo, el Programa de cooperación y asistencia para disuadir del contrabando de estupefacientes en aeronaves comerciales, acordado entre el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos y la Asociación de Transporte Aéreo de América en marzo de 1985.

y Multidisciplinario se contempla la concertación de arreglos detallados con los participantes del sector del transporte, en los que se establecerían las respectivas responsabilidades. Esos arreglos deben basarse, siempre que sea posible, en el Memorando de Entendimiento establecido entre el Consejo de Cooperación Aduanera, también denominado Organización Mundial de Aduanas, y las diversas organizaciones internacionales interesadas, por ejemplo, la Cámara Naviera Internacional y la Asociación de Transporte Aéreo Internacional, y en todas las directrices pertinentes en las que se detallan las medidas de cooperación que deben tomar tanto las autoridades como los miembros de esas organizaciones⁶⁸⁵.

15.12 Los Estados que contemplen el establecimiento de un programa de negociaciones con transportistas comerciales por primera vez están en condiciones de aprovechar el cuerpo siempre creciente de práctica que vienen generando otros Estados desde 1988. Esas iniciativas por lo general han procurado aprovechar las relaciones existentes con los servicios de aduana locales u otras autoridades apropiadas, estableciendo medidas prácticas para que los participantes puedan aumentar la cooperación respecto del problema del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Otras directrices sobre el alcance y el contenido apropiados de ese tipo de programas pueden obtenerse de un examen del contenido de los párrafos 2 y 3 del artículo 15.

15.13 Aunque no se dispone en la Convención de 1988, es común que los arreglos establecidos con los transportistas comerciales incluyan las medidas de apoyo que deben adoptar las autoridades apropiadas en esferas como el suministro de capacitación, educación, asesoramiento e información⁶⁸⁶. Por ejemplo, el suministro de orientación al sector privado sobre la forma de identificar situaciones no comunes que pudieran indicar el tráfico ilícito de drogas ha resultado muy satisfactorio en la práctica⁶⁸⁷. Quizá fuera útil complementar esta disposición con el establecimiento de directrices y procedimientos para comunicar situaciones sospechosas y cuestiones conexas a las autoridades apropiadas.

15.14 Como se recordará, en otras partes de la Convención de 1988 se sigue un criterio similar, basado en el concepto de que el Estado debe establecer contactos con los participantes en el comercio legítimo a fin de combatir el tráfico ilícito. El ejemplo más claro se encuentra en la prevención de la desviación de sustancias usadas frecuentemente en la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas⁶⁸⁸. Asimismo, como se ha visto en otras partes, desde 1988 los Estados vienen haciendo hincapié en la importancia de esta dimensión de cooperación en sus actividades para prevenir el uso del sistema financiero con fines de lavado de dinero⁶⁸⁹. La elaboración de políticas en relación con los transportistas comerciales debe, por razones de coherencia, uniformidad y antecedentes, tener en cuenta las iniciativas pertinentes en estas esferas.

⁶⁸⁵Informe de la Conferencia Internacional sobre el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas, Viena, 17 a 26 de junio de 1987 (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.87.I.18), cap. I, secc. A, párr. 297.

⁶⁸⁶Ibíd.

⁶⁸⁷Esta es una de las características fundamentales de la Alianza contra las Drogas establecida por la Autoridad de Aduanas y Aranceles de Su Majestad, en el Reino Unido.

⁶⁸⁸Véanse, *supra*, los comentarios al artículo 12.

⁶⁸⁹Véanse, *supra*, los comentarios al inciso b) del párrafo 1 del artículo 3.

15.15 El párrafo 1, sin embargo, se basa en la premisa de que las “medidas adecuadas” que tomen las partes serán más amplias que la mera concertación de arreglos especiales con los transportistas comerciales⁶⁹⁰. Algunas partes han impuesto sanciones monetarias o la incautación y el decomiso de los medios de transporte que se han utilizado en actividades de tráfico ilícito de drogas⁶⁹¹. La imposición de esas penas puede estar vinculada a la concertación de los arreglos especiales de los tipos examinados *supra*. Por ejemplo, en los Estados Unidos, la participación de un transportista comercial en uno de esos arreglos se considerará un factor atenuante en cualquier decisión o recomendación de sanción o en cualquier decomiso si se encuentran drogas ilícitas en un medio perteneciente a ese transportista⁶⁹².

15.16 En cualquier examen de la idoneidad de las leyes existentes en esta esfera, que se puede realizar junto con el examen relativo al decomiso de los instrumentos en virtud del artículo 5 de la Convención⁶⁹³, se debe prestar atención al criterio de las “precauciones razonables” establecido en el párrafo 2. Esta fórmula fue parte de una solución de transacción a la que se llegó respecto de la enmienda del proyecto de texto anterior (véase el párrafo 15.3 *supra*). Algunos países, de conformidad con la autoridad que les confiere el artículo 24, decidieron imponer una norma más estricta sobre precauciones a los transportistas comerciales⁶⁹⁴, por lo que los responsables de aplicar medidas en esta esfera tendrán que determinar si es apropiado seguir esos precedentes de naturaleza tan amplia. De igual modo, si bien la estructura del párrafo 2 establece una diferencia entre los transportistas cuando el lugar principal de sus negocios está dentro o fuera del territorio de la parte interesada, algunos Estados han omitido establecer esta distinción en sus políticas nacionales y han optado por aplicar un criterio uniforme. Por consiguiente, el proceso de aplicación deberá incluir una evaluación de la posición más apropiada a este respecto.

⁶⁹⁰Véanse, *supra*, los comentarios sobre el párrafo 1 del artículo 15.

⁶⁹¹Véase la posición de los Estados Unidos en 19 U.S.C. 1584 y 19 U.S.C. 1594.

⁶⁹²*Manual for Compliance with the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances* (Washington, D.C., Departamento de Justicia de los Estados Unidos, 1992), pág. 53.

⁶⁹³Véanse, *supra*, los comentarios sobre el inciso b) del párrafo 1, el párrafo 2 y los incisos a) y b) del párrafo 4 del artículo 5.

⁶⁹⁴Véase, por ejemplo, “Report of the United States Delegation to the United Nations Conference for the adoption of a Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances”, 101st Congress, 1st Session, Senate, Exec. Rept. 101-15, pág. 91.

Artículo 16

DOCUMENTOS COMERCIALES Y ETIQUETAS DE LAS EXPORTACIONES

Comentarios de carácter general

16.1 El encubrimiento de la identidad de un producto es uno de los métodos de uso más frecuente para desviar o contrabandear estupefacientes y sustancias sicotrópicas. De hecho, la importancia de la precisión de las etiquetas se había reconocido en los instrumentos anteriores⁶⁹⁵ y, en 1986, la Primera Reunión Interregional de Jefes de Organismos Nacionales de Represión del Uso Indevido de Drogas pidió la aplicación de medidas para asegurar que los envíos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas estuvieran correctamente descritos en toda la documentación que los acompañaba y en los documentos y manifiestos aduaneros⁶⁹⁶. Durante las reuniones del grupo de expertos intergubernamentales de composición abierta, sin embargo, el contenido de lo que luego sería el artículo 16 resultó controvertido. Se preparó un proyecto de artículo pero algunos representantes expresaron reservas, por considerar que la precisión de las etiquetas podría inducir a la desviación delictiva facilitando la identificación del contenido de una remesa⁶⁹⁷. Por último se acordó, sin embargo, que ese riesgo estaba compensado por el valor preventivo de esa práctica.

16.2 La Convención de 1961 contiene en su artículo 31 disposiciones detalladas acerca de las autorizaciones de importación y exportación, que deben indicar el nombre de la droga, con la denominación común internacional, si la hubiere, la cantidad que se ha de importar o exportar y el nombre y la dirección del importador y del exportador⁶⁹⁸. Cada expedición debe ir acompañada de una copia del permiso de exportación⁶⁹⁹. En virtud del artículo 12 del Convenio de 1971, la autorización de importación y exportación requerida para las sustancias de las Listas I y II deben contener información similar⁷⁰⁰ y gran parte de la misma información se requiere para la declaración de exportación de sustancias incluidas en la Lista III⁷⁰¹.

16.3 El texto final del artículo 16 trata en el párrafo 1 del contenido de ciertos documentos comerciales y en el párrafo 2 de las etiquetas. Trata también de los envíos

⁶⁹⁵Convención de 1961 y Convención de 1961 en su forma enmendada, artículo 31; Convenio de 1971, artículo 12.

⁶⁹⁶Véase "Primera Reunión Interregional de Jefes de Organismos Nacionales de Represión del Uso Indevido de Drogas (HONLEA Interregional), Viena (Austria), 28 de julio a 1.º de agosto de 1986: informe" (E/CN.7/1987/3, párr. 2, recomendación 8.

⁶⁹⁷*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CN.7/1988/2 (Parte II), párr. 226.

⁶⁹⁸Convención de 1961, inciso *b*) del párrafo 4 del artículo 31.

⁶⁹⁹Convención de 1961, párrafo 6 del artículo 31.

⁷⁰⁰Convenio de 1971, inciso *b*) del párrafo 1 del artículo 12.

⁷⁰¹Convenio de 1971, inciso *a*) del párrafo 2 del artículo 12.

de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y puede compararse con las disposiciones del artículo 12, que disponen que cada parte debe, con respecto a las sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II de la Convención, exigir que las importaciones y exportaciones estén adecuadamente etiquetadas y documentadas y que los documentos comerciales como facturas, manifiestos de carga, documentos aduaneros y de transporte y otros documentos relativos al envío deberán contener los nombres, tal como figuran en el Cuadro I o el Cuadro II, de las sustancias que importen o exporten, la cantidad que se importe o exporte y el nombre y la dirección del importador, del exportador y, cuando sea posible, del consignatario⁷⁰².

Párrafo 1

1. Cada una de las Partes exigirá que las exportaciones lícitas de estupefacientes y sustancias sicotrópicas estén debidamente documentadas. Además de los requisitos de documentación previstos en el artículo 31 de la Convención de 1961, en el artículo 31 de la Convención de 1961 en su forma enmendada y en el artículo 12 del Convenio de 1971, en los documentos comerciales, tales como facturas, manifiestos de carga, documentos aduaneros y de transporte y otros documentos relativos al envío, deberán indicarse los nombres de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas que se exporten, tal como figuren en las Listas correspondientes a la Convención de 1961, de la Convención de 1961 en su forma enmendada y del Convenio de 1971, así como la cantidad exportada y el nombre y la dirección del exportador, del importador y, cuando sea posible, del consignatario.

Comentarios

16.4 En el párrafo 1 se especifica la información que deben contener los documentos comerciales pertinentes, además de los documentos requeridos en virtud de los instrumentos de 1961 y 1971. Los tipos de documentos enumerados (facturas, manifiestos de carga, documentos aduaneros y de transporte y otros documentos relativos al envío) no son excluyentes. Por ejemplo, no se mencionan expresamente las cartas de porte aéreo, aunque pueden considerarse como un tipo de “documento de transporte”, pero evidentemente están incluidas en el alcance del párrafo. El término “documentos comerciales” abarca no sólo los documentos que acompañan al envío sino también los documentos que guardan relación con las mercancías pero que no los acompañan⁷⁰³. Un ejemplo de información adicional que podría incluirse en esos documentos comerciales es el “número de lote” del fabricante, que podría ser útil para identificar las sustancias y seguirles la pista.

Párrafo 2

2. Cada una de las Partes exigirá que las remesas de estupefacientes y sustancias sicotrópicas exportadas no vayan incorrectamente etiquetadas.

⁷⁰²Inciso d) del párrafo 9 del artículo 12.

⁷⁰³*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 4a. sesión, párr. 34

Comentarios

16.5 El párrafo 2 no contiene un requisito positivo en cuando al etiquetado de los paquetes. Sin embargo, se consideró conveniente obligar a las partes a que prohibieran el etiquetado incorrecto de las remesas, no sólo para facilitar la labor de los que deben fiscalizar los estupefacientes y las sustancias sicotrópicas sino también para resolver otros problemas como el etiquetado incorrecto de productos no farmacéuticos que se pretende hacer pasar por medicamentos, cuestión que interesa a la OMS⁷⁰⁴. Este texto, por lo tanto, ayuda también a las autoridades responsables de la salud pública y de la fiscalización general de los medicamentos. A fin de evitar ese etiquetado incorrecto, no se pueden utilizar abreviaturas no autorizadas de nombres o códigos; no se deben permitir las modificaciones de los nombres o las cantidades, incluidas las correcciones o las supresiones; por último, los contenedores deben tener etiquetas claras e indelebles.

Consideraciones sobre la aplicación: artículo 16 en su totalidad

16.6 La Consulta de Expertos sobre la Fiscalización de las Operaciones de los Corredores y Transitarios que Manipulan Sustancias Sicotrópicas y Precursores, organizada conjuntamente por la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes y el Grupo Pompidou del Consejo de Europa en mayo de 1995, llegó a la conclusión de que el etiquetado incorrecto de las mercancías era uno de los factores principales que contribuían a la desviación de drogas y precursores de los canales lícitos hacia el tráfico ilícito. El Grupo recomendó que se tipificara como delito punible el etiquetado incorrecto y la falsificación de documentos comerciales para facilitar esa desviación, imponiendo penas más severas que las aplicables a delitos comparables relacionados con sustancias no sometidas a fiscalización⁷⁰⁵.

16.7 Hay varias señales claras que deben despertar las sospechas de las autoridades de fiscalización y que pueden indicar un intento de encubrir el origen o la naturaleza de un envío⁷⁰⁶. Se debe prestar atención a cualquier modificación en el paquete o las etiquetas del fabricante o despachante original, especialmente si se sabe o se sospecha que la modificación tuvo lugar en un Estado de tránsito o en una zona de libre comercio o puerto franco. Asimismo, las autoridades de un Estado de tránsito deben sospechar de cualquier petición de modificación del paquete o las etiquetas de los envíos en tránsito.

16.8 Las ventajas y desventajas de las etiquetas específicas ya se ha debatido a nivel internacional (véase el párrafo 16.1 *supra*), y las disposiciones del inciso *d*) del párrafo 9 del artículo 12 y del párrafo 1 del artículo 16 requieren que toda la documentación refleje los nombres de los estupefacientes, las sustancias sicotrópicas y los precursores en la forma en que figuran en las Listas de la Convención de 1961 y el

⁷⁰⁴Ibíd., párr. 42 (con referencia a una resolución de 1988 de la Asamblea Mundial de la Salud (WHA.41.26)).

⁷⁰⁵Véase "Informe de las deliberaciones, conclusiones y recomendaciones" (INCB/PS/1995/W.4), Consulta de Expertos sobre la Fiscalización de las Operaciones de los Corredores y Transitarios que Manipulan Sustancias Sicotrópicas y Precursores, organizada conjuntamente por la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes y el Grupo Pompidou del Consejo de Europa, Viena, 3 a 5 de mayo de 1995.

⁷⁰⁶Véase Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, "Directrices para uso de las autoridades nacionales en la prevención de la desviación de precursores y productos químicos esenciales".

Convenio de 1971 y en los Cuadros de la Convención de 1988. Toda nomenclatura no específica (como “productos químicos orgánicos” en lugar de “tolueno”) debe provocar un examen más a fondo del envío para determinar si es o no de buena fe. A este respecto, las autoridades nacionales de fiscalización pueden considerar útil y conveniente consultar y utilizar los códigos específicos del Sistema Armonizado de Nomenclatura Aduanera de la Organización Mundial de Aduanas.

Artículo 17

TRÁFICO ILÍCITO POR MAR

Comentarios de carácter general

17.1 El artículo 17 contiene disposiciones muy innovadoras sobre medidas de represión, concebidas para promover la cooperación internacional en la interdicción de las naves que realizan actividades de tráfico ilícito de drogas por mar. Este artículo está estrechamente vinculado a otras disposiciones clave de la Convención de 1988. En efecto, si bien hace hincapié en facilitar la obtención de jurisdicción para hacer cumplir la ley en relación con naves sospechosas, la eficacia general del plan depende de que los Estados tengan la competencia prescriptiva apropiada. Ésta es la función del artículo 4⁷⁰⁷. Además, las actividades de represión en esta esfera son sólo uno de los aspectos de una cuestión más amplia de cooperación policial y aduanera para combatir y suprimir la comisión de los delitos conexos. Por lo tanto, debe examinarse junto con el artículo 9 (Otras formas de cooperación y capacitación), entre otros⁷⁰⁸.

17.2 Pese a la importancia del contrabando de drogas por mar, los instrumentos anteriores sobre tráfico de drogas no contenían disposiciones expresas sobre este tema⁷⁰⁹. En la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua de 1958 hay algunas referencias a esta cuestión⁷¹⁰. En la Convención sobre la Alta Mar de 1958, en cambio, no hay ninguna referencia al tráfico ilícito de drogas⁷¹¹.

17.3 La primera disposición sustancial aplicable fuera del mar territorial es la del artículo 108 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar⁷¹². Ese artículo, titulado “Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, dice lo siguiente:

“1. Todos los Estados cooperarán para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas realizado por buques en la alta mar en violación de las convenciones internacionales.

⁷⁰⁷Véanse, *supra*, los comentarios al artículo 4.

⁷⁰⁸Véanse, *supra*, los comentarios al artículo 9.

⁷⁰⁹Véase W. C. Gilmore, “Drug trafficking by sea”, *Marine Policy*, No. 183, 1991.

⁷¹⁰El inciso *d*) del párrafo 1 del artículo 19 autoriza al Estado ribereño a ejercer la jurisdicción penal a bordo de un buque extranjero que pase por el mar territorial si esa acción es necesaria “para la represión del tráfico ilícito de estupefacientes”; el párrafo 2 de ese artículo indica que esas disposiciones no afectan el derecho que tiene el Estado ribereño de ejercer su jurisdicción a bordo de un buque extranjero que pase por el mar territorial procedente de las aguas interiores.

⁷¹¹La Convención sobre la Alta Mar de 1958 autoriza el registro de un buque mercante extranjero en alta mar cuando haya motivo fundado para creer que se dedica a la piratería o a la trata de esclavos, o cuando el buque tiene en realidad la misma nacionalidad aunque haya izado una bandera extranjera o se haya negado a izar bandera (artículo 22).

⁷¹²*El derecho del mar: texto de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.83.V.5).

“2. Todo Estado que tenga motivos razonables para creer que un buque que enarbola su pabellón se dedica al tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias sicotrópicas podrá solicitar la cooperación de otros Estados para poner fin a tal tráfico.”

En virtud del párrafo 2 del artículo 58 de la misma Convención, esta obligación se aplica en la zona económica exclusiva así como en la alta mar⁷¹³.

17.4 Aunque la opinión inicial fue contraria a toda referencia específica a la cuestión del registro de naves que enarbolan pabellones extranjeros en cualquier revisión de la Convención de 1961⁷¹⁴, la Comisión de Estupefacientes consideró que debía incluirse esa disposición en lo que luego sería la Convención de 1988, y ya en los primeros proyectos se incluyó un artículo sobre este tema. El texto actual es una versión considerablemente elaborada del texto incluido en esos proyectos.

Párrafo 1

1. Las Partes cooperarán en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar.

Comentarios

17.5 El texto del párrafo 1 se basa en el párrafo 1 del artículo 108 de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 (véase el párrafo 17.3 *supra*). Impone a las partes la obligación de cooperar a este respecto, y destaca la importancia que otorga a esta cooperación utilizando las palabras “en todo lo posible”. La referencia al derecho internacional del mar⁷¹⁵ vincula la Convención de 1988 a los artículos pertinentes de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 en el sentido de que las normas aplicables del derecho internacional del mar se reflejan, en gran medida, en esta última Convención.

Párrafo 2

2. Toda Parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave de su pabellón, o que no enarbole ninguno o no lleve matrícula, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá solicitar asistencia de otras Partes a fin de poner término a esa utilización. Las Partes a las que se solicite dicha asistencia la prestarán con los medios de que dispongan.

⁷¹³El párrafo dice: “Los artículos 88 a 115 y otras normas pertinentes de derecho internacional se aplicarán a la zona económica exclusiva en la medida en que no sean incompatibles con esta Parte”, es decir, la quinta parte de la Convención, titulada “Zona económica exclusiva”.

⁷¹⁴Véase el informe del Grupo de Expertos para el estudio del funcionamiento, idoneidad y posible perfeccionamiento de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes (E/CN.7/1983/2/Add.1), párr. 4.

⁷¹⁵Una enmienda para incluir la referencia se retiró originalmente (véanse *Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 17a. sesión, párr. 34), pero las palabras se volvieron a incluir en una etapa posterior tras la celebración de consultas oficiosas.

Comentarios

17.6 El párrafo 2 desarrolla el texto del párrafo 2 del artículo 108 de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 (véase el párrafo 17.3 *supra*) con respecto a la asistencia que una parte puede solicitar para suprimir el uso de una nave que enarbole su pabellón para el tráfico ilícito de drogas. A diferencia del artículo 108, las disposiciones del presente párrafo se aplican también a las naves sin nacionalidad⁷¹⁶. La segunda oración califica la obligación de las partes requeridas de prestar esa asistencia, con la frase “con los medios de que dispongan”, reconociendo que puede haber limitaciones de carácter práctico a la capacidad de algunas partes para prestar plenamente la asistencia requerida (véanse los párrafos 17.43 a 17.46 *infra*).

Párrafo 3

3. Toda Parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave que esté haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al derecho internacional, y que enarbole el pabellón o lleve matrícula de otra Parte, está siendo utilizada para el tráfico ilícito podrá notificarlo al Estado del pabellón y pedir que confirme la matrícula; si la confirma, podrá solicitarle autorización para adoptar las medidas adecuadas con respecto a esa nave.

Comentarios

17.7 El texto del párrafo 3 resultó sumamente controvertido. Esto no se debió a ninguna dificultad con el principio sino a un desacuerdo sobre la descripción de la zona marítima a la que se aplicaba. En el proyecto que tuvo ante sí la Conferencia, el texto se refería a una nave que se encontrase “fuera del límite exterior del mar territorial de cualquier Estado”⁷¹⁷. En una versión anterior del texto se había utilizado la expresión “en alta mar, según se define en la Parte VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”⁷¹⁸.

17.8 La referencia al ejercicio de la “libertad de navegación con arreglo al derecho internacional” del párrafo 3, y la declaración del párrafo 11 de que toda medida adoptada de conformidad con el artículo 17 “tendrá debidamente en cuenta la necesidad de no interferir en los derechos y obligaciones de los Estados ribereños o en el ejercicio de su competencia, que sean conformes con el derecho marítimo internacional”, son el resultado de una trabajosa transacción entre los Estados que apoyaban el ejercicio de las facultades de represión más allá de los límites exteriores del mar territorial y los que sostenían que otros Estados no tenían el derecho de tomar esas medidas en la zona económica exclusiva de un Estado ribereño⁷¹⁹. Las deliberaciones

⁷¹⁶La Convención de 1982 trata de los buques sin nacionalidad en su artículo 92 (Condición jurídica de los buques) y en su artículo 110 (Derecho de visita).

⁷¹⁷Véanse *Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/12, “artículo 12” (E/CONF.82/C.2/L.13/Add.11), secc. I, párr. 1, pág. 163.

⁷¹⁸Ibíd., documento E/CN.7/1987/2, secc. II (“artículo 12”).

⁷¹⁹Véanse, por ejemplo, *Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 17a. sesión, párrs. 7 a 52; 20a. sesión, párrs. 1 a 4; 28a. sesión, párr. 1; y 29a. sesión, párrs. 1 a 128 y anexo.

que tuvieron lugar durante la Conferencia indican que había acuerdo general en el sentido de que las disposiciones de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 constituirían la base del artículo 17 y que el “derecho internacional” a que se refería el párrafo 3 y el “derecho marítimo internacional” a que se refería el párrafo 11 eran ese derecho en la forma en que se reflejaba en la Convención de 1982.

17.9 En virtud del inciso *a)* del párrafo 1 del artículo 87 y del párrafo 1 del artículo 58 de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, todos los Estados, sean ribereños o sin litoral, gozan de la libertad de navegación en el alta mar y la zona económica exclusiva. Esa libertad está sujeta a la responsabilidad que se impone al Estado del pabellón de actuar de conformidad con la Convención de 1982 y otras normas del derecho internacional, tener debidamente en cuenta los intereses de otros Estados sobre la alta mar y tener debidamente en cuenta los derechos y deberes de los Estados ribereños en la zona económica exclusiva. Los deberes y derechos de los Estados ribereños en la zona económica exclusiva figuran en el artículo 56 de la Convención de 1982⁷²⁰.

17.10 Los derechos y obligaciones y el ejercicio de la jurisdicción de los Estados ribereños en virtud de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, que están plenamente protegidos en el párrafo 11 del artículo 17 de la Convención de 1988, incluyen el derecho de los Estados ribereños de ejercer su jurisdicción en la zona contigua a fin de prevenir y castigar las infracciones a sus leyes y reglamentos aduaneros y fiscales⁷²¹ y a ejercer el derecho de persecución⁷²².

17.11 En relación con el primero de esos derechos, la práctica de los Estados indica una supuesta aceptación de que el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas constituye una infracción a las leyes y los reglamentos aduaneros y fiscales dentro del territorio o el mar territorial de un Estado ribereño, y las deliberaciones que tuvieron lugar durante la Conferencia apoyan en general este supuesto. El artículo 33 de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 permite a los Estados ribereños establecer una zona contigua que podrá extenderse hasta las 24 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en la que podrán ejercer el control necesario para prevenir infracciones a “sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios”.

17.12 Varios representantes hicieron declaraciones en las sesiones plenarias para indicar su entendimiento de la posición a que se había llegado en las negociaciones. El representante de los Estados Unidos observó⁷²³ que, a su juicio, el párrafo 11 se refería “al restringido conjunto de situaciones en el que un Estado ribereño tiene derechos más allá del límite exterior del mar territorial, o sea, las que se relacionan con la persecución en la zona económica exclusiva y en alta mar y con el ejercicio de la competencia sobre la zona contigua”. El párrafo no implicaba respaldo alguno a las reivindicaciones costeras más amplias de los Estados relativas a la interdicción del

⁷²⁰Básicamente, se trata de “derechos de soberanía” sobre los recursos naturales de la zona y de jurisdicción con respecto al establecimiento y la utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras, la investigación científica marina, la protección y preservación del medio marino y otros derechos y deberes previstos en la Convención de 1982.

⁷²¹Convención de 1982, artículo 33.

⁷²²Ibíd., art. 111.

⁷²³*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones plenarias, 7a. sesión plenaria, párr. 80.

tráfico ilícito en la zona económica exclusiva. El representante de los Países Bajos, con el apoyo del representante del Reino Unido, hizo una declaración en términos similares⁷²⁴. El representante de Mauritania entendió que la Convención se aplicaría “sin menoscabo de los derechos de los Estados ribereños en las aguas territoriales ni de sus prerrogativas en la zona contigua y en la zona económica exclusiva con arreglo al derecho internacional del mar”⁷²⁵. Los representantes de la India y la República Socialista Soviética de Ucrania presentaron observaciones por escrito en el mismo sentido para que se incluyeran en los *Documentos Oficiales* con arreglo a un procedimiento adoptado por la Comisión II⁷²⁶.

17.13 En virtud del párrafo 3, toda parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave está siendo utilizada para el tráfico ilícito debe, en primer lugar, dirigirse al Estado del pabellón, primero para confirmar la matrícula y segundo para obtener autorización para adoptar las medidas adecuadas. Se dijo muy poco sobre la forma y el contenido de esa notificación; esto contrasta marcadamente con las disposiciones detalladas del artículo 7 en el contexto de la asistencia judicial recíproca. Hay, sin embargo, disposiciones de procedimiento en el párrafo 7, que se consideran más adelante, y el párrafo 4 trata de algunas “medidas apropiadas” que se pueden tomar.

17.14 En el párrafo 3, y por cierto en el párrafo 4, se hace referencia a la autorización del Estado del pabellón. Ese texto se escogió deliberadamente para destacar la naturaleza positiva de la decisión que el Estado del pabellón, en el ejercicio de su soberanía, toma con respecto a su nave. Ninguna parte del artículo afectará de manera alguna los derechos del Estado del pabellón con respecto a su nave y no se impone al Estado del pabellón ninguna obligación de proporcionar la autorización solicitada; se deja totalmente a la discreción de ese Estado la decisión de permitir o no a otra parte que tome medidas contra su nave⁷²⁷.

17.15 En las deliberaciones sobre el párrafo 3, el representante del Canadá indicó que la práctica del Gobierno canadiense, al responder a tales solicitudes, era no conceder el permiso sino más bien no oponer objeciones en el caso de que la parte requirente demostrase que existían motivos razonables para tales medidas. Ese Gobierno consideraba que esa práctica se ajustaba a las disposiciones de la Convención⁷²⁸.

Párrafo 4

4. De conformidad con el párrafo 3 o con los tratados vigentes entre las Partes, o con cualquier otro acuerdo o arreglo que se haya podido concertar entre ellas, el Estado del pabellón podrá autorizar al Estado requirente, entre otras cosas, a:

- a) Abordar la nave;
- b) Inspeccionar la nave;

⁷²⁴Ibíd., párrs. 81 y 83.

⁷²⁵Ibíd., párr. 84.

⁷²⁶Ibíd., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 29a. sesión, anexo.

⁷²⁷Ibíd., 29a. sesión, párr. 7.

⁷²⁸Ibíd., 29a. sesión, anexo.

c) Si se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito, adoptar medidas adecuadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentren a bordo.

Comentarios

17.16 En el párrafo 4 se describen las medidas que se pueden tomar. Este párrafo guarda relación con el párrafo 3 en el sentido de que establece las medidas que se pueden autorizar en virtud de ese párrafo, pero también codifica las prácticas que se pueden autorizar de conformidad con los tratados en vigor entre las partes pertinentes o de conformidad con cualquier arreglo o acuerdo al que puedan llegar esas partes.

17.17 El objeto del texto de este párrafo era dejar en claro la naturaleza disyuntiva de los diversos procesos que se podrían aplicar a la nave de que se tratase: abordaje, inspección y, sólo si se descubren pruebas de tráfico ilícito, otras medidas apropiadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentren a bordo⁷²⁹. No hay muchas indicaciones específicas con respecto a lo que es una medida apropiada: se omitió deliberadamente una referencia a la incautación de la nave que figuraba en un proyecto anterior⁷³⁰, pero esta omisión se superó con la inclusión de la frase “entre otras cosas”, que indica que las medidas posibles no se limitan a las expresamente mencionadas⁷³¹.

Párrafo 5

5. Cuando se adopte una medida de conformidad con el presente artículo, las Partes interesadas tendrán debidamente en cuenta la necesidad de no poner en peligro la seguridad de la vida en el mar ni la de la nave y la carga y de no perjudicar los intereses comerciales y jurídicos del Estado del pabellón o de cualquier otro Estado interesado.

Comentarios

17.18 El párrafo 5 se insertó para asegurar que las medidas adoptadas en virtud de los párrafos 3 y 4 no pusieran en peligro la nave ni su carga o tripulación, y que no se perjudicaran los intereses jurídicos y comerciales legítimos del Estado del pabellón o de cualquier otro Estado interesado. El texto se escogió con mucho cuidado: las partes “tendrán debidamente en cuenta” las consideraciones que se enuncian en el texto; no hay un lenguaje absoluto, un reconocimiento, por ejemplo, de que ciertos perjuicios a los intereses comerciales legítimos podrían ser inevitables si se detiene o demora el viaje de la nave.

Párrafo 6

6. El Estado del pabellón podrá, en consonancia con sus obligaciones previstas en el párrafo 1 del presente artículo, someter su autorización a

⁷²⁹Ibíd., 29a. sesión, párr. 8.

⁷³⁰Ibíd.

⁷³¹Véanse, *infra*, los comentarios sobre el párrafo 6 del artículo 17.

condiciones que serán convenidas entre dicho Estado y la Parte requirente, sobre todo en lo que concierne a la responsabilidad.

Comentarios

17.19 Como ya se ha destacado (véase el párrafo 17.14 *supra*) ninguna parte está obligada a conceder las autorizaciones a que se refieren los párrafos 3 y 4. Cabe señalar además que, cuando se concede la autorización, puede estar sujeta a condiciones; no se trata de una situación de “todo o nada”. Aunque las condiciones deben ser mutuamente acordadas, la realidad es que el Estado del pabellón puede definir los términos en que está dispuesto a conceder la autorización necesaria (véanse los párrafos 17.35 y 17.36 *infra*).

17.20 La inclusión de esta disposición se debe a una preocupación particular que se refleja en la frase final, es decir, las referencias a las condiciones relativas a la responsabilidad. La responsabilidad⁷³² de que se trata se refiere a los daños a la nave o a su carga o a terceros, o a las lesiones a los miembros de la tripulación, causados durante el abordaje o la inspección de la nave, o como resultado de ellos, o a la adopción de otras medidas apropiadas. La determinación de la responsabilidad respecto de los daños sufridos por la parte requerida estará sujeta a las normas que rigen las reclamaciones en general; esto no se trata en la Convención. En este contexto, la referencia al acuerdo mutuo respecto de las condiciones puede ser más importante, ya que podría acordarse la jurisdicción y el derecho que se aplicaría a cualquier reclamación; esto, sin embargo, debería considerarse cuando se formularan las prácticas estándar entre los pares de partes y no en el contexto de una petición de autorización inmediata.

Párrafo 7

7. A los efectos de los párrafos 3 y 4 del presente artículo, las Partes responderán con celeridad a las solicitudes de otras Partes de que se averigüe si una nave que esté enarbolando su pabellón está autorizada a hacerlo, así como a las solicitudes de autorización que se presenten a tenor de lo previsto en el párrafo 3. Cada Estado, en el momento de entrar a ser Parte en la presente Convención, designará una o, en caso necesario, varias autoridades para que se encarguen de recibir dichas solicitudes y de responder a ellas. Esa designación será dada a conocer, por conducto del Secretario General, a todas las demás Partes, dentro del mes siguiente a la designación.

Comentarios

17.21 En el párrafo 7, se pide a las partes que respondan con celeridad a las peticiones hechas de conformidad con los párrafos 3 y 4 y, como medio de asegurar esa celeridad, se introduce el concepto de una autoridad designada para responder a las peticiones. La parte podrá “en caso necesario” designar a más de una autoridad. El

⁷³²En el texto inglés se prefirió la palabra “responsability” para tener en cuenta las necesidades de los diferentes ordenamientos jurídicos.

texto de la Convención no alienta esta práctica (ya que puede conducir a demoras cuando la solicitud se envía inicialmente a una autoridad que no es la apropiada) pero hay consideraciones jurídicas y geográficas que pueden hacer esencial la designación de autoridades diferentes respecto de esferas diferentes (véanse los párrafos 17.28 a 17.31 *infra*). El texto presupone comunicaciones directas con la autoridad designada, en lugar de un enfoque indirecto como sería el de la vía de los canales diplomáticos; esas comunicaciones directas son muy convenientes en razón de la urgencia que tienen esas peticiones.

Párrafo 8

8. La Parte que haya adoptado cualquiera de las medidas previstas en el presente artículo informará con prontitud al Estado del pabellón de los resultados de esa medida.

Comentarios

17.22 La disposición del párrafo 8 subraya la autoridad del Estado del pabellón sobre las medidas que se apliquen respecto de sus naves. En un plano más práctico, el hecho de que el intercambio de información sea rápido favorece las buenas relaciones entre las autoridades pertinentes.

Párrafo 9

9. Las Partes considerarán la posibilidad de concertar acuerdos o arreglos bilaterales y regionales para llevar a la práctica las disposiciones del presente artículo o hacerlas más eficaces.

Comentarios

17.23 El párrafo 9 es uno de los párrafos de exhortación de la Convención, que no impone a las partes obligación alguna salvo la de considerar la posibilidad de adoptar ciertas medidas. En el párrafo 4 se hace referencia expresa a la posibilidad de acuerdos o arreglos entre las partes en el contexto de las autorizaciones que se pueden conceder en virtud de ese párrafo. La presente disposición indica la utilidad de esos arreglos o acuerdos respecto de toda la gama de cuestiones abarcadas por este artículo. Puede tratarse de arreglos bilaterales o regionales, que pueden referirse a la aplicación detallada de las disposiciones del artículo (por ejemplo, los medios de comunicación para asegurar la tramitación rápida de las peticiones) o al mejoramiento de su eficacia (por ejemplo, mediante el intercambio de la información pertinente en el espíritu del párrafo 1 del artículo 9 de la Convención).

Párrafo 10

10. Las medidas que se adopten en cumplimiento del párrafo 4 del presente artículo serán sólo aplicadas por buques de guerra o aeronaves

militares, u otras naves o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como naves o aeronaves al servicio de un gobierno y autorizadas a tal fin.

Comentarios

17.24 El texto del párrafo 10 se basa en el artículo 107 y el párrafo 5 del artículo 111 de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982. Tiene por objeto limitar el tipo de naves o aeronaves que se pueden utilizar en las operaciones de interdicción.

Párrafo 11

11. Toda medida adoptada de conformidad con el presente artículo tendrá debidamente en cuenta la necesidad de no interferir en los derechos y obligaciones de los Estados ribereños o en el ejercicio de su competencia, que sean conformes con el derecho marítimo internacional, ni de menoscabar esos derechos, obligaciones o competencias.

Comentarios

17.25 El párrafo 11, que es particularmente importante, se incluyó como parte de la solución encontrada tras prolongadas deliberaciones sobre el texto del párrafo 3 del artículo; esa solución se examinó en los comentarios sobre ese párrafo (véanse los párrafos 17.8 a 17.10 *supra*).

Consideraciones relativas a la aplicación: artículo 17 en su totalidad

Comentarios de carácter general

17.26 Como se subraya *supra*, el artículo 17 de la Convención constituye una disposición de aplicación de la ley sumamente innovadora, concebida para promover la cooperación en la interdicción de naves que se dedican al tráfico ilícito de drogas por mar. A tal fin, establece diversos procedimientos, prácticas y normas que las partes deben aplicar efectivamente. El artículo 17, sin embargo, es esencialmente una disposición marco y, a diferencia del artículo 7, relativo a la asistencia judicial recíproca, no es un “minitratado” en sí mismo⁷³³. Por consiguiente, los encargados de aplicar este artículo deberán tener en cuenta una amplia gama de aspectos prácticos y de política. Cabe reconocer que la práctica internacional en esta esfera no está tan desarrollada como en muchas otras esferas de cooperación de que trata la Convención de 1988. Respecto de algunas esferas se proporcionó orientación en el informe de la reunión del Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima, celebrada en Viena del 19 al 23 de septiembre de 1994 y del 20 al 24 de febrero de 1995⁷³⁴, que fue respaldado por la Comisión de Estupefacientes en su resolución 8 (XXXVIII)⁷³⁵. Asimismo-

⁷³³Véanse, *supra*, los comentarios sobre el artículo 7.

⁷³⁴E/CN.7/1995/13.

⁷³⁵Véase *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 1995, Suplemento No. 9 (E/1995/29)*, cap. XII, secc. A.

mo, hay una pequeña pero creciente práctica de tratados en esta esfera de interés, que quizá convenga examinar. Aunque gran parte de esto es de naturaleza bilateral⁷³⁶, recientemente ha sido complementado por un instrumento multilateral detallado, el Acuerdo del Consejo de Europa sobre el Tráfico Ilícito por Mar de 1995, para la aplicación del artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas⁷³⁷.

17.27 En el artículo 17 se prevé que las actividades de represión tienen lugar fuera del límite exterior del mar territorial y son “conformes con el derecho marítimo internacional” (véanse los párrafos 17.7 a 17.9 *supra*). La importancia de esta cuestión en el marco de las normas del derecho marítimo internacional existentes se refleja también en la decisión de incluir la disposición de no derogación del párrafo 11. El “derecho marítimo internacional” se refleja en las disposiciones de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982. Por lo tanto, es importante asegurar que el artículo 17 se aplique de conformidad con esa Convención. Dada la naturaleza especializada de esta compleja rama del derecho internacional, la preparación de un manual con directrices prácticas podría resultar útil para los que participan en el proceso de adopción de decisiones.

La interdicción de naves que enarbolan pabellón extranjero

17.28 Como cuestión de carácter práctico, la situación más común en que se aplica el artículo 17 se da cuando las autoridades de represión de un Estado desean tomar medidas contra una nave que enarbola el pabellón de otra parte en la Convención de 1988. Si bien no todos los países tienen la capacidad técnica para proyectar la autoridad de su policía nacional a los océanos, todos son receptores potenciales de peticiones de información o autorización de otros países hechas de conformidad con los párrafos 3 y 4. Por consiguiente, en virtud del párrafo 7 cada parte debe designar una autoridad, o en su caso autoridades, para que reciba esas peticiones y responda a ellas⁷³⁸. Esta designación, a su vez, debe transmitirse al Secretario General, el cual notificará de ello a todos los otros Estados participantes. Esta información de contacto esencial, incluidas las direcciones, los números de teléfono y de facsímil y las horas de funcionamiento, es publicada por las Naciones Unidas y actualizada periódicamente⁷³⁹.

17.29 Si bien corresponde a cada país la determinación de la ubicación apropiada para su autoridad nacional designada y las facultades y funciones que se le confían, la necesidad de que puedan responder con eficacia y eficiencia a las peticiones que reciban es, si acaso, aún más importante que en otras esferas de la cooperación internacional. Esto se desprende del hecho de que esas peticiones se presentarán en un

⁷³⁶Véanse, por ejemplo, el intercambio de notas de 13 de noviembre de 1981 entre el Gobierno del Reino Unido y el Gobierno de los Estados Unidos acerca de la cooperación para la supresión de la importación ilícita de estupefacientes en los Estados Unidos; y el Tratado concertado entre España e Italia para combatir el tráfico ilícito de drogas por mar, de fecha 23 de marzo de 1990.

⁷³⁷Véanse el texto de este importante acuerdo y el informe explicativo oficial conexo en el documento CDPC(94) 22 del Consejo de Europa, adición del 27 de junio de 1994 (*European Treaty Series*, No. 156).

⁷³⁸Esto incluiría también a los Estados sin litoral que han autorizado a embarcaciones a enarbolar sus banderas.

⁷³⁹*Organismos nacionales competentes en virtud de los tratados internacionales de fiscalización de drogas*, publicado por las Naciones Unidas en la colección que lleva la signatura ST/NAR.3.

contexto de represión y tendrán que ver directamente con el frecuentemente difícil entorno operacional del océano abierto. Dado que las medidas de represión contra naves que enarboles el pabellón de otros Estados sólo pueden aplicarse, en virtud de los párrafos 3 y 4, con la autorización del Estado del pabellón, la oportunidad de tomar medidas eficaces con frecuencia se perdería si se produjesen demoras en las respuestas a esas peticiones.

17.30 Al reconocer este hecho, las partes en el Acuerdo del Consejo de Europa de 1995 deben “en la medida de lo posible” asegurar que sus autoridades designadas estén en condiciones de responder a las peticiones de autorización 24 horas al día y siete días a la semana⁷⁴⁰. Además, están obligadas a “comunicar una decisión ... lo antes posible y, cuando sea viable, dentro de las cuatro horas de recibida”⁷⁴¹. En su informe, el Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima subrayó también la importancia de la adopción rápida de decisiones y las comunicaciones eficientes a este respecto⁷⁴².

17.31 Para asegurar que la autoridad designada esté en condiciones de responder con celeridad a una petición de otra parte, como se dispone en el párrafo 7, es muy conveniente proporcionar un contacto directo entre las autoridades nacionales pertinentes (que fue probablemente la intención de los redactores de esta disposición) en lugar de utilizar los canales diplomáticos que son mucho más engorrosos. Por lo tanto, el suministro de enlaces telefónicos y de facsímil apropiados debe constituir una prioridad alta. En los casos en que no sea posible establecer esos contactos directos, las partes quizá deseen considerar el uso de canales de comunicación que están disponibles a través de la Interpol o de la Organización Mundial de Aduanas⁷⁴³.

17.32 De conformidad con los párrafos 3 y 4 del artículo 17, la autoridad designada recibirá dos tipos de peticiones diferentes pero claramente relacionados entre sí. El primero se refiere a la confirmación del registro (y, por lo tanto, la nacionalidad) de una nave sospechosa. A tal fin, es esencial que cada Estado mantenga un registro con la información sobre las naves autorizadas a enarbolar su bandera y que la autoridad designada tenga acceso fácil a esa información⁷⁴⁴. Se reconoce en general, sin embargo, que ciertos países pueden requerir asistencia técnica en sus esfuerzos por modernizar sus sistemas internos a este respecto, a fin de asegurar que la información esté disponible en una forma que permita responder rápidamente a las peticiones.

17.33 El segundo tipo de petición previsto en estos párrafos se refiere a la autorización “para adoptar las medidas adecuadas con respecto a esa nave”⁷⁴⁵. Esas medidas pueden incluir, entre otras, las de abordar e inspeccionar la nave y, “si se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito”, adoptar “medidas adecuadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentren a bordo”⁷⁴⁶. Toda de-

⁷⁴⁰Acuerdo del Consejo de Europa de 1995, párr. 1 del artículo 17.

⁷⁴¹Ibíd., artículo 7.

⁷⁴²“Informe de la reunión del Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima, celebrada en Viena del 19 al 23 de septiembre de 1994 y del 20 al 24 de febrero de 1995” (E/CN.7/1995/13), recomendación 16.

⁷⁴³Véase, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 18 del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995.

⁷⁴⁴“Informe de la reunión del Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima, celebrada en Viena del 19 al 23 de septiembre de 1994 y del 20 al 24 de febrero de 1995” (E/CN.7/1995/13), recomendación 1.

⁷⁴⁵Párrafo 3 del artículo 17.

⁷⁴⁶Ibíd., inciso c) del párrafo 4.

cisión de este tipo, que se deja a la exclusiva discreción del Estado requerido, puede someterse a ciertas condiciones⁷⁴⁷. A fin de estar en condiciones de responder con celeridad y coherencia a esas peticiones, el Estado requerido debe contar con información pertinente suficiente sobre las circunstancias del caso. Deberá tener también un marco de política establecido que le permita determinar si debe o no responder favorablemente a esa petición y, en caso afirmativo, con sujeción a qué condiciones, si las hubiere.

17.34 En cuanto a lo que se considera información suficiente, el artículo 17 no contiene normas generales o de procedimiento que rijan estas peticiones. Por consiguiente, habrá que tomar decisiones sobre diferentes cuestiones, incluido el formato requerido de las peticiones, el idioma o idiomas en que se deben formular y, lo que es particularmente importante, el tipo de información que debe contener cada petición⁷⁴⁸. En este último contexto, el Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima⁷⁴⁹ sugirió el uso del siguiente formato estándar para las “solicitudes”:

1. Identificación de la parte solicitante, con mención de la autoridad que presente la solicitud y del servicio encargado de adoptar medidas.
2. Descripción del buque, con mención de su nombre, pabellón y puerto de matriculación, más cualesquiera otros pormenores relativos al buque.
3. Pormenores que se conozcan de la ruta y la tripulación.
4. Lugar de avistamiento del buque y parte meteorológico.
5. Motivo de la solicitud (exposición de las circunstancias que aconsejen la intervención).
6. Medidas de intervención solicitadas.
7. Cualesquiera otros datos pertinentes.
8. Medidas que solicita el Estado interviniente (comprendidas la confirmación de la matrícula del buque y la autorización para visitarlo y, llegado el caso, para efectuar un registro), junto con la indicación del tiempo útil disponible).

Por supuesto, cada parte puede modificar los requisitos a este respecto, y también solicitar información adicional en cualquier caso.

17.35 Como se señaló *supra*, de conformidad con el párrafo 6 del artículo 17, el Estado del pabellón podrá someter su autorización a condiciones que serán “convenidas” con la parte requirente. Si bien se mencionan expresamente las condiciones relativas a la responsabilidad, es evidente que no hay límites al derecho del Estado del pabellón a este respecto. Como cuestión de carácter práctico, sin embargo, es igualmente evidente que esta facultad relativa a la protección de los intereses de la parte requerida debe utilizarse con cautela y moderación para que se pueda realizar el pleno potencial del artículo 17. Como se expresa en el informe explicativo oficial del

⁷⁴⁷Véanse, *supra*, los comentarios sobre el párrafo 6 del artículo 17.

⁷⁴⁸Véanse, por ejemplo, los artículos 19, 20 y 21 del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995.

⁷⁴⁹“Informe de la reunión del Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima, celebrada en Viena del 19 al 23 de septiembre de 1994 y del 20 al 24 de febrero de 1995” (E/CN.7/1995/13), recomendación 3.

Acuerdo del Consejo de Europa de 1995, “si el Estado del pabellón impone condiciones que no son aceptables para el Estado interviniente, éste debe abstenerse de esa intervención. La Comisión convino, por lo tanto, en que los Estados debían obrar con cautela al imponer condiciones y utilizarlas sólo cuando fuese estrictamente necesario”⁷⁵⁰. Cuando el Estado del pabellón imponga condiciones y posteriormente se produzca una intervención en base al artículo 17, estas condiciones son vinculantes para el Estado interviniente. Por consiguiente, el incumplimiento de estas condiciones puede dar lugar a la responsabilidad internacional y jurídica.

17.36 La práctica de los Estados en esta esfera revela una diversidad de cuestiones que han resultado importantes para los Estados del pabellón. Además de la responsabilidad por la pérdida, el daño o las lesiones resultantes de las operaciones de represión⁷⁵¹, éstas entrañan, entre otras cosas, costos que normalmente sufraga el Estado interviniente⁷⁵², restricciones al uso de la información o de las pruebas obtenidas⁷⁵³, el tratamiento de los nacionales del Estado del pabellón⁷⁵⁴, la reserva del derecho a objetar, en un plazo específico, al ejercicio continuado de la jurisdicción sobre la nave o las personas a bordo⁷⁵⁵ y las limitaciones a la introducción de la nave en la jurisdicción de un tercer Estado⁷⁵⁶. Es importante, sin embargo, resistir a cualquier tentación de imponer condiciones para modificar la estructura del artículo 17. Si una parte llega a la conclusión de que, por razones constitucionales, jurídicas o de otro tipo, se requiere una revisión radical, debe considerarse la posibilidad de negociar acuerdos o arreglos bilaterales o regionales en virtud de las disposiciones del párrafo 9⁷⁵⁷. Este criterio también está justificado cuando se desee simplificar la estructura de la Convención de 1988 de manera significativa, por ejemplo, disponiendo una autorización anticipada general para el abordaje y medidas conexas⁷⁵⁸.

17.37 Dado que la concesión de la autorización a un Estado requirente es siempre discrecional, deben tomarse las medidas necesarias para ejercer rápida y efectivamente esa discreción. La identificación del marco apropiado para el ejercicio de esa facultad tendrá consecuencias sobre la cuestión de dónde debe estar ubicada, en la estructura gubernamental, la autoridad nacional designada. Si bien el artículo 17 no dispone que se den razones al Estado requirente en los casos en que se deniegue una

⁷⁵⁰Informe explicativo del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995, párr. 44.

⁷⁵¹Véanse, *supra*, los comentarios sobre el párrafo 6 del artículo 17.

⁷⁵²Véase, por ejemplo, el informe del Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima (E/CN.7/1995/13), recomendación 19; véase también el párrafo 1 del artículo 25 del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995.

⁷⁵³Véanse, por ejemplo, los artículos 23 y 24 del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995.

⁷⁵⁴Párrafo 2 del artículo 8 del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995.

⁷⁵⁵Véase, por ejemplo, el intercambio de notas de 1981 entre el Reino Unido y los Estados Unidos, párrs. 4 y 5.

⁷⁵⁶Véase, por ejemplo, el Informe explicativo del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995, párr. 44.

⁷⁵⁷Puede sostenerse, por ejemplo, que las complejas disposiciones necesarias para dar pleno efecto al concepto de la “jurisdicción preferencial” del Estado del pabellón se pueden satisfacer mejor recurriendo a instrumentos bilaterales o multilaterales en los que se plasme este concepto en relación con el tráfico ilícito por mar (véase el Tratado de 1990 entre Italia y España y el Acuerdo del Consejo de Europa de 1995).

⁷⁵⁸El sistema de “no objeción anticipada” se utilizó en el intercambio de notas de 1981 entre el Reino Unido y los Estados Unidos y es pertinente en este contexto. El Tratado de 1991 entre Italia y España utiliza el concepto de “organismo” del artículo 5 para llegar a un resultado similar. Cabe observar, sin embargo, que esto no sucede en un contexto de jurisdicción preferencial para el Estado del pabellón.

petición de autorización⁷⁵⁹, el espíritu de la Convención llevaría a indicar, en los casos apropiados, el fundamento de la decisión adoptada. De hecho, algunos podrían considerar apropiada una política en virtud de la cual no se denegaría ninguna solicitud sin la previa celebración de consultas entre las autoridades nacionales designadas pertinentes.

17.38 Dado que las operaciones autorizadas del tipo que se contempla en esta disposición se apartan de la norma de la jurisdicción exclusiva del Estado de la bandera en alta mar, sería prudente que todos los Estados adoptaran medidas para reducir la posibilidad de equívocos de parte de los operadores de las naves que enarbolan su pabellón, y otros que tengan intereses prácticos, en cuanto a la naturaleza de la disposición establecida en el artículo 17. Este punto se destaca claramente en el artículo 22 del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995 que dice:

“Cada una de las Partes tomará las medidas que sean necesarias para informar a los propietarios y capitanes de naves que enarbolan su bandera, que se podrá conceder a los Estados Partes en el presente Acuerdo la autoridad para abordar naves más allá del mar territorial de cualquier Parte a los fines especificados en el presente Acuerdo, e informarles en particular de la obligación de seguir las instrucciones dadas por el grupo de abordaje del Estado interviniente que ejerce esa autoridad.”

Una iniciativa de este tipo puede ser sólo una parte de un plan más amplio para obtener la cooperación de todos los que realizan operaciones de transporte marítimo en las actividades generales de lucha contra el tráfico ilícito de drogas por mar⁷⁶⁰.

17.39 El artículo 17 impone también ciertas obligaciones y restricciones al Estado requirente. Por ejemplo, las medidas de represión pueden, en virtud del párrafo 10 y siguiendo la práctica internacional normal, realizarse sólo con ciertas categorías de naves o aeronaves públicas. Además, el párrafo 8 impone el requisito de informar con prontitud al Estado del pabellón de los resultados de esa medida. Por último, hay que tener “debidamente en cuenta la necesidad de no poner en peligro la seguridad de la vida en el mar ni la de la nave y la carga y de no perjudicar los intereses comerciales y jurídicos del Estado del pabellón o de cualquier otro Estado interesado”⁷⁶¹.

17.40 En el desempeño de sus obligaciones, los Estados intervinientes deben asegurar que el personal de los organismos de represión reciba capacitación y orientación apropiadas y que se cuente con los procedimientos para asegurar el cumplimiento de las normas internacionales aceptadas. Por ejemplo, es esencial establecer arreglos para garantizar que cuando se detenga y se aborde una nave el uso de la fuerza armada será sólo un último recurso y se aplicará de conformidad con las normas pertinentes del derecho consuetudinario internacional⁷⁶². Asimismo, debe haber disposiciones prácticas que permitan a la autoridad nacional designada informar con prontitud a las autoridades responsables de los organismos de represión de cuales-

⁷⁵⁹A diferencia de la posición adoptada en el párrafo 16 del artículo 7 en relación con la asistencia judicial recíproca.

⁷⁶⁰Véase el informe del Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima (E/CN.7/1995/13), recomendación 23, donde hay otras ideas sobre la naturaleza y el alcance de un programa de ese tipo.

⁷⁶¹Artículo 17, párrafo 5.

⁷⁶²Véase, por ejemplo, el Acuerdo del Consejo de Europa de 1995, inciso *d*) del párrafo 1 y párrafos 2 y 3 del artículo 2.

quiera condiciones y limitaciones que haya impuesto el Estado del pabellón y que éstos deben cumplir.

17.41 Como se destaca en los comentarios al artículo 4 (véanse los párrafos 4.27 a 4.29 *supra*), la promulgación de legislación habilitante apropiada es esencial a los fines del funcionamiento adecuado del régimen de cooperación previsto en el artículo 17. Particularmente importante es la disposición en virtud de la cual se asignan amplias facultades de represión respecto de naves que enarbolan pabellones extranjeros. Por ejemplo, el primer capítulo de la Ley irlandesa de justicia penal de 1994⁷⁶³ contiene disposiciones detalladas, entre otras cosas, sobre la facultad de registrar y obtener información, la facultad de detención y decomiso, el uso de fuerza razonable, la producción de pruebas de autoridad, la definición de los delitos pertinentes y la disposición de protección jurídica apropiada para los oficiales participantes. Cada parte deberá examinar sus necesidades en esta esfera y asegurar una ejecución apropiada.

17.42 También es importante para los posibles Estados intervinientes que se examinen de antemano las circunstancias en que normalmente harían uso de la posibilidad de pedir una autorización. Por ejemplo, a juicio de la Comisión de Expertos que elaboró el Acuerdo del Consejo de Europa de 1995, habría que tener en cuenta “las razones que sugieren la no adopción de medidas contra naves de servicios regulares de pasajeros o naves más grandes del comercio internacional. Normalmente, esas naves se podrían examinar minuciosamente en el siguiente puerto de destino, en particular si ese puerto está situado en el territorio de una Parte en el acuerdo o en la Convención de Viena”⁷⁶⁴. Además, en algunos casos el uso de estrategias alternativas de cooperación entre organismos de represión podría estar justificado. El Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima opinó que, cuando las circunstancias operacionales lo permiten, debe “darse preferencia a la vigilancia del buque y a un mayor uso de la técnica de la entrega vigilada con miras al descubrimiento de las organizaciones criminales implicadas en la operación de visita. De hacerse así, debería considerarse la adopción de medidas para asegurar la integridad de la remesa ilícita y evitar su posible desvío o transbordo antes de que el buque llegue a su lugar de destino previsto”⁷⁶⁵.

Otras formas de cooperación

17.43 Si bien el objetivo principal del artículo 17 es facilitar las medidas de represión en relación con el tráfico ilícito de drogas por mar en naves de otras partes, éste no es su único objetivo. Esto queda corroborado por los términos del párrafo 2, que específicamente contemplan el suministro de asistencia a un Estado de pabellón que suprime el uso de una de sus propias naves o el uso de una nave sin bandera respecto de ese tráfico ilícito. En ningún caso, sin embargo, el texto proporciona más información en cuanto a la forma que debe adoptar esta actividad de cooperación, o a los límites del ámbito en que debe realizarse. La disposición se limita a indicar que dicha asistencia se debe prestar a las partes en la Convención “con los medios de que dispongan”. Sólo la parte requerida puede determinar si posee o no los medios pertinentes en cada caso.

⁷⁶³Ley No. 15 de 1994.

⁷⁶⁴Informe explicativo del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995, párr. 53.

⁷⁶⁵“Informe de la reunión del Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima, celebrada en Viena del 19 al 23 de septiembre de 1994 y del 20 al 24 de febrero de 1995” (E/CN.7/1995/13), recomendación 22; véanse también, *supra*, los comentarios sobre el artículo 11.

17.44 En cuanto a la asistencia al Estado del pabellón, cabe esperar que las peticiones normalmente preverán la adopción de alguna o de todas las medidas contempladas en el párrafo 4. No obstante, también se puede solicitar asistencia para otra amplia gama de fines. Éstos podrían incluir el registro de la nave sospechosa, impidiéndole la descarga o el transbordo de su carga, facilitar la presencia de oficiales de organismos de represión del Estado del pabellón a bordo de la nave de persecución y otras medidas afines. El hecho de que el Estado del pabellón puede aplicar las condiciones y limitaciones que crea conveniente a la petición está implícito en la naturaleza del proceso y explícito en el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo del Consejo de Europa. La parte requerida quizá desee también indicar las condiciones en que estaría dispuesta a responder de manera positiva.

17.45 Hay dos cuestiones que vale la pena considerar. La primera tiene que ver con la financiación de los costos, que puede ser sustanciales, de dar efecto a la petición. Como se señala *supra*, en circunstancias normales en que la acción se toma a iniciativa del Estado interviniente contra una nave de otra parte, los costos son generalmente sufragados por el Estado interviniente. En las circunstancias especiales que se examinan, sin embargo, la práctica internacional no es tan clara. El Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima opinó que, en los casos en que se preste asistencia al Estado del pabellón a petición de éste, será éste (y no el Estado interviniente) el que deba sufragar los gastos, a menos que se acuerde lo contrario⁷⁶⁶. En el Consejo de Europa se elaboró una solución algo diferente. En virtud del párrafo 1 del artículo 25 del Acuerdo de 1995, el Estado requerido normalmente sufragaría los gastos involucrados. Como se señala en el Informe explicativo, sin embargo, “cuando haya costos sustanciales o extraordinarios, podrá suponerse que ... el Estado que solicita la asistencia compartirá los gastos de la intervención ... En esos casos, las Partes interesadas deberían llegar a un acuerdo sobre el prorrateo de los gastos. Es probable que si no se llega a ese acuerdo no se produzca la intervención”⁷⁶⁷. Se aplican consideraciones similares a las medidas contra naves sin nacionalidad que se tomen a petición de otra parte (véase el párrafo 17.47 *infra*).

17.46 Una segunda esfera que puede atraer la atención especial de algunos países a la luz de la práctica internacional tiene que ver con la responsabilidad por los daños. En este caso se plantea la cuestión de si la práctica prevaleciente de asignar la responsabilidad al Estado interviniente es aplicable en esas circunstancias. La Comisión de Expertos que elaboró el Acuerdo del Consejo de Europa opinó que se necesitaba una disposición especial. Esta disposición es la del párrafo 3 del artículo 26 del Acuerdo, y dice lo siguiente: “La responsabilidad por cualquier daño resultante de una de las medidas tomadas en virtud del artículo 4 [Asistencia al Estado del pabellón] incumbirá al Estado requirente, que podrá solicitar compensación del Estado requerido cuando el daño sea el resultado de negligencia o cualquier otra falla imputable a ese Estado”.

17.47 En el párrafo 2 del artículo 17 se dispone que las peticiones de asistencia también pueden referirse a la supresión del uso de una nave “que no enarbole ninguno [pabellón] o no lleve matrícula” durante una actividad de tráfico ilícito de drogas. La decisión de hacer referencia a esas naves constituye un reconocimiento explícito

⁷⁶⁶Informe de la reunión del Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima, celebrada en Viena del 19 al 23 de septiembre de 1994 y del 20 al 24 de febrero de 1995” (E/CN.7/1995/13), recomendación 19.

⁷⁶⁷Informe explicativo del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995, párr. 89.

de la amplia utilización que hacen los traficantes ilícitos de drogas de esas naves sin nacionalidad o de las asimiladas a naves sin nacionalidad en virtud del derecho internacional. En este caso, sin embargo, hay importantes diferencias en comparación con las otras situaciones de cooperación consideradas hasta este punto. En particular, independientemente de la Convención de 1988 cada Estado tiene ciertos derechos en virtud del artículo 110 de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, por ejemplo, el derecho de visita a una nave sin nacionalidad, que de conformidad con el párrafo 2 del artículo 92 incluye también a una nave que enarbole los pabellones de dos Estados, utilizándolos a su conveniencia. El artículo 110 indica que el ejercicio del derecho de visita comprende el abordaje (párrafo 1) y la inspección (párrafo 2) de una nave. Por consiguiente, no estaría justificado el reconocimiento de cualquier derecho de un Estado requirente a imponer condiciones o limitaciones. Sólo la parte requerida puede determinar qué medidas son apropiadas⁷⁶⁸. Ahora bien, la obligación de la parte requerida es proporcionar asistencia con los medios de que disponga y, como se señala *supra*, al hacer esa determinación puede correctamente tener en cuenta factores económicos, incluido el costo previsto de cualquier medida de represión. En ciertos casos, puede considerarse apropiado responder positivamente a una petición con sujeción a que se logre un acuerdo sobre el prorrateo de esos costos⁷⁶⁹.

17.48 Si bien el artículo 17 trata concretamente sólo de las tres categorías de asistencia examinadas *supra*, la obligación de cooperar “en todo lo posible” puede abarcar otras formas de actividades internacionales útiles con miras a la supresión del tráfico ilícito por mar. Una esfera que se destaca particularmente en el informe de la reunión del Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima se refiere a facilitar y mejorar el intercambio, a través de los canales apropiados, de información general sobre naves sospechosas de participar en el tráfico internacional de drogas y asuntos afines⁷⁷⁰. En particular, el Grupo de Trabajo recomendó que los Estados identificaran, en la medida de lo posible, y comunicaran oportunamente a otros Estados directamente o a través de la Interpol, la Organización Mundial de Aduanas, Mar-Info⁷⁷¹ u otras organizaciones o redes de comunicación que funcionan o participan en esta esfera, los indicadores que, a su juicio, podrían ayudar a identificar a las naves involucradas, o que pronto podrían estar involucradas en el tráfico ilícito de drogas⁷⁷². La importancia del intercambio espontáneo de información se ha reconocido también en otras partes. Por consiguiente, los encargados de aplicar el artículo 17 deben considerar cuál sería el método o los métodos más apropiados para aportar una contribución positiva en este contexto.

⁷⁶⁸Véase, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 5 del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995.

⁷⁶⁹Véase, por ejemplo, el Informe explicativo del Acuerdo del Consejo de Europa, párr. 89.

⁷⁷⁰Informe de la reunión del Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima, celebrada en Viena del 19 al 23 de septiembre de 1994 y del 20 al 24 de febrero de 1995” (E/CN.7/1995/13), anexo a las recomendaciones.

⁷⁷¹Mar-Info es un sistema internacional de intercambio de información de inteligencia entre aduanas para vigilar el tráfico marítimo en el Océano Atlántico, el Mar Báltico, el Mar del Norte y el Mar Mediterráneo, administrado por las autoridades aduaneras nacionales de Francia (Mar-Info Sur) y Alemania (Mar-Info Norte). Mar-Info investiga sólo las naves comerciales; hay un sistema de vigilancia similar dirigido por las mismas autoridades con respecto a las embarcaciones privadas de recreación y otras naves no comerciales conocida con el nombre de Yacht-Info.

⁷⁷²Informe de la reunión del Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima, celebrada en Viena del 19 al 23 de septiembre de 1994 y del 20 al 24 de febrero de 1995” (E/CN.7/1995/13), recomendación 6; véase también el párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995.

Artículo 18

ZONAS Y PUERTOS FRANCOS

Comentarios de carácter general

18.1 Durante muchos años, varios Estados procuraron promover el desarrollo del comercio internacional, el comercio exterior y el empleo nacional mediante el establecimiento de zonas de libre comercio y puertos francos⁷⁷³. Esas zonas suelen estar ubicadas en puertos marítimos o ribereños, aeropuertos u otros lugares con ventajas geográficas importantes. Como se ha señalado en otras partes: “Los países intentan atraer inversores a zonas francas proporcionando incentivos arancelarios e impositivos y reduciendo al mínimo absoluto los procedimientos de fiscalización y la documentación”⁷⁷⁴. Una característica particular de esas zonas es que, para ciertos fines, se consideran fuera del territorio aduanero nacional y no están sujetas a los controles aduaneros normales⁷⁷⁵.

18.2 Si bien no se pone en tela de juicio la corrección y aceptabilidad de una estrategia de ese tipo para promover el desarrollo económico, los Estados están decididos a asegurar que los que participan en el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas no abusen de las concesiones legítimas otorgadas en esas zonas geográficas. Como lo indicó una de las partes en la Convención de 1988: “Este artículo está concebido para asegurar que las zonas y los puertos de libre comercio no se transformen en paraísos seguros para el tráfico de drogas”⁷⁷⁶.

18.3 En los comentarios al párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de 1961, cuyo texto corresponde en términos generales al del párrafo 1 del presente artículo, se indica que las autoridades aduaneras aplican sólo una supervisión muy limitada, si alguna, a las mercancías que se envían desde el extranjero a zonas y puertos francos, o desde éstos a países extranjeros. Esos controles limitados, o esa falta de control, permitiría a los traficantes ilícitos utilizar las zonas y puertos francos como lugares convenientes para almacenar sus mercancías contrabandeadas y contrabandear drogas a través de fronteras no controladas o insuficientemente controladas. De hecho, las condiciones normalmente existentes en las zonas y puertos francos requieren no

⁷⁷³A veces conocidas con otros nombres, como “zonas de comercio extranjero”; ninguno de estos términos se define en la Convención de 1988.

⁷⁷⁴Consejo de Cooperación Aduanera, *Manual on the Use of Customs Procedures to Facilitate Exportation* (Doc.37.980E, abril de 1993), pág. B/7/2.

⁷⁷⁵Convenio Internacional sobre Simplificación y Armonización de Regímenes Aduaneros de 1973, anexo F.1.

⁷⁷⁶*Criminal Justice (International Co-operation) Bill/ Explanatory Memorandum on the Proposals to Implement the Vienna Convention Against the Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances* (Londres, Ministerio del Interior, 1990), pág. 31.

sólo la aplicación de las medidas que los gobiernos adoptan normalmente para la fiscalización de los estupefacientes sino hasta medidas mucho más drásticas⁷⁷⁷.

18.4 Fue por estas razones que se incluyó lo que luego sería el párrafo 1 del artículo 18 en el primer proyecto de la Convención de 1988, siguiendo la pauta establecida en la Convención Internacional sobre el Opio de 1925⁷⁷⁸, y continuada en la Convención de 1961⁷⁷⁹ y el Convenio de 1971⁷⁸⁰.

Párrafo 1

1. Las Partes, a fin de eliminar, en las zonas y puertos francos, el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en los Cuadros I y II adoptarán medidas no menos estrictas que las que apliquen en otras partes de su territorio.

Comentarios

18.5 El párrafo 1 dispone que las partes aplicarán, en sus zonas y puertos francos, medidas que no sean menos estrictas que las que apliquen en otras partes de su territorio. Este texto es más preciso que el utilizado en el primer proyecto, que se refería a medidas “prácticamente equivalentes ... o más estrictas que ...”⁷⁸¹. El artículo 24 contiene una disposición general que permite a una parte adoptar medidas más estrictas o rigurosas que las previstas en la Convención si, a su juicio, tales medidas son convenientes o necesarias para prevenir o eliminar el tráfico ilícito. Las oportunidades especiales que las condiciones imperantes en las zonas y puertos francos podrían presentar a los traficantes ilícitos convencieron a los autores de la Convención de 1988, como a sus predecesores, de que había que referirse expresamente en este contexto a medidas más rigurosas.

Párrafo 2

2. Las Partes procurarán:

a) Vigilar el movimiento de bienes y personas en las zonas y puertos francos, a cuyo fin facultarán a las autoridades competentes a inspeccionar las cargas y las naves a su llegada y partida, incluidas las embarcaciones de recreo y los barcos pesqueros, así como las aeronaves y los vehículos y, cuando proceda, a registrar a los miembros de la tripulación y los pasajeros, así como los equipajes respectivos;

b) Establecer y mantener un sistema para descubrir los envíos sospechosos de contener estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustan-

⁷⁷⁷Comentarios a la Convención de 1961, párrafo 1 de los comentarios sobre el párrafo 2 del artículo 31.

⁷⁷⁸Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. LXXXI, art. 14, pág. 317.

⁷⁷⁹Convención de 1961, párrafo 2 del artículo 31.

⁷⁸⁰Convenio de 1971, inciso a) del párrafo 3 del artículo 12.

⁷⁸¹*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CN.7/1987/2, secc. II (“artículo 13”).

cias que figuran en los Cuadros I y II que entren en dichas zonas o salgan de ellas;

c) Establecer y mantener sistemas de vigilancia en las zonas del puerto y de los muelles, en los aeropuertos y en los puntos de control fronterizo de las zonas y puertos francos.

Comentarios

18.6 El texto del párrafo 2 incorporó varias mejoras al texto que tuvo ante sí la Conferencia. En el texto propuesto⁷⁸², no se hacía referencia en el inciso a) del párrafo 2 a la vigilancia del movimiento de las personas. Asimismo, la referencia al registro de la tripulación, los pasajeros y sus equipajes figuraba en el inciso b) y, por lo tanto, se aplicaba sólo en el contexto de la entrada o la salida de las zonas pertinentes; su inclusión en el inciso a) lo hace aplicable en todas esas zonas. Por último, la referencia a “sistemas de vigilancia” en el inciso c) sustituyó a una referencia algo anticuada a “patrullas”.

18.7 Las disposiciones del párrafo 2 del artículo 18, que tienen por objeto suprimir el tráfico ilícito de sustancias sometidas a fiscalización, no sustituyen de manera alguna a las estrictas medidas de fiscalización del movimiento lícito de esas sustancias que las partes deben aplicar en zonas y puertos francos de conformidad con el párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de 1961 y de esa Convención enmendada, y del inciso a) del párrafo 3 del artículo 12 del Convenio de 1971.

Consideraciones sobre la aplicación: artículo 18 en su totalidad

18.8 Como se ha indicado, la estructura del artículo 18 consiste de dos partes relacionadas entre sí: en primer lugar, impone una obligación general, en el párrafo 1, de aplicar en las zonas y puertos francos medidas “no menos estrictas” que las aplicadas en otras partes; segundo, establece en el párrafo 2 las medidas específicas que cada parte debe tratar de disponer. El desafío que enfrentan los encargados del cumplimiento de estas obligaciones consiste en crear una estructura legislativa, administrativa, reglamentaria y de represión que sea eficaz y, al mismo tiempo, sensible a las necesidades básicas y las realidades comerciales de esas zonas. Esto podría, por ejemplo, llevar a la decisión de aplicar en esas zonas las técnicas de fijación de objetivos, elaboración de perfiles y vigilancia más intensamente de lo que se aplican en otras zonas.

18.9 La experiencia desde que se aprobó la Convención ha revelado la necesidad de prestar particular atención a la prevención de la desviación de precursores dentro de esas zonas. Atendiendo a esa profunda preocupación⁷⁸³, el Consejo Económico y Social, en su resolución 1992/29, subrayó “la importancia de la aplicación de medidas adecuadas de reglamentación, de conformidad con las disposiciones del artículo 18 de la Convención [de 1988] a todas las fases de recepción, almacenamiento, manipulación, elaboración y entrega de precursores y de productos químicos esenciales

⁷⁸²Ibíd., documento E/CONF.82/12, “artículo 13” (E/CONF.82/C.2/L.13/Add.4), secc. I, pág. 167.

⁷⁸³Véase, por ejemplo, *Grupo de Trabajo de Acción Química: Informe final* (Washington, D.C., junio de 1991), pág. 22.

en puertos francos y en zonas francas comerciales, así como en otros lugares problemáticos como los depósitos de aduanas”. Más recientemente, en su resolución 1995/20, el Consejo instó a los gobiernos a que velaran, en la medida de lo posible, por que los envíos que entren o salgan de esas zonas estén sujetos a “las medidas de control requeridas para salvaguardar la remesa contra su eventual desvío”.

18.10 Al crear el marco apropiado para este contexto, sería muy conveniente que los Estados examinaran las *Directrices para uso de las autoridades nacionales a fin de evitar la desviación de precursores y productos químicos esenciales* de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes. Un aspecto importante de las *Directrices* es que las remesas que pasan por esas zonas y puertos se tratan como exportaciones o importaciones⁷⁸⁴ y que, por lo tanto, no se aplican las recomendaciones menos estrictas que se aplican a los Estados de tránsito. La experiencia ha demostrado que las actividades de los corredores y las compañías comerciales situados en las zonas francas deben estar sujetas a las mismas obligaciones que los otros agentes comerciales a fin de poder limitar adecuadamente las posibilidades de desviación⁷⁸⁵.

⁷⁸⁴Véase “Directrices para uso de las autoridades nacionales a fin de evitar la desviación de precursores y productos químicos esenciales”, 1993, “Notas de orientación”, párrs. III.10 y III.12, págs. 22 y 23.

⁷⁸⁵Véase *Precursores y productos químicos frecuentemente utilizados para la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas: Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 1994 sobre la aplicación del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1998* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.95.XI.1), párr. 31.

Artículo 19

UTILIZACIÓN DE LOS SERVICIOS POSTALES

Comentarios de carácter general

19.1 Los servicios postales se han venido utilizando desde hace mucho tiempo con fines de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, tanto para la distribución interna como para el contrabando internacional. La fiabilidad y la buena relación costo-eficacia de los servicios postales, así como las dificultades para detectar artículos ilícitos en el enorme volumen de correspondencia legítima, aseguran su gran popularidad, especialmente para las remesas de volumen relativamente bajo y gran valor como las de cocaína, heroína y ciertos tipos de sustancias sicotrópicas. Además, las limitaciones impuestas por consideraciones de peso se pueden superar en muchas instancias utilizando múltiples paquetes postales, de modo que, en la práctica, con bastante frecuencia también se transportan de este modo remesas más voluminosas, incluidas las de cannabis, resina de cannabis y ciertas sustancias incluidas en el Cuadro I y el Cuadro II de la Convención de 1988. La finalidad del artículo 19 es prevenir y suprimir este uso ilícito de los servicios postales.

19.2 Pese a que ya estaba bien establecido el uso de los servicios postales para el tráfico ilícito, la Convención de 1961 apenas hizo referencia a estos servicios, ya sea eximiendo a los paquetes postales de las disposiciones generales de la Convención o imponiendo prohibiciones especiales. La única disposición que trata expresamente de los paquetes postales es el párrafo 8 del artículo 31 que (en el contexto del comercio internacional) dice: “Quedarán prohibidas las exportaciones dirigidas a un apartado postal o a un banco a la cuenta de una persona o entidad distinta de la designada en el permiso de exportación”. El inciso *b*) del párrafo 3 del artículo 12 del Convenio de 1971 tiene una disposición virtualmente idéntica. Esta disposición se consideró necesaria porque era prácticamente imposible aplicar a las oficinas postales y a los bancos los procedimientos de licencia de la Convención⁷⁸⁶.

19.3 En el ámbito mundial, la responsabilidad principal de la promoción de la cooperación internacional en relación con las cuestiones postales corresponde a la Unión Postal Universal (UPU), que funciona desde 1875 y ha sido un organismo especializado de las Naciones Unidas desde 1947. Una de sus preocupaciones ha sido la inserción no autorizada de drogas en la correspondencia; esta cuestión se ha incluido, o se trata de alguna otra forma, en disposiciones a tal efecto de los instrumentos de la UPU. Aparte de la Constitución de la Unión Postal Universal⁷⁸⁷, éstos inclu-

⁷⁸⁶Comentarios a la Convención de 1961, párrafo 3 de los comentarios sobre el párrafo 8 del artículo 31; y Comentarios al Convenio de 1971, párrafo 4 de los comentarios sobre el párrafo 3 del artículo 12.

⁷⁸⁷Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 611, pág. 64.

yen la Convención Postal Universal⁷⁸⁸ y diversos acuerdos especializados, incluido uno sobre paquetes postales.

19.4 La Convención Postal Universal dispone que la inserción en cartas o paquetes postales de estupefacientes y sustancias sicotrópicas está prohibida⁷⁸⁹. Según el artículo 26.7 de esa Convención, los artículos que contengan esas sustancias y que hayan sido erróneamente admitidos en los servicios postales en ninguna circunstancia serán remitidos a su destino, entregados al destinatario o devueltos al remitente.

19.5 Estas disposiciones deben considerarse a la luz del principio de la libertad de tránsito establecido en el artículo 1 de la Constitución y el artículo 1 de la Convención Postal Universal: los artículos postales en tránsito a través de un Estado parte en esos instrumentos no pueden ser abiertos, y las disposiciones pertinentes, por lo tanto, se aplican principalmente en el Estado de destino. En lo que se refiere a los artículos postales en tránsito, la verdadera dificultad, por lo tanto, parece estar en encontrar la forma de conciliar las necesidades de la aplicación de la ley con el principio bien establecido de libertad de tránsito, que excluye la apertura de la correspondencia en un Estado de tránsito.

19.6 Por consiguiente, al tratar la cuestión del uso ilícito de los servicios postales para el tráfico de drogas, la Conferencia tuvo que tener en cuenta los reglamentos internacionales existentes en esta importante y compleja esfera de las comunicaciones y asegurar un resultado que estuviera en consonancia con esas reglamentaciones. En este entorno, los autores de la Convención de 1988 tuvieron muy poco margen para introducir disposiciones innovadoras.

Párrafo 1

1. Las Partes, de conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud de las Convenciones de la Unión Postal Universal, y de acuerdo con los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, adoptarán medidas a fin de suprimir la utilización de los servicios postales para el tráfico ilícito y cooperarán con ese propósito.

Comentarios

19.7 La finalidad del párrafo 1 es sencillamente suprimir la utilización de “los servicios postales” para el tráfico ilícito de drogas. Para realizar este objetivo, las partes deben adoptar las medidas necesarias en sus ordenamientos jurídicos nacionales y cooperar a nivel internacional.

19.8 La interpretación del término “servicios postales”, sin embargo, tiene sus dificultades. El sistema de distribución de correspondencia a través de las administra-

⁷⁸⁸La Convención fue aprobada en Tokio el 14 de noviembre de 1969 en virtud del artículo 22 3) de la Constitución de la UPU. La Convención y los acuerdos son objeto de revisión periódica. La última versión revisada de la Convención Postal Universal se aprobó en 1994 en el Congreso de Seúl.

⁷⁸⁹Artículo 26.5.1.

ciones postales que se rigen por los instrumentos de la UPU no es el único que presta servicios de distribución de correspondencia a los que podría aplicarse el término “servicios postales”. En los últimos años, las mejoras en el campo del transporte internacional, el dramático crecimiento de la economía mundial y otros factores han dado lugar a una importante expansión de los servicios de correo expreso comercial, correos privados y otros servicios similares a nivel internacional, cuyos productos también están expuestos a abusos por parte de los traficantes ilícitos de drogas. La evolución que llevó, entre otras cosas, a la privatización de varios servicios postales nacionales y el abandono o la limitación del monopolio de que gozaban muchos de esos servicios en materia de cartas postales contribuyó a desdibujar el concepto tradicional de “servicios postales”.

19.9 Una interpretación razonable de “servicios postales” en la Convención de 1988, teniendo en cuenta el objeto y la finalidad del artículo 19⁷⁹⁰, sería considerar que abarca los servicios postales públicos así como las operaciones privadas que ofrecen servicios comparables. El carácter público o privado de un sistema postal nacional parecería irrelevante a estos fines y la distinción podría muy bien depender del criterio adoptado en la legislación de cada Estado parte. Otros servicios de distribución rápida parecerían estar fuera del ámbito de este artículo, pero esos servicios estarían comprendidos en el artículo 15, relativo a los transportistas comerciales. Como lo indica la definición de “transportista comercial” del inciso *d*) del artículo 1, es decir, “una persona o una entidad pública, privada o de otro tipo dedicada al transporte de personas, bienes o correo a título oneroso”, hay de hecho una cierta superposición entre el artículo 19 y el artículo 15. En tanto que el artículo 19 hace hincapié en el uso de los servicios postales sin tener en cuenta la forma en que funcionan, el artículo 15 centra la atención más bien en un aspecto operacional, el transporte y “los medios de transporte”, considerando al correo como una de las diversas cosas que podrían transportarse. En la práctica, muchos servicios postales consignan carteras de correo para su transporte por tierra, mar o aire a un medio de transporte proporcionado por un porteador comercial, especialmente cuando el destinatario está en otro Estado. En el uso normal, las oficinas postales funcionan como “oficinas de correo” pero utilizan a transportistas para realizar sus operaciones, de modo que las medidas adoptadas en virtud de cualquiera de los dos artículos, el artículo 15 y el artículo 19, podrían aplicarse a “los servicios postales”.

19.10 Las obligaciones de las partes en virtud del párrafo 1 deben estar “de conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud de las Convenciones de la Unión Postal Universal, y de acuerdo con los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos”. La breve discusión de estas dos frases durante la labor de la Comisión II indica que la intención era imponer limitaciones acumulativas a las obligaciones que asumían las partes⁷⁹¹. En deliberaciones anteriores, se había considerado que las palabras pertinentes constituían una cláusula de salvaguardia⁷⁹².

⁷⁹⁰Véase el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, págs. 451 y 452).

⁷⁹¹*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 2a. sesión, párrs. 30 a 48.

⁷⁹²*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CN.7/1988/2 (Part II), párrs. 243 a 247, pág. 29.

Párrafo 2

2. Las medidas a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo comprenderán, en particular:

a) Medidas coordinadas y orientadas a prevenir y reprimir la utilización de los servicios postales para el tráfico ilícito;

b) La introducción y el mantenimiento, por el personal de detección y represión competente, de técnicas de investigación y de control encaminadas a detectar los envíos postales con remesas ilícitas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en los Cuadros I y II;

c) Medidas legislativas que permitan utilizar los medios adecuados a fin de allegar las pruebas necesarias para iniciar actuaciones judiciales.

Comentarios

19.11 En el párrafo 2 se establece una lista, no concebida como exhaustiva, de medidas que se pueden adoptar de conformidad con el párrafo 1.

19.12 El inciso a) no agrega mucho al texto del párrafo 1: el término “suprimir” del párrafo 1 se explica mediante una referencia tanto a “prevención” como a “represión”. Las partes tienen la obligación de tomar medidas coordinadas, lo que necesariamente requerirá la participación de sus administraciones postales y sus servicios de aduanas y de policía. En una etapa de la formulación, la Comisión de Estupefacientes había insertado una referencia a “control” en el inciso a), pero ésta fue omitida por el grupo de expertos intergubernamentales que se reunió en junio y julio de 1987, para evitar toda sugerencia de infracción del derecho a la privacidad y el secreto de las comunicaciones⁷⁹³.

19.13 La referencia en el inciso b) a “técnicas de investigación y de control” fue el resultado de un debate en el que se reconoció tanto la necesidad de realizar investigaciones para detectar remesas ilícitas como la enorme magnitud de la tarea, teniendo en cuenta el gran número de artículos postales. Para algunos representantes, la escala de la operación significaba que las medidas de control eran más realistas que las de investigación; en el texto definitivo se utilizaron ambos términos⁷⁹⁴. La referencia al “personal de detección y represión competente” debe interpretarse de conformidad con las leyes y las prácticas nacionales, pero evita el argumento de que en “los servicios postales” sólo pueden actuar agentes de la administración postal, con exclusión de cualquier otro organismo de represión apropiado.

19.14 El inciso c) es algo confuso, y su texto se aprobó antes de que la Conferencia considerara los detalles de las disposiciones sobre asistencia judicial recíproca

⁷⁹³Ibíd., párr. 248.

⁷⁹⁴Documentos Oficiales, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 2a. sesión, párrs. 11 a 47.

del artículo 7. Parece haber sido concebido para evitar dificultades que se habían presentado, o que podrían presentarse, para obtener pruebas de que se habían utilizado los servicios postales. Estas dificultades incluyen cuestiones como la disponibilidad de mandamientos de registro y la admisibilidad de muestras de una remesa más grande. En el Plan Amplio y Multidisciplinario se puso de relieve la conveniencia de permitir, en algunos casos, el uso de los servicios postales para enviar, de manera vigilada, muestras de estupefacientes y sustancias sicotrópicas decomisadas a laboratorios regionales o de otro tipo con fines de análisis⁷⁹⁵.

Consideraciones relativas a la aplicación: artículo 19 en su totalidad

19.15 Como se señaló *supra*, el párrafo 1 del artículo 19 crea una obligación general para las partes de tomar medidas para suprimir la utilización de los servicios postales con fines de tráfico ilícito y de cooperar con otras partes a tal fin. Estas obligaciones, sin embargo, están limitadas por referencia específica a dos factores.

19.16 El primero de estos factores es la necesidad de que las medidas adoptadas sean compatibles con las obligaciones dimanantes de los diversos instrumentos de la UPU, en particular su Constitución y la Convención Postal Universal. La práctica ha revelado ciertas tensiones entre algunos aspectos del criterio tradicional adoptado en los instrumentos de la UPU y las necesidades operacionales percibidas de los sectores de la comunidad de los organismos de represión encargados de suprimir e investigar actividades de tráfico ilícito. Ya se había hecho referencia al principio fundamental de la libertad de tránsito (véase el párrafo 19.7 *supra*), que requiere que no se abran los artículos postales en tránsito. Este principio no combina bien con ciertos tipos de operaciones de entrega vigilada, especialmente la entrega vigilada “limpia” prevista en el párrafo 3 del artículo 11⁷⁹⁶, que implica una sustitución parcial o total del contenido y, por lo tanto, la apertura del artículo postal en tránsito. De este ejemplo resulta evidente que los encargados de aplicar el artículo 19 deben obtener asesoramiento especializado apropiado para asegurar que todos los aspectos de la estrategia propuesta están también en consonancia con los requisitos de los instrumentos de la UPU⁷⁹⁷.

19.17 La UPU y las organizaciones intergubernamentales que actúan en el campo de la detección y represión procuran promover una armonización de sus criterios, a veces divergentes, en cuanto al tráfico ilícito por correo. Tras el examen de esta cuestión con el Consejo de Cooperación Aduanera (también denominado la Organización Mundial de Aduanas), la UPU aprobó la resolución C54/1989 relativa a las valijas de correo en tránsito sospechosas de contener estupefacientes o sustancias sicotrópicas. En su resolución, la UPU invitó a las administraciones postales a que tomaran todas las medidas apropiadas con las autoridades pertinentes de sus países a fin de asegurar que las valijas de correo en tránsito sospechosas de contener estupefacientes no fueran abiertas y que notificaran por el medio más expeditivo posible, a petición de sus autoridades aduaneras, a la administración del país de destino a fin de que las valijas

⁷⁹⁵Informe de la Conferencia Internacional sobre Uso Indevido y Tráfico Ilícito de Drogas, Viena, 17 a 26 de junio de 1987 (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.87.I.18), cap. I, secc. A, párr. 268.

⁷⁹⁶Véanse, *supra*, los comentarios sobre el párrafo 3 del artículo 11.

⁷⁹⁷Cabe destacar que la técnica de la entrega vigilada es también muy útil en casos de tráfico interno, donde habría una mayor libertad de acción en este contexto.

sospechosas se pudieran identificar fácilmente a su llegada, y pidieran la verificación por la administración del país de origen⁷⁹⁸. En la misma resolución, la UPU invitó también a las administraciones postales a que, en consulta con los servicios de aduanas, plantearan la cuestión a las autoridades legislativas, a fin de que las leyes y los reglamentos no impidieran el uso de la técnica de la entrega vigilada. La resolución dispuso también que las aduanas del Estado de tránsito deben tomar medidas apropiadas, si se les solicita con el acuerdo de sus autoridades competentes, para informar a las autoridades aduaneras del país de destino y, posiblemente, del país de origen de los artículos postales sospechosos. La cooperación entre la Organización Mundial de Aduanas y la UPU se siguió afirmando mediante un protocolo de acuerdo entre ambas organizaciones, firmado el 15 de septiembre de 1994, y la adopción de directivas, que se actualizan periódicamente, con miras a mejorar la cooperación entre las autoridades aduaneras y postales en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas por correo.

19.18 Las obligaciones generales establecidas en el párrafo 1 del artículo 19 son objeto de otras calificaciones por referencia al concepto de que la aplicación de las medidas adoptadas por las partes no deben ir más allá de las que estén “de acuerdo con los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos”. En muchos países se proporciona protección jurídica a los artículos incluidos en la correspondencia, y la interferencia con ellos puede dar lugar a delicadas cuestiones constitucionales relativas a las libertades civiles.

19.19 De conformidad con el párrafo 2, las partes deben dar una expresión concreta a sus obligaciones en virtud del párrafo 1 en tres esferas específicas. Resulta claro, sin embargo, que la lista de medidas no está concebida como exhaustiva; en cambio, representa un grupo común mínimo de medidas que se requieren de todas las partes.

19.20 El inciso *a*) del párrafo 2 pide que se adopten medidas coordinadas orientadas a prevenir y reprimir la utilización de los servicios postales para el tráfico ilícito. Esto tiene una dimensión tanto nacional como internacional. En lo que se refiere a la primera, es sumamente importante que se establezcan arreglos adecuados para permitir una coordinación eficiente y eficaz entre las autoridades postales, las aduanas y otros organismos pertinentes que tengan mandatos de represión. Esto podría incluir la formulación de directrices concebidas para aumentar la seguridad, facilitar la detección de artículos ilícitos y proporcionar un acceso rápido a la información pertinente.

19.21 En el ámbito internacional, se requieren la coordinación y el intercambio de información entre los organismos de represión de las partes en la Convención de 1988 para poder realizar los objetivos generales del artículo 19. Por ejemplo, la información de importancia operacional adquirida mediante la vigilancia de artículos postales que son objeto de envío internacional quizá deba comunicarse, como se prevé en el apartado iii) del inciso *b*) del párrafo 1 del artículo 9⁷⁹⁹, a las autoridades de

⁷⁹⁸El texto auténtico dice: “prendre toutes dispositions avec les autorités compétentes de leur pays afin qu’il ne soit pas procédé à l’ouverture des sacs de dépêches en transit dont elles soupçonnent qu’ils renferment des envois contenant des stupéfiants, mais à en aviser: a) par les voies les plus rapides, à la demande de leurs autorités douanières, l’Administration de destination afin que les sacs litigieux soient facilement repérés à l’arrivée; b) par bulletin de vérification, l’Administration d’origine de la dépêche;”.

⁷⁹⁹Véanse, *supra*, los comentarios sobre el párrafo 1 del artículo 9.

los organismos de represión del país de destino a fin de permitir que se tomen las medidas apropiadas. Asimismo, la información adquirida como resultado de investigaciones en el supuesto país de destino a menudo puede ser útil para la iniciación o continuación de investigaciones en el Estado de origen. La detección de cantidades muy pequeñas de sustancias prohibidas puede ofrecer información de inteligencia que es fundamental para identificar a los principales delincuentes o penetrar las redes de tráfico.

19.22 La coordinación internacional es también fundamental para el éxito de las operaciones de entrega postal supervisadas. Se han planteado dificultades especiales cuando las posibilidades que ofrece una operación de ese tipo llegan a conocimiento de un Estado de tránsito (según la definición de los instrumentos de la UPU). En el Plan Amplio y Multidisciplinario se recomienda que “los servicios de aduana notifiquen con urgencia a las autoridades aduaneras del Estado de destino, por el medio más expeditivo posible, de la identificación completa del artículo con indicación de su origen”⁸⁰⁰. Si bien existe un paralelo evidente con la técnica de la entrega vigilada, en este contexto falta la posibilidad de vigilancia continuada y, por lo tanto, de un verdadero control.

19.23 En el inciso *b*) del párrafo 2 se dispone la introducción de técnicas de investigación y de control encaminadas a combatir la utilización de los servicios postales para el tráfico ilícito de drogas. El desafío consiste en crear sistemas que, combinados, puedan rendir los resultados deseados en una forma que permita el funcionamiento efectivo de los servicios postales. Dado el enorme volumen de piezas de correspondencia de que se trata, muchos órganos de represión han hecho mucho hincapié en las técnicas de “elaboración de perfiles”. En estas técnicas se utilizan indicadores del riesgo, identificados sobre la base de la experiencia práctica anterior, a fin de identificar remesas sospechosas. Con frecuencia, esos perfiles tienen en cuenta factores como el tamaño y la forma, el método de sellado, la forma de incluir el nombre del destinatario (incluso la diferencia entre etiquetas escritas a mano o a máquina), nombres o direcciones falsos o poco usuales, olores no usuales del paquete, el destino y cualquier otra información de inteligencia sobre el paquete⁸⁰¹. Los artículos así identificados en razón de sus características como potencialmente sospechosos pueden luego ser sometidos a otros tipos de ensayos, al principio no intrusivos. En esas circunstancias, muchos países utilizan perros entrenados para detectar aromas de drogas (“perros sabuesos”). Además, en este contexto se pueden utilizar con ventaja un número creciente de ayudas tecnológicas, como el equipo de rayos X o los escáneres de iones.

19.24 Por último, el inciso *c*) del párrafo 2 se refiere a medidas legislativas para permitir el uso de medios apropiados a fin de allegar las pruebas necesarias para iniciar actuaciones judiciales. A fin de asegurar el cumplimiento de esta obligación, los responsables deben examinar la naturaleza de las leyes nacionales existentes, y la posibilidad de aplicarlas. En muchos Estados se requiere autoridad legislativa específi-

⁸⁰⁰*Informe de la Conferencia Internacional sobre Uso Indebido y Tráfico Ilícito de Drogas, Viena, 17 a 26 de junio de 1987* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.87.I.18), cap. I, secc. A, párr. 322.

⁸⁰¹*Manual for Compliance with the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances* (Washington, D.C., Departamento de Justicia de los Estados Unidos, 1992), pág. 59.

ca para permitir la interceptación, apertura y detención de artículos postales⁸⁰². Dada la frecuencia con que los traficantes utilizan el correo internacional con fines de tráfico, un número creciente de Estados⁸⁰³ han procurado asegurar que esas facultades se puedan utilizar en investigaciones tanto internas como extranjeras. También se puede considerar el fortalecimiento de las actividades relacionadas con el artículo 19 estableciendo un delito penal específico de envío de drogas prohibidas por correo⁸⁰⁴. Todo examen de las leyes nacionales existentes podría extenderse con ventaja a la aceptabilidad del uso de técnicas de investigación especiales, como la interceptación de telecomunicaciones, que podría ser útil en el contexto de las investigaciones postales, y la admisibilidad de las pruebas obtenidas de esta forma en las actuaciones judiciales subsiguientes. Al mismo tiempo, se podría considerar también la posibilidad de conferir esas facultades a otras partes como una forma de asistencia judicial recíproca⁸⁰⁵.

⁸⁰²Esas disposiciones varían significativamente en cuanto a su naturaleza y complejidad: véase, por ejemplo, Cabo Verde, Ley 78/IV/93, art. 30; Finlandia, Ley sobre medidas coercitivas No. 450 de 30 de abril de 1987, cap. IV; y Sudáfrica, Ley No. 140 sobre drogas y tráfico de drogas de 1992, secc. 11 c).

⁸⁰³Véase, por ejemplo, Ghana, Ley sobre estupefacientes (control, represión y sanciones), secc. 27 1), y Zambia, Ley sobre estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1992, secc. 27 1).

⁸⁰⁴Véase, por ejemplo, Trinidad y Tabago, Ley No. 38 sobre drogas peligrosas de 1991.

⁸⁰⁵Véanse, *supra*, los comentarios sobre el párrafo 3 del artículo 7.

Tercera parte

DISPOSICIONES SOBRE APLICACIÓN

Artículos 20 a 23

Artículo 20

INFORMACIÓN QUE DEBEN SUMINISTRAR LAS PARTES

Comentarios de carácter general

20.1 El artículo 20 es la principal disposición de la Convención de 1988 sobre la información que las partes deben suministrar a la Comisión, aunque algunos otros artículos disponen también que ciertos datos se suministren, por conducto del Secretario General, a la Comisión, a la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes o a las partes⁸⁰⁶. En varios tratados anteriores de fiscalización internacional de drogas⁸⁰⁷ se disponía la presentación de informes anuales sobre el funcionamiento general de esos tratados para uso de los órganos normativos⁸⁰⁸; y aun otros tratados de fiscalización de drogas contenían disposiciones que exigían la presentación de informes específicos, notificaciones o exposiciones⁸⁰⁹. Por lo tanto, hay una larga tradición de comunicación de ciertos datos; la Convención de 1988 continúa esa tradición estableciendo algunos requisitos específicos nuevos dimanantes de sus disposiciones innovadoras.

20.2 Tanto la Convención de 1961 como el Convenio de 1971 especifican que los gobiernos deben proporcionar cierta información al Secretario General, mientras que la Convención de 1988 dispone que esa información se debe suministrar a la Comisión de Estupefacientes, aunque por conducto del Secretario General. No obstante, la diferencia es más bien de forma y no de fondo, ya que en ambos instrumentos anteriores se añade que las partes deben suministrar al Secretario General la información que pueda requerir la Comisión. En todos los casos, la Comisión es el usuario final de la información para el cumplimiento de sus funciones normativas y otras funciones que se le han encomendado⁸¹⁰.

⁸⁰⁶Inciso *e*) del párrafo 4 del artículo 5; párrafos 8 y 9 del artículo 7; párrafos 2 y 3 del artículo 12; incisos *a*) y *b*) del párrafo 7 del artículo 12; inciso *a*) del párrafo 10 del artículo 12; párrafo 12 del artículo 12; párrafo 7 del artículo 17; e inciso *a*) del párrafo 1 del artículo 22.

⁸⁰⁷Convención de 1931, artículo 21; Convención de 1936, artículo 16; y Protocolo de 1953, artículo 10.

⁸⁰⁸La Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social, de conformidad con la resolución 9 (I) del Consejo, de 16 de febrero de 1946, y el Protocolo de 1946, sucedió en sus funciones a su predecesor, el Comité Consultivo de la Sociedad de las Naciones sobre el Tráfico del Opio y otras Drogas Nocivas.

⁸⁰⁹Véase Convención de 1912, artículo 21; Acuerdo de 1925, artículo X; Protocolo de 1948, artículo 1; y Protocolo de 1953, inciso *b*) del artículo 4.

⁸¹⁰Véase un examen general de la autoridad de la Comisión para requerir información y la obligación de cada parte (y también de entidades que no son parte) de presentar esa información; Comentarios a la Convención de 1961, párrafos 1 a 6 de los comentarios sobre la parte introductoria del párrafo 1 y párrafos 1 a 4 de los comentarios sobre el inciso *a*) del párrafo 1.

20.3 La propuesta original que la Conferencia de 1988 tuvo ante sí contenía un artículo sobre los informes que debían suministrar las partes⁸¹¹ con la información que pudiera requerir la Comisión. En la Comisión II se presentaron varias enmiendas al artículo⁸¹². La Comisión acordó finalmente aceptar la enmienda presentada por los Países Bajos, cuyos párrafos 1 y 2 son idénticos, salvo un pequeño cambio de redacción, a los de los mismos párrafos del artículo 20 aprobado por la Conferencia. El párrafo 3 de la enmienda presentada por los Países Bajos se suprimió, ya que sus disposiciones son sustancialmente las del actual párrafo 12 del artículo 12 de la Convención, que trata de la información que cada parte debe suministrar anualmente a la Junta sobre las cantidades de las sustancias del Cuadro I y el Cuadro II que han incautado, sobre las sustancias no incluidas en los Cuadros que se emplean en la fabricación ilícita y sobre los métodos de desviación y de fabricación ilícita⁸¹³. Prácticamente no hubo deliberaciones en la Comisión II ni en la plenaria sobre las razones de la formulación del artículo 20 en la forma en que se adoptó⁸¹⁴.

20.4 En la Convención de 1961 y el Convenio de 1971 se dispone la presentación de información estadística y de otro tipo muy detallada para que tanto la Comisión como la Junta puedan cumplir las funciones de fiscalización establecidas por esos instrumentos. Las consideraciones en que se basan las disposiciones de los instrumentos anteriores sobre suministro de información no se aplican necesariamente en la misma medida a la Convención de 1988. Aparte de ciertos datos básicos importantes sobre las leyes y los reglamentos en vigor para dar efecto a la Convención, otros datos requeridos en virtud del párrafo 12 del artículo 12 y la información específica que se debe suministrar en virtud de determinados artículos de la Convención (véase el párrafo 20.1 *supra*), la información más útil para la Comisión es la relativa al funcionamiento de la Convención en los territorios de las partes. Éste es el medio principal del que se vale la Comisión para evaluar la medida en que parece que se están logrando los objetivos de la Convención y para hacer recomendaciones respecto de cuestiones que pueden mejorarse.

Párrafo 1, parte introductoria

1. Las Partes suministrarán, por mediación del Secretario General, información a la Comisión sobre el funcionamiento de la presente Convención en sus territorios, y, en particular:

Comentarios

20.5 El primer párrafo del artículo es una versión considerablemente simplificada de las disposiciones correspondientes de la Convención de 1961 y el Convenio de

⁸¹¹*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, anexo II ("artículo 16"), pág. 91.

⁸¹²Por ejemplo, las propuestas de Alemania (República Federal de), Canadá, Dinamarca, Francia, Noruega y Suecia; las enmiendas del Japón; y las enmiendas de los Países Bajos (véase el texto de las enmiendas en *Documentos Oficiales*, vol. I ...), documento E/CONF.82/12, "Proyecto de cláusulas de aplicación" (E/CONF.82/C.2/L.13/Add.13), secc. II, párrs. 3 a 5, págs. 170 y 171.

⁸¹³Véanse, *supra*, los comentarios sobre el artículo 12, párrafo 12.41, e, *infra*, los comentarios sobre el artículo 23, párrafo 23.5.

⁸¹⁴*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 34a. sesión, párrs. 31 y 32, y Actas resumidas de las sesiones plenarias, 7a. sesión plenaria, párr. 86.

1971. El artículo 18 de la Convención de 1961 especifica la información que deben suministrar las partes a petición de la Comisión, y en los artículos 19 y 20 se definen, respectivamente, las previsiones de las necesidades de estupefacientes y los datos estadísticos que se suministrarán a la Junta. El Convenio de 1971 consolida las disposiciones sobre los informes que se deben suministrar en un solo artículo (artículo 16, sobre informes que deben suministrar las partes), que abarca la información requerida por la Comisión, la notificación al Secretario General de los nombres y direcciones de las autoridades gubernamentales a que se hace referencia en varios artículos⁸¹⁵, los informes al Secretario General sobre casos importantes de tráfico ilícito de sustancias sicotrópicas o incautaciones de ese tráfico ilícito, y los informes estadísticos que se deben suministrar a la Junta.

20.6 Como se señaló en los párrafos 20.2 y 20.3 *supra*, las disposiciones correspondientes de los instrumentos de 1961 y 1971 y el texto de la propuesta básica que la Conferencia de 1988 tuvo ante sí se refieren, en el párrafo 1 del artículo, a “los datos que la Comisión pueda pedir”. La referencia a la petición de la Comisión no se mantuvo en el texto final del artículo 20. Las actas de la Conferencia de 1988 no parecen arrojar ninguna luz sobre los motivos por los que se suprimió esa referencia. En los Comentarios a la Convención de 1961 se expresó la opinión de que, aun a falta de una fórmula general de ese tipo, no quedaba totalmente al arbitrio de la parte interesada la determinación de la información que debía suministrar. Se sostuvo que “la obligación de los Miembros de las Naciones Unidas de cooperar en la campaña internacional contra el uso indebido de estupefacientes incluye también su obligación legal de proporcionar, a petición del Consejo, la Comisión o el Secretario General, los datos que cualquiera de esos órganos pueda solicitar para el cumplimiento de las funciones que le incumben en virtud de la Carta de las Naciones Unidas con respecto a la cooperación internacional relativa al problema social del uso indebido de estupefacientes”⁸¹⁶. A este respecto, es interesante tener presente que, ya en 1920, el Comité Consultivo sobre el Tráfico del Opio y otras Drogas Nocivas había establecido la práctica de pedir a los gobiernos que presentaran un informe anual sobre el funcionamiento de la Convención de 1912 en sus territorios y sobre el tráfico ilícito de drogas y otras cuestiones de interés para la función de la Sociedad de las Naciones de supervisar, de conformidad con el inciso c) del artículo 23 del Pacto, “la ejecución de los acuerdos relativos al tráfico de ... opio y otras drogas nocivas”. Podría sostenerse lo mismo respecto de la Convención de 1988 en cuanto a la información que deben suministrar las partes para que la Comisión pueda cumplir las obligaciones que le incumben en virtud del inciso a) del artículo 21, de examinar el funcionamiento de la Convención.

20.7 En todo caso, aun cuando ya no existe la referencia a la petición de la Comisión, el cuestionario para los informes anuales que la Comisión envía a los gobiernos de conformidad con el párrafo 2 del artículo 20 tiene en gran medida el mismo efecto (véase el párrafo 20.13 *infra*). Por consiguiente, es posible que la supresión de la referencia a la petición de la Comisión en el primer párrafo del artículo 20 se haya basado en la creencia de que era superflua en razón de la práctica de larga data de obtener información mediante un cuestionario para los informes anuales que se había enviado

⁸¹⁵Convenio de 1971, inciso f) del artículo 7, artículo 12 y párrafo 3 del artículo 7.

⁸¹⁶Comentarios a la Convención de 1961, párrafo 1 de los comentarios sobre la parte introductoria del párrafo 1 del artículo 18.

en virtud de la Convención de 1961 y el Convenio de 1971 y, de hecho, en virtud de convenciones anteriores de fiscalización de drogas. Dado que la información se debe suministrar a la Comisión, y teniendo en cuenta que los ejemplos específicos que se dan en los incisos *a)* y *b)* están calificados por la frase adverbial “en particular”, la lógica parecería indicar que la Comisión debe establecer primero qué información necesita. El párrafo 2 del artículo 20 parecería corroborar esta interpretación.

20.8 La parte introductoria del artículo 1 se refiere al funcionamiento de la Convención en los “territorios” de las partes. La palabra “territorios” no se define en la Convención de 1988, pero en el contexto de la Convención debe entenderse que se refiere a zonas tratadas como entidades separadas respecto de la promulgación de legislación, o para las cuales se puedan recoger datos estadísticos y de otro tipo. Puede aplicarse también a regiones que se consideran “territorios” en virtud del artículo 1 de la Convención de 1961 en la medida en que esto sea pertinente en el contexto de las disposiciones de la Convención de 1988⁸¹⁷.

Inciso a) del párrafo 1

a) El texto de las leyes y reglamentos que promulguen para dar efecto a la Convención;

Comentarios

20.9 Un requisito que se repite en los tratados de fiscalización internacional de drogas se refiere al intercambio entre las partes de la legislación nacional promulgada para dar efecto a sus obligaciones en virtud de la Convención. Ese intercambio se realizaba al principio por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos para la Convención de 1912 y luego, sucesivamente, por conducto de los Secretarios Generales de la Sociedad de las Naciones y de las Naciones Unidas para los tratados siguientes. Ese intercambio de los textos de las leyes nacionales cumple dos finalidades: por un lado, es una prueba de que la parte ha establecido la base legislativa necesaria para cumplir las obligaciones que le incumben en virtud del tratado; por otra parte, puede ser un ejemplo potencialmente útil para los parlamentarios de otros Estados que elaboran esas disposiciones, particularmente si comparten el mismo tipo de ordenamiento jurídico.

20.10 La disposición del inciso *a)* del párrafo 1 del artículo 20, que dispone que las partes suministren el texto de las leyes y los reglamentos que promulguen para dar efecto a la Convención, puede al principio representar una pesada carga para la parte, ya que hay numerosos artículos de la Convención que probablemente exigirán la promulgación de nuevas leyes y reglamentos, o la enmienda de los existentes, para dar pleno efecto a los artículos 3 a 19. En el caso de la Convención de 1961 y el Convenio de 1971, los datos debían incluir no sólo los textos de la legislación nacional sino también “los de subdivisiones políticas, como estados o provincias de una unión federal, siempre que la legislación que aplica las disposiciones de la Conven-

⁸¹⁷Véanse también los Comentarios a la Convención de 1961, párrafo 7 de los comentarios sobre el inciso *a)* del párrafo 1 del artículo 18; y los Comentarios al Convenio de 1971, párrafo 13 de los comentarios sobre el párrafo 1 del artículo 16.

ción Única sea de la competencia de esas subdivisiones”⁸¹⁸. Los textos de las leyes y los reglamentos, que suelen suministrarse como anexos del cuestionario para los informes anuales (véase el párrafo 20.13 *infra*), son publicados por la Secretaría en la colección con la signatura E/NL y se distribuyen a los gobiernos. Periódicamente se publican en la misma colección índices acumulativos.

Inciso b) del párrafo 1

b) Los pormenores de casos de tráfico ilícito dentro de su jurisdicción que estimen importantes por las nuevas tendencias que revelen, las cantidades de que se trate, las fuentes de procedencia de las sustancias o los métodos utilizados por las personas que se dedican al tráfico ilícito.

Comentarios

20.11 El texto del inciso *b)* del párrafo 1 sigue muy de cerca al utilizado en un contexto similar en la Convención de 1961 y el Convenio de 1971⁸¹⁹, y las observaciones hechas en los comentarios a esos dos instrumentos se aplican, *mutatis mutandis*, al inciso *b)*⁸²⁰. Los “pormenores” especificados con respecto a las “cantidades”, “fuentes” y “métodos” se incluyeron inicialmente en el artículo 23 de la Convención de 1931, la referencia a las “nuevas tendencias” apareció por primera vez en el artículo 16 del Convenio de 1971. La inclusión de esos requisitos de información en la Convención de 1931 simplemente codificaba la práctica existente en virtud de la Sociedad de las Naciones que, en el segundo período de sesiones de la Asamblea, el 30 de septiembre de 1921, aprobó una resolución en la que se recomendaba que los gobiernos suministraran información sobre casos de tráfico ilícito de drogas⁸²¹. Las razones que justificaron la inclusión de esa disposición en las convenciones sucesivas son tan válidas para la Convención de 1988 como lo fueron para la Convención de 1931: “Los casos de tráfico ilícito proporcionan un indicio importante en cuanto a las debilidades del sistema mundial de reglamentación del comercio legítimo, y la notificación de esos casos es, por lo tanto, necesaria para el funcionamiento eficiente de la Convención”⁸²².

Párrafo 2

2. Las Partes facilitarán dicha información del modo y en la fecha que solicite la Comisión.

⁸¹⁸Comentarios a la Convención de 1961, párrafo 1 de los comentarios sobre el inciso *b)* del párrafo 1 del artículo 18.

⁸¹⁹Convención de 1961, inciso *c)* del párrafo 1 del artículo 18; y Convenio de 1971, párrafo 3 del artículo 16.

⁸²⁰Comentarios a la Convención de 1961, comentarios sobre el inciso *c)* del párrafo 1 del artículo 18; y Comentarios al Convenio de 1971, comentarios sobre el párrafo 3 del artículo 16.

⁸²¹Véase el “Estudio histórico y técnico” de la Convención de 1931 realizado por la Sección de Tráfico de Opio de la Secretaría de la Sociedad de las Naciones (C.191.M.136. 1937.XI), párr. 195.

⁸²²C.191.M.136.1937.XI.

Comentarios

20.12 El segundo párrafo del artículo 20 es, *mutatis mutandis*, virtualmente igual a los párrafos finales del artículo 18 de la Convención de 1961 y del artículo 16 del Convenio de 1971.

20.13 Cada año la Secretaría envía un cuestionario para los informes anuales a los gobiernos de las partes en la Convención de 1961, la Convención de 1961 enmendada, el Convenio de 1971 y la Convención de 1988, a fin de ayudar a los gobiernos a determinar y suministrar la información pertinente. El cuestionario se envía también a gobiernos de Estados que no son parte en los tratados de fiscalización internacional de drogas, pero en esos casos el cumplimiento es voluntario. Si bien la Convención de 1961 y el Convenio de 1971 se refieren específicamente, en los artículos 18 y 16 respectivamente, a un "informe anual" sobre el funcionamiento de esos instrumentos, el artículo 20 de la Convención de 1988 no contiene una expresión de ese tipo. La Comisión, no obstante, autorizó la inclusión, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 20, de peticiones de datos sobre la aplicación de la Convención de 1988 en el cuestionario para los informes anuales. En este caso, la distinción entre el texto de la Convención de 1988 y los textos de los dos instrumentos anteriores es, desde un punto de vista práctico, más de forma que de fondo.

20.14 Si bien los cuestionarios para los informes anuales, que se aplican a los tres tratados más recientes de fiscalización internacional de drogas, contienen peticiones de información relacionadas específicamente con la aplicación de la Convención de 1988, los datos relativos a la Convención de 1971 o al Convenio de 1971 pueden también tener importancia directa para su aplicación. Por ejemplo, el cuestionario incluye una petición de información sobre medidas para combatir el uso indebido de drogas, incluidos datos sobre: *a*) la extensión, las pautas y las tendencias del uso indebido de drogas; *b*) las campañas educacionales y las actividades en el lugar de trabajo, en la comunidad y en los medios de difusión para combatir el uso indebido de drogas; y *c*) el tratamiento y la rehabilitación de los toxicómanos. Los datos que se suministran en virtud de esta petición son pertinentes para el funcionamiento de ciertas disposiciones de la Convención de 1988 (por ejemplo, el párrafo 4 del artículo 3 en cuanto a las medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social). En el cuestionario se pide también información sobre el tráfico ilícito de drogas, incluidos los decomisos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, así como de otras sustancias sometidas a fiscalización nacional, aunque no internacional, que se hayan detectado en el tráfico ilícito; la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas; y la desviación de todos los estupefacientes y sustancias sicotrópicas de los canales lícitos. También se piden en el cuestionario datos sobre el número de casos de incautación del producto de delitos relacionados con las drogas, así como una descripción general del contrabando hacia y desde el país y el tráfico ilícito dentro del país.

20.15 Para muchas autoridades gubernamentales quizá sea difícil cumplimentar el cuestionario en su totalidad debido a la falta de recursos o de datos. No obstante, los datos recogidos constituyen una base importante para muchas de las actividades de las Naciones Unidas en materia de fiscalización de drogas y, sin esa información, no se podrían cumplir los principales mandatos.

Artículo 21

FUNCIONES DE LA COMISIÓN

Comentarios de carácter general

21.1 El artículo 21 confiere a la Comisión funciones que, en gran medida, repiten las funciones que le confieren el artículo 8 de la Convención de 1961 y el artículo 17 del Convenio de 1971. Las opiniones expresadas en los comentarios a los instrumentos de 1961 y 1971⁸²³ son, por lo tanto, pertinentes para la interpretación de las disposiciones similares de la Convención de 1988. La práctica seguida coherentemente a lo largo de los años en la aplicación de estas disposiciones paralelas puede proporcionar orientación autoritativa sobre la forma en que probablemente se aplicarán e interpretarán en virtud de la Convención de 1988.

21.2 En la propuesta básica que la Conferencia de 1988 tuvo ante sí⁸²⁴, el proyecto de artículo sobre las funciones de la Comisión se basó claramente en el artículo 8 de la Convención de 1961 que, *mutatis mutandis*, se repite. El artículo 21 de la Convención de 1988, junto con los otros artículos relativos a la aplicación, fue remitido por la plenaria a la Comisión II, donde se introdujeron varias enmiendas⁸²⁵, en particular respecto de la distribución de funciones entre la Comisión y la Junta.

21.3 Las deliberaciones que tuvieron lugar en la Comisión II sobre los artículos relativos a la aplicación reflejan diversas opiniones sobre la forma en que debían distribuirse las funciones entre la Comisión y la Junta en virtud de la Convención. El texto del artículo 21 que finalmente se adoptó se deriva de las enmiendas presentadas por los Países Bajos. Al presentar sus enmiendas, el representante de los Países Bajos explicó que se basaban en el supuesto de que el mecanismo para aplicar la Convención debiera adaptarse a los temas que abarcaba y que, en razón de su tema, los precedentes pertinentes no eran la Convención de 1961 y el Convenio de 1971 sino más bien las convenciones más recientes de lucha contra el terrorismo y el secuestro y la protección de diplomáticos, así como otros instrumentos que tratan de la cooperación entre las partes en materia de derecho penal internacional. Las enmiendas se basaron también en el supuesto de que, pese a las diferencias entre el proyecto de Convención que la Comisión II tenía ante sí y los instrumentos de 1961 y 1971, sería prudente asegurar la mayor continuidad posible respecto de los mecanismos de aplicación. Por lo tanto, prefería que se mantuviesen las funciones tanto de la Comisión

⁸²³Comentarios a la Convención de 1961, párrafos 1, 2 y 5 a 11 de los comentarios sobre el artículo 8; y Comentarios al Convenio de 1971, párrafos 1 a 11 de los comentarios sobre el párrafo 1 del artículo 17.

⁸²⁴*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, anexo II ("artículo 15").

⁸²⁵En particular la enmienda de Alemania (República Federal de), Canadá, Dinamarca, Francia, Noruega y Suecia, y la enmienda de los Países Bajos (véase el texto de las enmiendas en *Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/12, "Cláusulas relativas a la aplicación" (E/CONF.82/C.2/L.13/Add.13), secc. II, párrs. 3 y 5, págs. 170 y 171).

como de la Junta con respecto a las diversas disposiciones de la nueva Convención, a menos que esas funciones fueran incompatibles con sus disposiciones. Además, la Comisión, sobre la base de los informes presentados por las partes, debía ejercer funciones de supervisión general en relación con la Convención en su conjunto⁸²⁶.

21.4 Por otro lado, los patrocinadores de la otra propuesta de enmienda sostuvieron la opinión de que la Junta debía tener la responsabilidad general de la supervisión de la aplicación de la Convención, ya que si la Junta y la Comisión compartían esa responsabilidad, el resultado sería confusión y conflicto administrativo entre los órganos de supervisión y una supervisión deficiente o inexistente de la nueva Convención, en razón de la estrecha interrelación entre la mayoría de los artículos de la Convención⁸²⁷.

21.5 En apoyo de la opinión de los Países Bajos, el representante de Austria sostuvo que lo más importante era asociar a la Comisión lo más estrechamente posible con la aplicación de la Convención y, a su juicio, la voluntad política de los Estados Miembros requerida para que la Convención tuviera éxito se podía movilizar mejor en ese órgano⁸²⁸. Tras extensos debates en la Comisión II⁸²⁹, se decidió que la Comisión debía basar su examen de los artículos relacionados con la aplicación en las propuestas presentadas por los Países Bajos.

Parte introductoria

La Comisión tendrá autoridad para estudiar todas las cuestiones relacionadas con los objetivos de la presente Convención, y, en particular:

Comentarios de carácter general

21.6 El derecho de la Comisión a “estudiar todas las cuestiones relacionadas con los objetivos de la presente Convención”, consagrado en el párrafo introductorio es, como se señala en los comentarios de los dos instrumentos anteriores, de carácter muy amplio. La Convención de 1988 dispone, en el inciso *a*) del párrafo 21, que la Comisión “examinará el funcionamiento de la presente Convención, sobre la base de la información presentada por las Partes de conformidad con el artículo 20”. El uso de la palabra “examinará” confiere carácter obligatorio a ese examen. Las otras funciones especificadas en el artículo 21 tienen el carácter facultativo que les confiere el uso de la palabra “podrá”, con excepción del inciso *d*), donde se dispone que la Comisión “tomará las medidas que estime adecuadas” sobre cualquier cuestión que le haya remitido la Junta de conformidad con el inciso *b*) del párrafo 1 del artículo 22. La disposición del inciso *a*) sobre el examen del funcionamiento de la Convención es nueva, ya que las convenciones anteriores no tienen disposiciones paralelas expresas, aunque los párrafos introductorios pertinentes de esos instrumentos parecerían abarcar la misma cuestión.

⁸²⁶*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 31a. sesión, párrs. 56 y 57.

⁸²⁷*Ibíd.*, 32a. sesión, párrs. 5 y 12.

⁸²⁸*Ibíd.*, 31a. sesión, párr. 54.

⁸²⁹*Ibíd.*, 32a. sesión.

21.7 El texto de los Países Bajos (véanse los párrafos 21.2 a 21.5 *supra*) no contenía el párrafo introductorio que ahora tiene el artículo 21, y cada una de las funciones que se incluyen en este párrafo eran objeto de párrafos independientes. El representante de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas propuso que se añadiera un párrafo introductorio tomado del artículo 8 de la Convención de 1961. La propuesta fue aceptada por los Países Bajos⁸³⁰ y apoyada por otros representantes⁸³¹. Si bien la adición del nuevo párrafo introductorio no dio lugar a ningún comentario, parecía ampliar el ámbito de un artículo que, de otra forma, hubiera simplemente enunciado varias funciones específicas sin referencia a “todas las cuestiones relacionadas con los objetivos de la presente Convención”. Como ya se señaló (véase el párrafo 21.6 *supra*), el significado de las palabras es muy amplio y se ha entendido de esa forma en relación con la Convención de 1961 y el Convenio de 1971⁸³². Los incisos *a*) a *f*), en lugar de contener una lista amplia de las funciones de la Comisión, enuncian ahora algunos casos específicos de la norma general establecida en el texto introductorio.

Inciso a)

a) La Comisión examinará el funcionamiento de la presente Convención sobre la base de la información presentada por las Partes de conformidad con el artículo 20;

Comentarios

21.8 El historial legislativo (véanse los párrafos 21.3 a 21.7 *supra*) indica que el inciso *a*) del artículo 21 se introdujo para conferir a la Comisión una función de supervisión en relación con la Convención que va más allá de sus responsabilidades en virtud de la Convención y el Convenio anteriores, particularmente porque es de carácter obligatorio. Esto parecería dimanar de la opinión de que, a diferencia de la Convención de 1961 y el Convenio de 1971⁸³³, que tratan principalmente de los aspectos técnicos de la fiscalización internacional del tráfico en estupefacientes y sustancias sicotrópicas, la Convención de 1988 tiene una dimensión política más amplia en las esferas de la soberanía de los Estados, la jurisdicción extraterritorial, el derecho penal internacional y el derecho del mar, en virtud de los cuales un órgano de supervisión compuesto de representantes de los Estados, como la Comisión, sería en última instancia más apropiado que un órgano técnico como la Junta.

21.9 La Comisión es un órgano establecido por el Consejo Económico y Social en virtud del Artículo 68 de la Carta de las Naciones Unidas, con un mandato⁸³⁴ que le

⁸³⁰Ibíd., 34a. sesión, párr. 18.

⁸³¹Ibíd., párr. 22.

⁸³²Ibíd., párrs. 21 y 24 a 26.

⁸³³Comentarios a la Convención de 1961, párrafo 6 de los comentarios sobre el artículo 8; y Comentarios al Convenio de 1971, comentarios sobre el párrafo 2 del artículo 17.

⁸³⁴La Comisión fue creada, y su mandato se estableció, en 1946 por resolución 9 (I) del Consejo Económico y Social, complementada más tarde por la resolución 1991/38 del Consejo y la resolución 46/185 C de la Asamblea General, sección XVI (véanse los Comentarios a la Convención de 1961, párrafo 2 de los comentarios sobre el artículo 8).

confiere amplias responsabilidades en cuanto a prestar asistencia al Consejo en el ejercicio de sus facultades de supervisión de la aplicación de las convenciones y los arreglos internacionales en la esfera de los estupefacientes y las sustancias sicotrópicas, asesorar al Consejo respecto de todas las cuestiones relativas a la fiscalización de los estupefacientes, y examinar los cambios que podrían requerirse en el mecanismo existente de fiscalización internacional de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. A esas amplias responsabilidades se añaden las responsabilidades que le confieren las diversas convenciones sobre estupefacientes y sustancias sicotrópicas. La obligación de examinar el funcionamiento de la Convención de 1988 claramente está comprendida en el ámbito de esas responsabilidades generales.

Inciso b)

b) La Comisión podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de la información recibida de las Partes;

Comentarios

21.10 El inciso b) del artículo 21 es una variación de la disposición correspondiente del inciso c) del artículo 8 de la Convención de 1961, relativo al derecho de la Comisión de hacer recomendaciones para la aplicación de las disposiciones y el logro de los propósitos de la Convención de 1961, incluidos los programas de investigación científica y el intercambio de información de carácter científico o técnico. La referencia a las investigaciones y el intercambio de información científica se suprimió de la Convención de 1988, probablemente en razón de su carácter diferente (véase el párrafo 21.8 *supra*). Cuando el inciso b) del artículo 21 se lee conjuntamente con el párrafo introductorio, parecería que las recomendaciones y sugerencias que la Comisión puede hacer sobre la base de la información recibida de las partes no tienen que estar relacionadas solamente con la aplicación de la Convención de 1988 sino que pueden referirse también a la realización de sus objetivos.

Incisos c) y d)

c) La Comisión podrá señalar a la atención de la Junta cualquier cuestión que tenga relación con las funciones de la misma;

d) La Comisión tomará las medidas que estime adecuadas sobre cualquier cuestión que le haya remitido la Junta de conformidad con el inciso b) del párrafo 1 del artículo 22;

Comentarios

21.11 Los incisos c) y d) del artículo 21 se refieren a la estrecha relación que hay entre ciertas funciones de la Comisión y de la Junta. Ilustran también las funciones algo diferentes que ambos órganos pueden cumplir en virtud de la Convención. El inciso c), si bien es de carácter general, parecería ser especialmente pertinente a las

responsabilidades de la Junta en casos en que hay razones para creer que pueda haber habido violaciones de la Convención, y en particular respecto de los artículos 12, 13 y 16. Cuando la Comisión determine un caso en que podría parecer que se ha producido una infracción, debe en primer lugar remitirlo a la Junta para que ésta realice una investigación de carácter técnico a cargo de expertos. Si la Junta, tras realizar la investigación, llega a la conclusión de que la parte interesada no ha tomado medidas correctivas en consonancia con las disposiciones de los artículos 12, 13 o 16, puede remitir nuevamente la cuestión a la Comisión y al Consejo Económico y Social, que tienen la responsabilidad política respecto de la adopción de medidas apropiadas.

Inciso e)

e) La Comisión, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 12, podrá enmendar el Cuadro I y el Cuadro II;

Comentarios

21.12 El inciso e) no requiere ningún comentario particular, ya que es una mera referencia cruzada a la función de la Comisión que se establece detalladamente en el artículo 12 de la Convención de 1988 (véase el párrafo 12.22 *supra*).

Inciso f)

f) La Comisión podrá señalar a la atención de los Estados no Partes las decisiones y recomendaciones que adopte en cumplimiento de la presente Convención, a fin de que dichos Estados examinen la posibilidad de tomar medidas de acuerdo con tales decisiones y recomendaciones.

Comentarios

21.13 El inciso f) del artículo 21 se asemeja mucho a la disposición correspondiente del inciso d) del artículo 8 de la Convención de 1961. En ambos casos, parecería que el objeto de las disposiciones del inciso es lograr una aplicación universal o lo más amplia posible⁸³⁵. Durante varios años el Secretario General, como cuestión de principio, ha transmitido las decisiones y recomendaciones de la Comisión a los gobiernos de todos los Estados, fueran o no Miembros de las Naciones Unidas o partes de algunos de los instrumentos de fiscalización internacional de drogas.

⁸³⁵Véanse también el preámbulo, décimo párrafo, y los comentarios al respecto en los párrafos 0.20 y 0.21 *supra*.

Artículo 22

FUNCIONES DE LA JUNTA

Comentarios de carácter general

22.1 Básicamente el mismo tema del artículo 22 de la Convención de 1988 se trata en los artículos 9 a 14 de la Convención de 1961 y de la Convención de 1961 enmendada, titulados respectivamente “Composición y funciones de la Junta”⁸³⁶ y “Medidas de la Junta para asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la presente Convención”, y en el artículo 19 del Convenio de 1971 titulado “Medidas de la Junta para asegurar la ejecución de las disposiciones del Convenio”. Por lo tanto, los comentarios sobre los artículos 9 y 14 de los Comentarios a la Convención de 1961, y sobre el artículo 19 de los Comentarios sobre el Convenio de 1971 se aplican en cierta medida al artículo 22 de la Convención de 1988, al menos respecto de las disposiciones que, *mutatis mutandis*, son virtualmente idénticas.

22.2 El artículo 22 de la Convención de 1988 parecería basarse en el texto del artículo 14 de la Convención de 1961, antes de su enmienda. Las enmiendas detalladas al artículo 14 introducidas por el Protocolo de 1972 en su mayor parte no se reflejan en el artículo 22 de la Convención de 1988, sin duda en razón del carácter muy diferente de esta última Convención, que trata de cuestiones de derecho penal y su aplicación, que van más allá del ámbito de la Convención y el Convenio anteriores para abarcar esferas más estrechamente relacionadas con la soberanía y la jurisdicción de los Estados. Los comentarios sobre el artículo 6 (de enmienda del artículo 14 de la Convención de 1961) incluidos en los Comentarios sobre el Protocolo de 1972 pueden, sin embargo, ser también pertinentes para determinar la medida en que las funciones y facultades de la Junta en virtud del artículo 22 difieren de sus funciones y facultades en virtud de la Convención de 1961, de esa Convención enmendada y del Convenio de 1971. En resumen, y como se indica con más detalle *infra*, los derechos que el artículo 22 de la Convención de 1988 confiere a la Junta difieren de los que figuran en la Convención de 1961 y en el Convenio de 1971. En particular:

a) No se refieren a los objetivos de la Convención en su conjunto, como es el caso de los instrumentos anteriores (véanse los párrafos 22.10 y 22.11 *infra*), sino sólo a cuestiones comprendidas en la competencia de la Junta cuando tenga motivos para creer que no se están cumpliendo los objetivos de la Convención;

b) Sólo respecto de los artículos 12, 13 y 16 de la Convención de 1988 puede la Junta utilizar el procedimiento previsto en el inciso b) del párrafo 1 del artículo 22, mientras que en virtud de la Convención de 1961 y del Convenio de 1971 puede hacerlo respecto de todas las disposiciones siempre que se den ciertas condiciones;

⁸³⁶Las palabras “y funciones” se agregaron en virtud del artículo 2 del Protocolo de 1972.

c) En virtud del artículo 22 de la Convención de 1988 no se confiere a la Junta ninguna autoridad para recomendar medidas de la naturaleza prevista en el párrafo 2 del artículo 14 de la Convención de 1961 y en el párrafo 2 del artículo 19 del Convenio de 1971, es decir, para imponer la suspensión de la exportación y la importación de estupefacientes y sustancias sicotrópicas respecto de un país que no ha proporcionado explicaciones satisfactorias o no ha tomado medidas correctivas en un caso en que se habían puesto en grave peligro los objetivos de esos instrumentos.

22.3 La propuesta básica que la Conferencia de 1988 tuvo ante sí⁸³⁷ contenía un artículo titulado “Medidas que puede adoptar [la Junta] [la Comisión] para velar por el cumplimiento de las disposiciones de la presente Convención”. La opción, que se mantenía en todo el texto del artículo de la propuesta básica, de confiar las funciones a la Junta o a la Comisión refleja la falta de consenso sobre este punto en las primeras deliberaciones, dejándose a la Conferencia la decisión de escoger una de las dos; el informe de la Comisión de Estupefacientes sobre su décimo período extraordinario de sesiones, por el que se transmitió este artículo a la Conferencia, refleja el acuerdo general de que no sería conveniente establecer un nuevo órgano para ese propósito⁸³⁸. Las tareas contempladas, sin embargo, podrían estar a cargo de la Comisión o de la Junta y “no se manifestó ninguna preferencia con respecto a si la tarea de velar por el cumplimiento de las disposiciones de la Convención debía asignarse a la Junta, a la Comisión o a ambas”⁸³⁹.

22.4 En la Conferencia, continuaron las diferencias en cuanto a confiar las diversas funciones de supervisión en virtud de la nueva Convención a la Comisión o a la Junta (véanse los párrafos 21.3 a 21.9 *supra*), así como también las diferencias en cuanto al ámbito y el alcance de esas funciones. Finalmente, sin embargo, se llegó a una transacción sobre los textos de los artículos 21 y 22, que pudieron aprobarse por consenso.

22.5 Al igual que otros artículos relativos a la aplicación, el artículo de la propuesta básica que trataba de este asunto, ahora incluido en el artículo 22, fue remitido por la plenaria a la Comisión II para su examen. Presentaron enmiendas a la Comisión los Países Bajos (“Funciones de la Junta”)⁸⁴⁰ y Alemania (República Federal de), Canadá, Dinamarca, Francia, Noruega y Suecia (“Supervisión general del cumplimiento de las disposiciones de la presente Convención”)⁸⁴¹.

22.6 En su enmienda, los Países Bajos identificaron ocho artículos⁸⁴² respecto de los cuales la Junta tendría funciones de supervisión en virtud de la Convención similares a las que más tarde se incorporaron en los incisos *a*) y *b*) del párrafo 1 del artículo 22. La enmienda del Canadá y de varios otros patrocinadores no se refería a artículos específicos respecto de los cuales la Junta podría ejercer funciones de su-

⁸³⁷ *Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento A/CONF.82/3, anexo II (“artículo 18”), pág. 91.

⁸³⁸ *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 1988, Suplemento No. 3 (E/1988/13)*, párr. 120.

⁸³⁹ *Ibíd.*

⁸⁴⁰ *Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, “Proyecto de cláusulas de aplicación” (E/CONF.82/C.2/113/Add.13), párrs. 17 y 18, págs. 173 y 174.

⁸⁴¹ *Ibíd.*, párr. 9, pág. 172.

⁸⁴² Artículos 8, 9, 10, 11, 11 *bis*, 12, 13 y 14 de la propuesta básica; éstos pasaron a ser los artículos 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 de la Convención de 1988.

pervisión, pero extendía en cambio esas funciones a todos los artículos sustantivos de la Convención, como en el caso de la Convención de 1961 y el Convenio de 1971.

22.7 Las deliberaciones en la Comisión II revelaron que no se podría llegar a un consenso sobre ninguna de las enmiendas propuestas; varios representantes consideraban que ambas iban muy lejos al autorizar a la Junta a pedir explicaciones, imponer sanciones y publicar informes⁸⁴³. Tras extensas deliberaciones⁸⁴⁴ sin embargo, se decidió utilizar las enmiendas propuestas por los Países Bajos como base para las deliberaciones sobre los artículos de aplicación. Dado que las deliberaciones sobre la enmienda de los Países Bajos relativas a las funciones de la Junta seguían produciendo opiniones diferentes, el Presidente propuso que se celebrasen consultas oficiosas para resolver esta cuestión.

22.8 El representante de los Países Bajos informó más tarde que las consultas oficiosas habían permitido a los participantes llegar a un acuerdo sobre un texto. Explicó⁸⁴⁵ que su delegación había celebrado consultas con la delegación del Canadá y con otros patrocinadores a los que se hacía referencia en el párrafo 22.5 *supra*, así como con otras delegaciones, que habían propuesto la supresión del artículo; finalmente, se había llegado a una solución de transacción que era aceptable para los tres grupos representados en las negociaciones. El texto de transacción, con sujeción a cambios editoriales, es el del actual artículo 22 de la Convención de 1988.

Párrafo 1, parte introductoria

1. Sin perjuicio de las funciones de la Comisión previstas en el artículo 21 y sin perjuicio de las funciones de la Junta y de la Comisión previstas en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada y en el Convenio de 1971:

Comentarios

22.9 El párrafo introductorio del artículo 22 no tiene equivalente en la Convención de 1961 y el Convenio de 1971, pero parecería que su intención es proteger plenamente las funciones y facultades de la Junta en virtud de esas convenciones, independientemente de las diferencias a ese respecto que puedan existir en virtud de la Convención de 1988. Dispone también que las funciones de la Comisión en virtud del artículo 21 de la Convención de 1988 no se ven afectadas por las disposiciones del artículo 22. Esto puede producir un cierto solapamiento, particularmente a la luz de la obligación de la Comisión, en virtud del inciso *a)* del párrafo 21, de examinar el funcionamiento de la Convención en su totalidad.

Inciso a) del párrafo 1

- a)* Si, sobre la base de su examen de la información a disposición de ella, del Secretario General o de la Comisión, o de la información co-

⁸⁴³*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 31a. sesión, párrs. 59 y 63; y 32a. sesión, párrs. 22, 30 a 32, 41, 43, 44 y 49.

⁸⁴⁴*Ibíd.*, 32a. sesión, párr. 13.

⁸⁴⁵*Ibíd.*, 34a. sesión, párrs. 1 y 2.

municada por órganos de las Naciones Unidas, la Junta tiene motivos para creer que no se cumplen los objetivos de la presente Convención en asuntos de su competencia, la Junta podrá invitar a una o más Partes a suministrar toda información pertinente:

Comentarios

22.10 En la Comisión II, el representante de los Países Bajos describió el inciso *a)* del párrafo 1 del texto de transacción como “de especial importancia”⁸⁴⁶. El inciso contiene una limitación que no tiene equivalente en los artículos correspondientes de los instrumentos anteriores, en el sentido de que la autoridad de la Junta estaría específicamente limitada a los objetivos de la Convención “en asuntos de su competencia”. En respuesta a una pregunta, el representante de los Países Bajos dijo que la referencia se refería a la competencia de la Junta con arreglo a la nueva Convención y a otras convenciones vigentes, así como a las nuevas facultades que le confería el artículo 12 de la Convención⁸⁴⁷. El representante del Reino Unido dijo que si bien su delegación estaba dispuesta a unirse al consenso, deseaba expresar sus reservas con respecto al inciso *a)* del párrafo 1 que permitía a la Junta adoptar medidas relacionadas con los objetivos más amplios de la Convención únicamente en cuestiones relacionadas con su competencia. Aunque la competencia de la Junta no se definía en el nuevo artículo, era evidente que debía extenderse a los artículos especificados en el inciso *b)* del párrafo 1. Esto implicaba que la Junta podría tener una competencia más amplia. La Junta ya gozaba de una competencia amplia en cuestiones relacionadas con el tráfico ilícito en virtud de la Convención de 1961 y del Convenio de 1971 y esa competencia había sido expresamente salvaguardada en el texto introductorio del nuevo artículo 22. La situación no estaba clara y el representante del Reino Unido temía que esa falta de claridad diera a las partes un margen considerable para argüir que la Junta no tenía competencia respecto de determinadas cuestiones y, por lo tanto, que no era necesario proporcionar la información. Esa situación podría menoscabar la fuerza y la eficacia de la Convención⁸⁴⁸.

22.11 Del párrafo anterior puede inferirse que el inciso *a)* del párrafo 1 puede dar lugar a problemas de interpretación que no necesariamente quedaron resueltos con los comentarios del patrocinador del texto que se aprobó. Se podrían plantear dificultades para conciliar la competencia de la Junta en asuntos relacionados con el tráfico ilícito en virtud de los instrumentos de 1961 y 1971 y su competencia en virtud de la Convención de 1988. Puede que en la práctica estas dificultades no se planteen, ya que la Junta tiene ahora una larga experiencia en la discreción requerida para actuar en virtud del artículo 14 de la Convención de 1961 y de la Convención de 1961 enmendada, y del artículo 19 del Convenio de 1971, o buscar otros medios para resolver cuestiones cuando no se cumplen los objetivos de una convención. Resulta claro que esa discreción por cierto se requerirá en virtud de la Convención de 1988, algunos de cuyos artículos tratan de cuestiones que podrían tener un carácter sumamente político. La referencia que se hace en el inciso *a)* del párrafo 1 a los objetivos de la Convención en asuntos de competencia de la Junta, por lo tanto, probablemente se

⁸⁴⁶Ibíd.

⁸⁴⁷Ibíd., párr. 9.

⁸⁴⁸Ibíd., párr. 16; la reserva fue repetida por el representante del Reino Unido en sesión plenaria (ibíd., Actas resumidas de las sesiones plenarias, 7a. sesión, párr. 87).

considerará como una orientación para la acción de la Junta en las esferas comprendidas en el artículo 22 en que su experiencia tradicional y sus conocimientos son particularmente pertinentes, más que en esferas comprendidas en artículos que representan algunas de las principales innovaciones introducidas en la Convención de 1988. Esa opinión parecería estar avalada por la referencia, en el inciso *b*) del párrafo 1 del artículo 22, a los artículos 12 (Sustancias que se utilizan con frecuencia en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas), 13 (Materiales y equipo) y 16 (Documentos comerciales y etiquetas de las exportaciones), artículos que se refieren a temas claramente comprendidos en las responsabilidades reglamentarias tradicionales y en los conocimientos de la Junta.

22.12 En virtud del artículo 21, la Comisión debe examinar el funcionamiento de la Convención sobre la base de la información proporcionada por las partes. En virtud del inciso *a*) del párrafo 1 del artículo 22, sin embargo, la Junta puede actuar sobre la base más amplia de la “información a disposición de ella, del Secretario General o de la Comisión, o de la información comunicada por órganos de las Naciones Unidas”. El inciso *a*) del párrafo 1 del artículo 14 de la Convención de 1961 se refiere sólo a información presentada “por los gobiernos a la Junta ... o información comunicada por órganos de las Naciones Unidas”. Este último texto se repite en el inciso *a*) del párrafo 1 del artículo 19 del Convenio de 1971.

22.13 Las enmiendas introducidas en el artículo 14 de la Convención de 1961 por el artículo 6 del Protocolo de 1972 añadieron varias otras fuentes de información sobre la base de las cuales la Junta podría actuar, concretamente información proveniente de “organismos especializados de las Naciones Unidas o, siempre que sean aprobadas por la Comisión previa recomendación de la Junta, por otras organizaciones intergubernamentales u organizaciones no gubernamentales internacionales que posean competencia directa en el asunto de que se trate y estén reconocidas como entidades consultivas por el Consejo Económico y Social con arreglo al Artículo 71 de la Carta de las Naciones Unidas o que gocen de condición análoga por acuerdo especial del Consejo ...”. Ninguna de estas disposiciones se refleja en el inciso *a*) del párrafo 1 del artículo 22 de la Convención de 1988.

22.14 En la práctica, sin embargo, la omisión de un texto similar en la Convención de 1988 puede tener muy poca influencia en vista del carácter general de la referencia que se hace en el inciso *a*) del párrafo 1 del artículo 22 a la “información a disposición de” la Junta y “del Secretario General”. Estos textos parecerían suficientemente amplios para abarcar la información proveniente de cualquiera de las otras fuentes enunciadas en el inciso *a*) del párrafo 1 del artículo 14 de la Convención de 1961 enmendada por el Protocolo de 1972. La omisión de una referencia a los organismos especializados en el inciso *a*) del párrafo 1 del artículo 22 de la Convención de 1988 tampoco es significativa. En virtud de la Convención de 1961 y el Convenio de 1971, se entiende que el término “órganos de las Naciones Unidas” comprende a los organismos especializados⁸⁴⁹, pese a que éstos son organizaciones intergubernamentales establecidas por tratados separados. No obstante, se consideran parte del sistema de las Naciones Unidas, con las que han entrado en relación de conformidad con acuerdos concertados con el Consejo Económico y Social en virtud del Artículo 63 de la

⁸⁴⁹Véanse los Comentarios a la Convención de 1961, párrafo 10 de los comentarios sobre el artículo 14, y los Comentarios al Convenio de 1971, párrafo 7 de los comentarios sobre el artículo 19.

Carta de las Naciones Unidas. Esos acuerdos normalmente disponen un amplio intercambio de información sobre cuestiones de interés común.

22.15 Las facultades conferidas en virtud del inciso *a*) del párrafo 1 del artículo 22 de la Convención de 1988 son más restringidas que las de los artículos correspondientes de los instrumentos de 1961 y 1971. No sólo las facultades de la Junta se limitan a los asuntos de su competencia según los define la Convención (en lugar de extenderlas a las disposiciones de la Convención de 1988 en su totalidad), sino que también, cuando actúa en virtud del inciso *a*) del párrafo 1 para invitar a una parte a que suministre información pertinente, la Junta no conserva, en virtud del artículo 22, el derecho que tiene en virtud de los otros instrumentos de señalar esa cuestión a la atención de las partes, el Consejo y la Comisión, a menos que la cuestión guarde relación con los artículos 12, 13 y 16 según se dispone en el inciso *b*) del párrafo 1 del artículo 22. La Junta, sin embargo, conservaría el derecho de comunicar esas cuestiones en virtud del artículo 23 de la Convención (“Informes de la Junta”), a condición siempre de que al hacerlo no se refiera expresa o implícitamente al procedimiento establecido en el inciso *a*) del párrafo 1 del artículo 22, en vista de la condición de confidencialidad impuesta en el párrafo 5 del artículo 22⁸⁵⁰.

Inciso b) del párrafo 1

b) Con respecto a los artículos 12, 13 y 16:

- i) Una vez cumplido el trámite señalado en el inciso *a*) del presente artículo, la Junta podrá, si lo juzga necesario, pedir a la Parte interesada que adopte las medidas correctivas que las circunstancias aconsejen para el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 12, 13 y 16;
- ii) Antes de tomar ninguna medida conforme al apartado iii) *infra*, la Junta tratará confidencialmente sus comunicaciones con la Parte interesada conforme a los incisos anteriores;
- iii) Si la Junta considera que la Parte interesada no ha adoptado las medidas correctivas que se le han pedido conforme a este inciso, podrá señalar el asunto a la atención de las Partes, del Consejo y de la Comisión. Cualquier informe que publique la Junta de conformidad con este inciso incluirá asimismo las opiniones de la Parte interesada si ésta así lo solicitare.

Comentarios

22.16 El representante de los Países Bajos, al introducir el texto de transacción en la Comisión II (véanse los párrafos 22.5 a 22.7 *supra*), explicó que el texto del apar-

⁸⁵⁰Véanse los Comentarios a la Convención de 1961, párrafo 17 de los comentarios sobre el inciso *a*) del párrafo 1 del artículo 14; y los Comentarios al Convenio de 1971, párrafo 13 de los comentarios sobre el inciso *a*) del párrafo 1 y párrafo 7 del artículo 19.

tado i) del inciso b) del párrafo 1 estaba en consonancia con las disposiciones pertinentes de las convenciones existentes, en particular, la Convención Única de 1961⁸⁵¹. De hecho, el párrafo repite el texto correspondiente del artículo 14 de la Convención de 1961 y del artículo 19 del Convenio de 1971, salvo en cuanto a la adición de la limitación de la autoridad de la Junta en virtud de esta disposición a los artículos 12, 13 y 16 de la Convención. No hay restricciones similares en la Convención de 1961 o el Convenio de 1971. No obstante, las observaciones hechas en los comentarios a la Convención de 1961 y al Convenio de 1971 en virtud de las disposiciones correspondientes se aplican, *mutatis mutandis*, a la interpretación del apartado i) del inciso b) del párrafo 1 del artículo 22 de la Convención de 1988⁸⁵².

22.17 Las disposiciones del apartado ii) del inciso b) del párrafo 1 del artículo 22 no se reflejan en las disposiciones correspondientes de la Convención de 1961 y el Convenio de 1971, aunque en los comentarios sobre esos instrumentos se expresa la opinión de que la Junta debe tratar las comunicaciones entre ella y un gobierno como de carácter confidencial en esta etapa de las actuaciones⁸⁵³. El inciso a) del párrafo 1 del artículo 14 de la Convención de 1961 y la disposición correspondiente del artículo 19 del Convenio de 1971 disponen que la Junta, cuando actúe en virtud de esos incisos, debe considerar toda solicitud de información que haga a un gobierno, y las explicaciones de un gobierno, como asuntos confidenciales. La inclusión de una disposición expresa sobre confidencialidad en el apartado ii) del inciso b) del párrafo 1 del artículo 22 de la Convención de 1988 probablemente se basa en el precedente del inciso a) del párrafo 1 del artículo 14 de la Convención de 1961 y en el artículo 19 del Convenio de 1971. En la Convención de 1988, sin embargo, este requisito de confidencialidad se amplía y se incluye como párrafo 5 del artículo 22⁸⁵⁴.

22.18 El apartado iii) del inciso b) del párrafo 1 del artículo 22 de la Convención de 1988 contiene disposiciones similares a las de los instrumentos de 1961 y 1971. Por lo tanto, las observaciones hechas en los comentarios a la Convención de 1961 y el Convenio de 1971 son pertinentes para la interpretación del inciso b)⁸⁵⁵.

Párrafos 2, 3 y 4

2. Se invitará a toda Parte interesada a que esté representada en las reuniones de la Junta en las que se haya de examinar de conformidad con el presente artículo una cuestión que le afecte directamente.

⁸⁵¹*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 34a. sesión, párr. 10.

⁸⁵²Véanse los Comentarios a la Convención de 1961, párrafos 1 a 10 de los comentarios sobre el inciso b) del párrafo 1 del artículo 14; y los Comentarios al Convenio de 1971, párrafos 1 a 7 de los comentarios sobre el inciso b) del párrafo 1 del artículo 19.

⁸⁵³Véanse los Comentarios a la Convención de 1961, párrafo 11 de los comentarios sobre el inciso b) del párrafo 1 del artículo 14; y los Comentarios al Convenio de 1971, párrafo 5 de los comentarios sobre el inciso b) del párrafo 1 del artículo 19.

⁸⁵⁴Véanse, *infra*, los comentarios sobre los párrafos 5, 6 y 7.

⁸⁵⁵Véanse los Comentarios a la Convención de 1961, párrafos 1 a 6 de los comentarios sobre el inciso c) del párrafo 1 del artículo 14, y párrafos 1 a 8 de los comentarios sobre el párrafo 3 del artículo 14; y los Comentarios al Convenio de 1971, párrafos 1 a 6 de los comentarios sobre el inciso c) del párrafo 1 del artículo 19, y párrafos 1 a 8 de los comentarios sobre el párrafo 3.

3. Si, en algún caso, la decisión de la Junta que se adopte de conformidad con el presente artículo no fuese unánime, se dejará constancia de las opiniones de la mayoría.
4. Las decisiones de la Junta de conformidad con el presente artículo se tomarán por mayoría de dos tercios del número total de miembros de la Junta.

Comentarios

22.19 Los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 22 se basan en el texto de una enmienda introducida por los Países Bajos (véase el párrafo 22.5 *supra*). El párrafo 2 es similar al párrafo 5 del artículo 14 de la Convención de 1961. En esa Convención, se utiliza la palabra “país” en lugar de la palabra “Parte” y el cambio a la palabra “Parte” en la Convención de 1988 refleja el hecho de que esta Convención está abierta a entidades distintas de los países. Los comentarios sobre el párrafo 5 del artículo 14 en los Comentarios a la Convención de 1961 son, por lo tanto, pertinentes, *mutatis mutandis*, en relación con el párrafo 2 de la Convención de 1988. El párrafo 1 del artículo 14 de la Convención de 1961 faculta a la Junta a tomar medidas para velar por la ejecución de las disposiciones de la Convención no sólo por las partes sino también por otros países o territorios.

22.20 Los párrafos 3 y 4 del artículo 22 de la Convención de 1988 también son idénticos, salvo cambios de redacción, a los párrafos 4 y 6 del artículo 14 de la Convención de 1961. El representante de los Países Bajos explicó que la frase en inglés “two-thirds majority of the whole number of the Board” significaba una mayoría de dos tercios del número total de miembros de la Junta⁸⁵⁶. En virtud del carácter idéntico de estas disposiciones, los comentarios sobre los párrafos 4 y 6 del artículo 14 de la Convención de 1961 son, por lo tanto, pertinentes a los párrafos 3 y 4 del artículo 22 de la Convención de 1988.

Párrafos 5, 6 y 7

5. En el desempeño de sus funciones de conformidad con el inciso *a*) del párrafo 1 del presente artículo, la Junta protegerá el carácter confidencial de toda información que llegue a su poder.
6. La responsabilidad de la Junta en virtud del presente artículo no se aplicará al cumplimiento de tratados o acuerdos celebrados entre las Partes de conformidad con lo dispuesto en la presente Convención.
7. Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a las controversias entre las Partes a las que se refieren las disposiciones del artículo 22.

Comentarios

22.21 El texto de los párrafos 5, 6 y 7 del artículo 22 de la Convención de 1988 había sido sugerido por los representantes del Canadá y Suecia⁸⁵⁷. El requisito de la

⁸⁵⁶*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 34a. sesión, párr. 10.

⁸⁵⁷*Ibid.*, párr. 2.

confidencialidad de la información utilizada por la Junta en cumplimiento de sus funciones en virtud del inciso *a*) del párrafo 1 del artículo 22 de la Convención de 1988, parece derivarse del inciso *a*) del párrafo 1 del artículo 14 de la Convención de 1961, en virtud del cual “la solicitud de información y las explicaciones de un gobierno ... en virtud del presente artículo se considerarán asuntos confidenciales”. Este requisito se incluyó en el inciso *a*) del párrafo 1 de la enmienda presentada a la Conferencia por Alemania (República Federal de), Canadá, Dinamarca, Francia, Noruega y Suecia (véase el párrafo 22.5 *supra*)⁸⁵⁸. Este requisito figura también en el apartado ii) del inciso *b*) del párrafo 1 del artículo 22 con respecto a las comunicaciones de la Junta con una parte antes de señalar el asunto a la atención del Consejo y de la Comisión. El texto del párrafo 5 tiene un alcance más amplio que el del inciso *a*) del párrafo 1 de los artículos correspondientes de la Convención de 1961 y el Convenio de 1971, en el sentido de que impone el requisito de confidencialidad sobre toda información que llegue a poder de la Junta cuando actúe en virtud del inciso *a*) del párrafo 1. Este requisito deja de aplicarse si la Junta, en relación con el inciso *b*) del párrafo 1, tiene recurso a las disposiciones del apartado iii) del inciso *b*), en virtud de las cuales la Junta puede publicar un informe. Además, parte de la información (por ejemplo, la información proporcionada por las partes) puede entrar en el dominio público en otros contextos, como el de una revisión del funcionamiento de la Convención que realice la Comisión en virtud del inciso *a*) del artículo 21 de la Convención o un informe de la Junta en virtud del artículo 23 (véase el párrafo 22.15 *supra*). Por lo tanto, los parámetros exactos de la aplicación del párrafo 5 del artículo 22 deberán resolverse en la práctica.

22.22 Según el párrafo 6, la Junta no tiene la responsabilidad de supervisar cualquier acuerdo que concierten las partes con miras a fomentar los propósitos de la Convención. En varios artículos de la Convención de 1988 se hace referencia a la concertación entre las partes de arreglos, acuerdos o tratados bilaterales o multilaterales para mejorar la eficacia de esos artículos, incluidos el artículo 5 (Decomiso)⁸⁵⁹, el artículo 6 (Extradición)⁸⁶⁰, el artículo 7 (Asistencia judicial recíproca)⁸⁶¹, el artículo 9 (Otras formas de cooperación y capacitación)⁸⁶², el artículo 11 (Entrega vigilada)⁸⁶³, el artículo 14 (Medidas para erradicar el cultivo ilícito de plantas de las que se extraen estupefacientes y para eliminar la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas)⁸⁶⁴ y el artículo 17 (Tráfico ilícito por mar)⁸⁶⁵. Además de las referencias de esta naturaleza, la Convención de 1988 hace referencia a otros acuerdos, tratados y convenciones en vigor (por ejemplo, los acuerdos de extradición), y de las disposiciones de los párrafos 6 y 7 del artículo 22 se desprende que la competencia de la Junta no se extiende a la aplicación e interpretación de esos otros acuerdos, tratados y convenciones, ya sean de naturaleza bilateral o multilateral, salvo las convenciones enunciadas en el párrafo 1 (véanse los párrafos 22.10 y 22.11 *supra*).

⁸⁵⁸*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, “Proyecto de cláusulas de aplicación” (E/CONF.82/C.2/L.13/Add.3), párrs. 17 y 18, págs. 173 y 174.

⁸⁵⁹Incisos *c*) y *g*) del párrafo 4, e inciso *b*) del párrafo 5.

⁸⁶⁰Párrs. 11 y 12.

⁸⁶¹Párrs. 6 y 20.

⁸⁶²Párr. 1.

⁸⁶³*Ibíd.*

⁸⁶⁴Párr. 4.

⁸⁶⁵Párrs. 4 y 9.

22.23 El párrafo 7 no figura en los artículos correspondientes de la Convención de 1961 y el Convenio de 1971. Es un párrafo que advierte a la Junta de que las controversias entre dos o más partes deben resolverse en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención y no en virtud del artículo 22. En la Comisión II, por ejemplo, el representante de Francia señaló que no se podía encargar a la Comisión o a la Junta la tarea de resolver controversias que surjan entre dos partes en torno a la extradición, el decomiso o cualquier otra materia relacionada con reservas hechas en virtud de la Convención⁸⁶⁶.

⁸⁶⁶*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 32a. sesión, párr. 29.

Artículo 23

INFORMES DE LA JUNTA

Comentarios de carácter general

23.1 El artículo 23 se asemeja mucho, *mutatis mutandis*, a las disposiciones correspondientes sobre los informes de la Junta del artículo 15 de la Convención de 1961 y el artículo 18 del Convenio de 1971. Las diferencias con el párrafo 1 del artículo correspondiente de la Convención de 1961 se deben solamente a la naturaleza más específica de la información que se debe suministrar en virtud de esa Convención. El segundo párrafo de cada artículo es idéntico, con excepción de una pequeña diferencia de redacción en la Convención de 1961. Por lo tanto, los comentarios a la Convención de 1961 y al Convenio de 1971 con respecto a los artículos correspondientes de esas convenciones son pertinentes en gran medida y deben consultarse⁸⁶⁷.

23.2 La propuesta básica⁸⁶⁸ que la Conferencia tuvo ante sí no contenía ninguna disposición en que se pidiera a la Junta la presentación de informes anuales, y el artículo 23 tuvo su origen en una propuesta presentada en la Comisión II por Alemania (República Federal de), Canadá, Dinamarca, Francia, Noruega y Suecia⁸⁶⁹. Al referirse a la propuesta, el representante de los Estados Unidos señaló que reproducía los textos utilizados en la Convención de 1961 y el Convenio de 1971; a su juicio, los informes de la Junta en virtud de este artículo serían recibidos con mucho más interés a la luz de las nuevas responsabilidades que ésta tenía respecto de los productos químicos y los precursores, los materiales y el equipo⁸⁷⁰. Las deliberaciones sobre este asunto se limitaron en gran parte a destacar la necesidad de que el artículo se ajustase lo más posible a los textos de los instrumentos anteriores y se evitase la imposición a los gobiernos de obligaciones de presentar informes que constituyeran una carga demasiado pesada; la redacción final del artículo se confió al Comité de Redacción en ese entendimiento⁸⁷¹.

Párrafo 1

1. La Junta preparará un informe anual sobre su labor en el que figure un análisis de la información de que disponga y, en los casos adecuados,

⁸⁶⁷Comentarios a la Convención de 1961, comentarios sobre los párrafos 1 y 2 del artículo 15; y Comentarios al Convenio de 1971, comentarios sobre los párrafos 1 y 2 del artículo 18.

⁸⁶⁸*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, anexo II.

⁸⁶⁹Ibíd., documento E/CONF.82/12, "Proyecto de cláusulas de aplicación" (E/CONF.82/ C.2/L.13/ Add.13), secc. II ("artículo 18 bis"), párrs. 10 y 11, págs. 172 y 173.

⁸⁷⁰*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 34a. sesión, párr. 57.

⁸⁷¹Ibíd., párrs. 58 a 67.

una relación de las explicaciones, si las hubo, dadas por las Partes o solicitadas a ellas, junto con cualesquiera observaciones y recomendaciones que la Junta desee formular. La Junta podrá preparar los informes adicionales que considere necesarios. Los informes serán presentados al Consejo por conducto de la Comisión, la cual podrá hacer las observaciones que juzgue convenientes.

Comentarios

23.3 Igual que en el caso de la Convención de 1961 y el Convenio de 1971, el informe anual que la Junta debe presentar en virtud de la Convención de 1988 es obligatorio, aunque se deja a la Junta la facultad de determinar la necesidad de informes adicionales. En cumplimiento del artículo 15 de la Convención de 1961 y el artículo 18 del Convenio de 1971, la Junta ha establecido la práctica de presentar un informe anual consolidado, que proporciona un panorama total de la eficacia del sistema de tratados de fiscalización internacional de drogas y un análisis de la situación mundial con respecto al uso indebido y el tráfico ilícito. El informe consolidado, que ahora abarca también a la Convención de 1988, se ha referido, entre otras cosas, a la aplicación de esa Convención y a la cooperación con los gobiernos⁸⁷². Por lo tanto, se ha mantenido el enfoque muy general que ha adoptado la Junta sobre lo que se debe incluir en su informe anual⁸⁷³.

23.4 De conformidad con el artículo 22, que se refiere a las medidas que puede tomar la Junta cuando considere que no se están cumpliendo los objetivos de la Convención, la Junta puede publicar un informe para poner de relieve el incumplimiento de la Convención por una parte. El párrafo 5 de ese artículo, sin embargo, impone restricciones a la publicación de información obtenida en esos casos. La Junta puede optar por no ajustarse al párrafo 1 del artículo 22, dado que las disposiciones de ese artículo son de carácter facultativo (mediante el uso de la palabra “podrá”), en lugar de obligatorias. Puede basarse, en cambio, en las disposiciones del artículo 23 y en su derecho de solicitar o recibir información proporcionada por las partes a la Comisión, en virtud del artículo 20, o a la propia Junta, en virtud del artículo 12. En virtud del artículo 23, el informe anual de la Junta debe contener “en los casos adecuados, una relación de las explicaciones, si las hubo, dadas por las Partes o solicitadas a ellas, junto con cualesquiera observaciones y recomendaciones que la Junta desee formular”. Parecería que estas disposiciones permiten a la Junta lograr, en virtud del artículo 23, resultados muy similares a los que podría lograr en virtud del artículo 22. La experiencia ha mostrado que la publicidad es quizá el instrumento más poderoso para obtener el cumplimiento de las disposiciones de los tratados, ya que la mera posibilidad de que se recurra a la publicidad puede hacer posible la obtención de los resultados que desea la Junta. Los informes preparados por la Junta en virtud del artículo 23 de la Convención de 1988, al igual que en los instrumentos anteriores, deben presentarse al Consejo Económico y Social por conducto de la Comisión. Esto permite a la Comisión añadir sus propios comentarios, por lo general para dar más

⁸⁷²El informe se publica todos los años. El informe más reciente fue el *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 1997* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.98.XI.1).

⁸⁷³Comentarios a la Convención de 1961, párrafo 6 de los comentarios sobre el artículo 15; y Comentarios al Convenio de 1971, párrafo 8 de los comentarios sobre el párrafo 1 del artículo 18.

peso político a las observaciones y recomendaciones de la Junta. Aunque el requisito de que el informe se presente por conducto de la Comisión puede dar lugar a algunas demoras⁸⁷⁴ (los informes presentados por la Junta en virtud del apartado iii) del inciso b) del párrafo 1 del artículo 22 se deben entregar directamente a las partes, el Consejo y la Comisión), es poco probable que esto influya en los posibles resultados cuando las pruebas demuestran claramente que no se cumplen los objetivos de la Convención.

23.5 Además del informe anual que se pide en el artículo 23, la Junta, en virtud del párrafo 13 del artículo 12 de la Convención de 1988, debe presentar informes anuales a la Comisión sobre la aplicación de ese artículo. Este requisito se examinó en los comentarios sobre el artículo 12 (véanse los párrafos 12.41 y 12.42 *supra*).

Párrafo 2

2. Los informes de la Junta serán comunicados a las Partes y posteriormente publicados por el Secretario General. Las Partes permitirán la distribución sin restricciones de dichos informes.

Comentarios

23.6 Como ya se dijo en el párrafo 23.1 *supra*, el texto del párrafo 2 es virtualmente idéntico en las Convenciones de 1961 y 1988 y el Convenio de 1971. Por lo tanto, las observaciones que figuran en los comentarios a la Convención de 1961 y el Convenio de 1971 se aplican plenamente⁸⁷⁵. En particular, todos los informes de la Junta se deben enviar a las partes tan pronto como se hayan impreso y, en cualquier caso, a más tardar cuando se transmitan a la Comisión. Además, el informe debe ser publicado por el Secretario General, lo que asegura su difusión pública, y debe ser distribuido gratuitamente por todas las partes, asegurando de esta forma su disponibilidad para los medios de información.

⁸⁷⁴Véanse, sin embargo, los Comentarios a la Convención de 1961, párrafo 4 de los comentarios sobre el párrafo 1 del artículo 15, respecto de dos casos en que el Consejo examinó el informe de la Junta antes de que lo hubiese examinado la Comisión.

⁸⁷⁵Véanse los Comentarios a la Convención de 1961, comentarios sobre el párrafo 2 del artículo 15; y los Comentarios al Convenio de 1971, comentarios sobre el párrafo 2 del artículo 18.

Cuarta parte

CLÁUSULAS FINALES

Artículos 24 a 34

Artículo 24

APLICACIÓN DE MEDIDAS MÁS ESTRUCTAS QUE LAS ESTABLECIDAS POR LA PRESENTE CONVENCION

Párrafo único

Las Partes podrán adoptar medidas más estrictas o rigurosas que las previstas en la presente Convención si, a su juicio, tales medidas son convenientes o necesarias para prevenir o eliminar el tráfico ilícito.

Comentarios

24.1 El artículo 24, que es la primera de las cláusulas finales de la Convención de 1988⁸⁷⁶, corresponde al artículo 39 de la Convención de 1961 y al artículo 23 del Convenio de 1971. Las observaciones sobre esos artículos hechas en los comentarios sobre los instrumentos de 1961 y 1971, por lo tanto, se aplican, *mutatis mutandis*, al presente artículo⁸⁷⁷. El artículo se asemeja mucho sobre todo al artículo 23 del Convenio de 1971, y los cambios en el texto reflejan sólo la naturaleza diferente de los dos instrumentos, ya que uno se refiere a la fiscalización de las sustancias sicotrópicas y el otro a medidas, en gran parte de derecho penal, para suprimir el tráfico ilícito; así, el artículo 24 de la Convención de 1988 se refiere sólo a “medidas” y no a medidas “de fiscalización” y señala que el objetivo de esas medidas es “prevenir o eliminar el tráfico ilícito”, en lugar de “proteger la salud y el bienestar público”, como en el caso del Convenio de 1971.

24.2 El artículo figuraba en la propuesta básica⁸⁷⁸ que la Conferencia tuvo ante sí en el informe del grupo de examen del proyecto de Convención. El artículo no dio lugar a comentarios en la Comisión II, aparte de la sugerencia de que se utilizasen los textos de la Convención de 1961 y el Convenio de 1971⁸⁷⁹. En cambio, la atención se centró en la inclusión en el mismo artículo de una cláusula de no derogación⁸⁸⁰, que finalmente fue el artículo 25 de la Convención. En la plenaria de la Conferencia no se hicieron comentarios de fondo sobre el artículo 24, que fue aprobado sin modificaciones.

⁸⁷⁶Véase el historial legislativo de las cláusulas finales de la Convención de 1988 (artículos 24 a 34 del texto adoptado) en el anexo I de los presentes *Comentarios*.

⁸⁷⁷Comentarios a la Convención de 1961, párrafos 1 a 4 de los comentarios sobre el artículo 39; y Comentarios al Convenio de 1971, párrafos 1 a 4 de los comentarios sobre el artículo 23.

⁸⁷⁸*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, anexo II (“artículo 19”).

⁸⁷⁹*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 34a. sesión, párr. 69.

⁸⁹⁰*Ibíd.*, párrs. 70 a 72.

24.3 El artículo 24 establece que la Convención de 1988, al igual que los instrumentos anteriores, constituye el nivel mínimo de medidas que deben adoptar todas las partes, dejando al arbitrio de éstas la adopción de “medidas más estrictas o rigurosas”. Cabe poner de relieve, en particular, los comentarios sobre la interpretación de esas palabras en los comentarios a la Convención de 1961 y el Convenio de 1971 sobre los artículos 39 y 23, respectivamente⁸⁸¹. La repetición de las mismas palabras en la Convención de 1988 parecería indicar que los participantes en la Conferencia sostuvieron la opinión de que, en el pasado, la aplicación de esa disposición no había dado lugar a dificultades serias. En los comentarios anteriores se había señalado que el artículo permitía a una parte adoptar medidas adicionales a las prescritas por la Convención o reemplazarlas por medidas más estrictas o rigurosas que las dispuestas en la Convención. Un ejemplo del segundo de estos criterios en virtud de la Convención de 1988, en relación con el párrafo 8 del artículo 3, en el que se dispone un plazo de prescripción prolongado para los delitos tipificados en virtud de ese artículo, sería el caso en que una parte dispusiese que el enjuiciamiento de esos delitos no está sujeto a ningún plazo de prescripción.

24.4 Además de la disposición general del artículo 24, el artículo 12 incluye, en el inciso *b*) del párrafo 10, una cláusula que dispone que las partes “podrán adoptar medidas de fiscalización más estrictas o rigurosas que las previstas en el presente párrafo si, a su juicio, tales medidas son convenientes o necesarias”.

⁸⁸¹Comentarios a la Convención de 1961, párrafos 2 a 5 de los comentarios sobre el artículo 39; y Comentarios al Convenio de 1971, párrafos 2 a 4 de los comentarios sobre el artículo 23.

Artículo 25

EFECTO NO DEROGATORIO RESPECTO DE ANTERIORES DERECHOS Y OBLIGACIONES CONVENCIONALES

Párrafo único

Las disposiciones de la presente Convención serán sin perjuicio de los derechos y obligaciones que incumben a las Partes en virtud de la Convención de 1961, de la Convención de 1961 en su forma enmendada y del Convenio de 1971.

Comentarios

25.1 La propuesta básica que la Conferencia tuvo ante sí en el informe del grupo de examen del proyecto de Convención⁸⁸² no contenía un artículo correspondiente al actual artículo 25. Este texto se originó en deliberaciones de la Conferencia sobre el proyecto de artículo de la propuesta básica relativo a delitos y sanciones (el actual artículo 3 de la Convención de 1988). El proyecto de artículo había sido remitido por la plenaria a la Comisión I, la cual a su vez decidió remitir a la consideración de un grupo de examen la propuesta básica y las enmiendas a la misma⁸⁸³.

25.2 Al presentar el informe del Grupo de Trabajo a la Comisión, su Presidente⁸⁸⁴ explicó los argumentos en que se basaba una recomendación del Grupo de Trabajo de que la Convención tuviese una cláusula de no derogación⁸⁸⁵. Durante las deliberaciones se había presentado una propuesta de incluir en la lista de delitos de lo que luego sería el artículo 3 casi todos los tipos de conducta enumerados en el artículo 36 de la Convención de 1961, con excepción del cultivo, la posesión y la adquisición, que se excluirían en el entendimiento de que estaban previstos en la Convención de 1961. Algunos representantes habían expresado la opinión de que su omisión podría implicar la posibilidad de la derogación de las convenciones existentes, por lo cual el Grupo de Trabajo había decidido que el proyecto debía contener una cláusula de no derogación apropiada, de preferencia en el proyecto de artículo sobre la aplicación de medidas más estrictas que las contenidas en la nueva Convención⁸⁸⁶ a fin de que

⁸⁸²*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, anexo II.

⁸⁸³*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión I, 3a. sesión, párrs. 57 a 59.

⁸⁸⁴*Ibíd.*, 24a. sesión, párr. 4.

⁸⁸⁵*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/11, "artículo 2" (E/CONF.82/ C.1/L.18/ Add.1), secc. II, párr. 3 ("párrafo 8"), pág. 112.

⁸⁸⁶*Documentos Oficiales*, vol. I ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 34a. sesión, párrs. 71 y 74.

no se pudiera interpretar que implicaba una modificación de las obligaciones impuestas por los instrumentos existentes a las partes en esos instrumentos.

25.3 Las disposiciones de la propuesta básica que la Conferencia tenía ante sí sobre la aplicación de medidas más estrictas que las requeridas por la Convención habían sido remitidas por la plenaria a la Comisión II para su examen. En vista de la decisión del Grupo de Trabajo (véase el párrafo 25.2 *supra*), el representante del Canadá propuso la siguiente adición a lo que más tarde sería el artículo 24 sobre la aplicación de medidas más estrictas:

“Las disposiciones de la presente Convención no menoscabarán ninguno de los derechos adquiridos o las obligaciones contraídas por las Partes en la presente Convención con arreglo a la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, esa Convención en su forma enmendada por el Protocolo de 1972, o el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, 1971.”⁸⁸⁷

Tras algunas deliberaciones en la Comisión⁸⁸⁸, donde el texto obtuvo un apoyo considerable, se propuso, y la Comisión aceptó, que se aprobase el texto y se lo incluyese en el proyecto de Convención como un artículo separado⁸⁸⁹. Con algunas modificaciones de redacción introducidas para ajustarlo a otros artículos, el artículo 25 fue aprobado en la plenaria sin comentarios.

25.4 El historial legislativo indicado *supra* muestra evidentemente que la Convención de 1988 no tiene por objeto debilitar los instrumentos anteriores sino complementarlos y reforzarlos mediante la introducción de medidas que no necesariamente están comprendidas en esos instrumentos. Cuando ciertas disposiciones se superponen o son paralelas unas a otras, la Convención de 1988, en ciertos artículos, deja en claro las consecuencias. Por ejemplo:

a) Los apartados i) y ii) del inciso a) del párrafo 1 del artículo 3 y el párrafo 2 disponen que las medidas para tipificar como delitos penales los actos que se enumeran en esos párrafos deben estar en consonancia con las disposiciones pertinentes de la Convención de 1961, la Convención de 1961 en su forma enmendada y, cuando proceda, el Convenio de 1971;

b) El inciso a) del párrafo 8 del artículo 12 contiene una cláusula de no derogación específica en el sentido de que las medidas que adopte una parte para vigilar la fabricación y la distribución de sustancias que figuren en los Cuadros I y II serán “sin perjuicio ... de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada y en el Convenio de 1971”;

c) El artículo 14 dispone que las medidas adoptadas para la aplicación de la Convención de 1988 a fin de erradicar el cultivo ilícito de plantas que contengan estupefacientes y sustancias sicotrópicas y eliminar la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas no serán menos estrictas que las previstas en los instrumentos anteriores.

De igual modo, en el artículo 22, sobre las funciones de la Junta, se dispone que esas funciones serán sin perjuicio de las funciones de la Junta y de la Comisión en virtud

⁸⁸⁷Ibíd., párr. 74.

⁸⁸⁸Ibíd., párrs. 75 a 83.

⁸⁸⁹Ibíd., párrs. 81 y 84.

de los instrumentos anteriores. Hay, asimismo, otra disposición que se refiere a medidas complementarias de los instrumentos anteriores y que es el artículo 16, sobre documentos comerciales y etiquetas para las exportaciones, que dispone el suministro de información adicional en virtud de la Convención de 1988.

25.5 Las normas generales del derecho internacional sobre la interpretación y aplicación de tratados establecen claramente que un tratado subsiguiente que trata del mismo tema que un tratado anterior prevalece sobre el tratado anterior en la medida en que sean incompatibles. Ahora bien, cuando en un tratado se especifique que está sujeto al tratado anterior, o que no debe considerarse incompatible con él, prevalecen las disposiciones del otro tratado⁸⁹⁰.

25.6 Si bien las normas generales parecen claras, su aplicación en un caso específico no es necesariamente sencilla, particularmente en relación con una convención que, si bien contiene algunas disposiciones que se superponen a las de convenciones anteriores, o son paralelas a éstas, tiene por objeto reglamentar esferas diferentes de las convenciones anteriores así como fortalecer y reforzar algunas de las disposiciones de esas mismas convenciones. Así pues, al interpretar las disposiciones de la Convención de 1988, hay que tener presentes las siguientes consideraciones:

a) Un objetivo básico de la Convención es reglamentar esferas no comprendidas en los dos tratados existentes de fiscalización de drogas;

b) Otro objetivo, como se desprende del preámbulo, es reforzar y complementar las medidas dispuestas en los instrumentos anteriores a fin de contrarrestar la magnitud y extensión del tráfico ilícito;

c) En ciertos artículos, la Convención de 1988 indica expresamente que esos artículos se deben interpretar de conformidad con los de la Convención y el Convenio anteriores (véanse los incisos a) y b) del párrafo 25.4, *supra*);

d) En un artículo se dispone específicamente que las medidas que se adopten no serán menos estrictas que las contenidas en los instrumentos anteriores (véase el inciso c) del párrafo 25.4 *supra*);

e) En otro artículo, figura la disposición de que se proporcione más información que la suministrada en virtud de los instrumentos anteriores (véase el párrafo 25.4 *supra*);

f) La Convención de 1988 contiene una cláusula general de no derogación en su artículo 25, que no figura en la Convención de 1961, la Convención de 1961 en su forma enmendada y el Convenio de 1971. En caso de conflicto, las disposiciones específicas mencionadas *supra* prevalecerían sobre cualquier disposición general.

25.7 No conviene especular anticipadamente sobre la interpretación de una disposición particular de un tratado en un caso determinado. Teniendo en cuenta las consideraciones enunciadas *supra*, sin embargo, puede sostenerse que la intención del artículo 25 es que ninguna disposición de la Convención de 1988 debilitará en forma

⁸⁹⁰Véanse el artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331) y el artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (A/CONF.129/15). Véanse "Reservas" (sección A del anexo II, *infra*) sobre la aplicabilidad de estas dos convenciones a la Convención de 1988.

alguna una disposición correspondiente de los instrumentos anteriores. Por otra parte, tampoco se pretende que la Convención de 1988 pierda fuerza en algunas de sus disposiciones particulares con el argumento de que en los instrumentos anteriores hay una disposición similar menos estricta. La práctica que vayan estableciendo las partes en la aplicación de la Convención de 1988 puede, a su debido tiempo, ayudar a interpretar la disposición del artículo 25 respecto de disposiciones paralelas o superpuestas con las de los diversos instrumentos. No obstante, puede afirmarse que los artículos de la Convención de 1988, por ejemplo los mencionados en el párrafo 25.4 *supra*, ya indican las consecuencias en las esferas más importantes cuando las disposiciones de las diversas convenciones se superponen, y que el artículo 25 es, por lo tanto, de naturaleza residual, al expresar en términos generales el deseo de las partes de no debilitar de manera alguna los diversos derechos y obligaciones dimanantes de todos los instrumentos.

Artículo 26

FIRMA

Párrafo único

La presente Convención estará abierta desde el 20 de diciembre de 1988 hasta el 28 de febrero de 1989 en la Oficina de las Naciones Unidas en Viena y, después, hasta el 20 de diciembre de 1989 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, a la firma:

- a) De todos los Estados;
- b) De Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia;
- c) De las organizaciones regionales de integración económica que sean competentes para negociar, concertar y aplicar acuerdos internacionales sobre cuestiones reguladas en la presente Convención, siendo aplicables a dichas organizaciones dentro de los límites de su competencia las referencias que en la presente Convención se hagan a las Partes, los Estados o los servicios nacionales.

Comentarios

26.1 El artículo 26 refleja la evolución que ha tenido lugar en la práctica de las Naciones Unidas con respecto a las entidades que pueden ser partes en convenciones multilaterales, que pretenden ser de carácter universal, concertadas bajo los auspicios de la Organización. Las disposiciones correspondientes de la Convención de 1961 y el Convenio de 1971 (párrafo 1 del artículo 40 y párrafo 1 del artículo 25, respectivamente) contienen lo que se conoce con el nombre de “fórmula de Viena”⁸⁹¹, que abrió las convenciones de esta naturaleza a los Estados que fueran reconocidos como tales, en el momento oportuno, por la mayoría de la comunidad internacional. La prueba de ese reconocimiento era la aceptación como miembro en las Naciones Unidas, en uno o más de sus organismos especializados o en el Organismo Internacional de Energía Atómica, o como parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, o que hubieran recibido una invitación de uno de los órganos principales de las Naciones Unidas para ser parte en la convención de que se trate. En el momento en que se aprobó la Convención de 1988, se habían resuelto casi en su totalidad todas las cuestiones relativas a la condición de Estado que habían dado lugar a la “fórmula de Viena”, y, por lo tanto, la Convención de 1988 se abrió a la firma de “todos los Estados”.

⁸⁹¹El uso de la cláusula se difundió ampliamente después de su inclusión en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas el 18 de abril de 1961 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 500, pág. 95).

26.2 El proyecto de cláusulas finales establecido en la propuesta básica que la Conferencia tuvo ante sí⁸⁹² contenía dos variantes de esta disposición: una variante mantenía la “fórmula de Viena”, y la otra contenía la disposición relativa a “todos los Estados”. En el proyecto de cláusulas finales preparado por la Secretaría⁸⁹³ se incorporó, a petición de la Mesa de la Conferencia, la disposición relativa a “todos los Estados”, que fue aprobada por la Conferencia.

26.3 El artículo 26 de la Convención también abre la Convención a la firma de “Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia”. Esto representa la evolución de la práctica de las Naciones Unidas en el momento en que se aprobó la Convención, y se ajusta al supuesto de que las Naciones Unidas tenían la plena autoridad sobre Namibia. La disposición no figuraba en el proyecto de cláusulas finales contenido en la propuesta básica, pero se incluyó en el proyecto de esas cláusulas preparado por la Secretaría porque representaba la práctica actual de las Naciones Unidas.

26.4 El tercer aspecto de una evolución que se refleja en el artículo 26 es el de la apertura de la Convención a las organizaciones regionales de integración económica que sean competentes para negociar, concertar y aplicar acuerdos internacionales sobre cuestiones reguladas en la Convención.

26.5 La disposición tiene su origen en el grupo de examen del proyecto de Convención, que se reunió en Viena del 27 de junio al 8 de julio de 1988. El grupo de examen tomó nota de una propuesta de la Comisión de las Comunidades Europeas de enmendar el texto de cláusulas finales entonces existente para añadir una disposición en el sentido de que las organizaciones regionales de integración económica que fueran competentes para negociar, concertar y aplicar acuerdos internacionales sobre cuestiones reguladas en la Convención podrían ser partes en ésta, y que serían aplicables a dichas organizaciones, dentro de los límites de su competencia, las referencias que en la Convención se hicieran a las partes, los Estados o los servicios nacionales. El grupo de examen acordó enmendar el proyecto de disposiciones finales para incluir esa disposición⁸⁹⁴.

26.6 Como se menciona en la nota sobre el historial legislativo de las cláusulas finales (véase el anexo I), el proyecto de cláusulas finales de la propuesta básica y el proyecto de la Secretaría se remitieron al Grupo de Trabajo sobre Cláusulas Finales establecido por la Comisión II. Al presentar en la Comisión II el conjunto de cláusulas finales propuesto por el Grupo de Trabajo⁸⁹⁵, su Presidente dijo que la Convención debía estar abierta a todos los Estados, a Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia y a las organizaciones regionales de integración económica. Si bien en el Grupo de Trabajo se habían expresado ciertas reservas en cuanto a la necesidad de referirse expresamente a Namibia, en vista de los acontecimientos recientes y de que el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia no estaba en condiciones de ejercer los derechos y cumplir las obligaciones de la Conven-

⁸⁹²*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, anexo II.

⁸⁹³*Ibíd.*, documento E/CONF.82/12, “Proyecto de cláusulas finales” (E/CONF.82/C.2/ C.2/L.13 (Add.12), secc. II, párr. 2, pág. 178.

⁸⁹⁴*Ibíd.*, documento E/CONF.82/3, párr. 196.

⁸⁹⁵*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 30a. sesión, párrs. 2 a 18.

ción, la mayoría había considerado que debía mantenerse esa referencia, ya que reflejaba no sólo la práctica más reciente de las Naciones Unidas en materia de tratados sino también la situación jurídica actual. El Grupo de Trabajo, aunque había tomado nota de las observaciones y reservas planteadas, había decidido mantener la disposición.

26.7 La otra cuestión que se había planteado en el Grupo de Trabajo era la referencia a las organizaciones regionales de integración económica. La competencia de esas organizaciones en cuestiones penales había sido puesta en tela de juicio y Filipinas había presentado una enmienda⁸⁹⁶ que hubiera limitado la participación en la Convención a los Estados. Esa opinión no gozó del apoyo de la mayoría en el Grupo de Trabajo y se mantuvo la referencia a esas organizaciones. Además, el Grupo de Trabajo había entendido que la palabra “regional” debía interpretarse en el sentido más amplio posible para abarcar a las agrupaciones de Estados, incluidos los grupos subregionales.

26.8 La Comisión II⁸⁹⁷ aprobó el proyecto de artículo presentado por el Grupo de Trabajo. Durante las deliberaciones sobre el artículo en las sesiones plenarias, se dejó constancia en actas de las declaraciones sobre Namibia y sobre las organizaciones regionales de integración económica⁸⁹⁸.

26.9 Al obtener Namibia la plena independencia y ser admitida a las Naciones Unidas el 23 de abril de 1990, la referencia específica a Namibia en el artículo 26 cesó de tener efecto, ya que la Convención quedó abierta a Namibia en virtud de la disposición que se refiere a “todos los Estados”.

26.10 En cuanto a las organizaciones regionales de integración económica, la Comunidad Europea firmó la Convención de 1988 el 8 de junio de 1989 y depositó un acta formal de confirmación el 31 de diciembre de 1990. Ese instrumento iba acompañado de una declaración sobre el alcance de la competencia de la Comunidad Europea con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 27⁸⁹⁹.

26.11 La Convención de 1961 dispone, en su artículo 40, que los Estados que hayan firmado la Convención deben ratificarla. No parece contemplar la posibilidad de un Estado que indique que queda obligado únicamente con la firma. El Convenio de 1971, sin embargo, dispone expresamente en su artículo 25 que los Estados pueden pasar a ser partes con la sola firma. El proyecto de cláusulas finales contenido en la propuesta básica que la Conferencia tuvo ante sí disponía, en una variante⁹⁰⁰, que una posible parte podría quedar obligada sólo con la firma, pero ese criterio no fue adoptado por el Grupo de Trabajo, que se basó en el proyecto de cláusulas finales preparado por la Secretaría⁹⁰¹. La Convención de 1988, por lo tanto, no hace ninguna refe-

⁸⁹⁶*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF/82/12, “Proyecto de cláusulas finales” (E/CONF/82/C.2/L.13/Add.12), secc. II, párrs. 3 y 4 (“artículo 20”), pág. 179.

⁸⁹⁷*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 30a. sesión, párrs. 20 a 39.

⁸⁹⁸*Ibid.*, Actas resumidas de las sesiones plenarias, 7a. sesión plenaria, párrs. 94 a 97.

⁸⁹⁹Véase el texto de la declaración en la nota verbal del Secretario General en su calidad de depositario (C.N.250.1990.TREATIES-12 (Notificación del depositario)), de fecha 15 de marzo de 1991.

⁹⁰⁰*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF/82/12, “Proyecto de cláusulas finales” (E/CONF/82/C.2/L.13/Add.12), secc. I, párr. 1, pág. 176.

⁹⁰¹*Ibid.*, secc. II, párr. 2, págs. 178 y 179.

rencia expresa a que una parte quede obligada solamente con la firma, y las disposiciones del artículo 27 que requieren ratificación, aceptación, aprobación o actos de confirmación parece establecer que no se contempla la posibilidad de que los Estados queden obligados únicamente con la firma. Esto no es sorprendente en una convención que tiene repercusiones sobre la legislación interna de cada país relativa a la Convención, y que probablemente dispondrá que el Estado debe adoptar ciertas medidas antes de pasar a ser parte, ya que la fecha de cierre de la firma de la Convención era el 20 de diciembre de 1989 y, a esa fecha, ninguno de los signatarios⁹⁰² parecía haber adoptado la posición de que podía pasar a ser parte sólo con la firma⁹⁰³.

⁹⁰²Véase *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General: Status as at 31 December 1996* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: E.97.V.5), cap. VI, secc. 19.

⁹⁰³Véanse, *infra*, los comentarios al artículo 28.

Artículo 27

RATIFICACIÓN, ACEPTACIÓN, APROBACIÓN O ACTO DE CONFIRMACIÓN FORMAL

El artículo en su totalidad

1. La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados y por Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia, y a los actos de confirmación formal por las organizaciones regionales de integración económica a las que se hace referencia en el inciso *c*) del artículo 26. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación y los instrumentos relativos a los actos de confirmación formal serán depositados ante el Secretario General.
2. En sus instrumentos de confirmación formal, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Esas organizaciones comunicarán también al Secretario General cualquier modificación del alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención.

Comentarios

27.1 Las disposiciones correspondientes de la Convención de 1961 y del Convenio de 1971 relacionadas con el objeto del párrafo 1 del artículo 27 de la Convención de 1988 (párrafo 2 del artículo 40, e inciso *b*) del párrafo 1 y párrafo 3 del artículo 25, respectivamente) se refieren sólo a la “ratificación”, que era el término más común utilizado en la práctica de las Naciones Unidas (cuando se aprobaron esas convenciones) para el acto por el cual un Estado, después de firmar un tratado, expresaba su consentimiento a considerarse obligado por ese tratado. La disposición correspondiente de cláusulas finales de la propuesta básica que la Conferencia tuvo ante sí⁹⁰⁴ se refería solamente, en dos variantes del artículo, a “ratificación”, y lo mismo ocurría con el proyecto de cláusulas finales preparado por la Secretaría⁹⁰⁵ a petición de la Mesa. El Japón propuso una enmienda⁹⁰⁶ referida a la aceptación como forma de expresar el consentimiento a quedar obligado por la Convención.

27.2 Cuando el proyecto de artículo fue examinado por el Grupo de Trabajo sobre Cláusulas Finales establecido por la Comisión II, las palabras “aceptación o aproba-

⁹⁰⁴*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, anexo II, págs. 91 y 92.

⁹⁰⁵*Ibíd.*, documento E/CONF.82/12, “Proyecto de cláusulas finales” (E/CONF.82/ C.2 L.3/Add.12), secc. I, párr. 1, págs. 178 y 179.

⁹⁰⁶*Ibíd.*, secc. II, párr. 4, pág. 181.

ción” se añadieron a la palabra “ratificación”. De esta forma, el artículo quedó en consonancia con las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁹⁰⁷, que emplea los tres términos.

27.3 El inciso *b)* del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que los términos “‘ratificación’, ‘aceptación’, ‘aprobación’, ... significan en cada caso el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado”. Los tres términos son sinónimos en cuanto a su efecto⁹⁰⁸ y no hay ninguna distinción legal entre ellos. Por lo tanto, representan los tres términos más comúnmente utilizados en la práctica internacional para el acto por el cual un Estado pasa a ser parte de un tratado tras haberlo firmado, a menos que haya acordado expresamente que se considera obligado solamente con la firma (véase el párrafo 26.11 *supra*). Se deja a la práctica nacional la decisión sobre el término que se ha de emplear cuando se deposite el instrumento necesario ante el Secretario General.

27.4 La Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales⁹⁰⁹ dispone, en su inciso *b) bis* del artículo 1, que se entiende por “‘acto de confirmación formal’ un acto internacional que corresponde al de la ratificación por un Estado y por el cual una organización internacional hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado”. Por lo tanto, el texto se incluyó en el proyecto de cláusulas finales de la Convención de 1988 preparado por la Secretaría y fue aceptado por el Grupo de Trabajo sobre Cláusulas Finales. El inciso *b)* del artículo 1 de la Convención de Viena de 1986 también dispone que los términos “‘aceptación” y “‘aprobación” significan el acto internacional así denominado por el cual una organización internacional hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado. Esto, sin embargo, no se refleja en el artículo 27 de la Convención de 1988.

27.5 El párrafo 2 del artículo 27 fue agregado en el Grupo de Trabajo sobre Cláusulas Finales, ya que no se había incluido ni en la propuesta básica ni en el proyecto de cláusulas finales de la Secretaría. Al presentar en la Comisión II el conjunto de cláusulas finales del Grupo de Trabajo, su Presidente indicó que también se había decidido que el artículo, así como el artículo siguiente sobre sucesión, contendría un párrafo en el que se describiría el alcance de la competencia de la organización regional de integración económica de que se tratase en relación con las cuestiones regidas por la Convención. Esto tenía por objeto dar a otras partes un claro entendimiento de la función de la organización interesada en la aplicación de la Convención⁹¹⁰.

27.6 En las deliberaciones de la Comisión II se hizo muy poca o ninguna referencia al proyecto de artículo, salvo los comentarios sobre las organizaciones regionales de integración económica a que se hizo referencia en relación con el artículo anterior (véanse los párrafos 26.7 y 26.8 *supra*). Cuando las cláusulas finales se examinaron en la plenaria no se hicieron comentarios sobre el artículo 27.

⁹⁰⁷Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331.

⁹⁰⁸El término “ratificación” se limita a los actos de los Estados. Los términos “aceptación” y “aprobación” pueden también ser empleados por las organizaciones que indican su voluntad de obligarse por un tratado.

⁹⁰⁹A/CONF.129/15.

⁹¹⁰*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 30a. sesión, párr. 6.

Artículo 28

ADHESIÓN

El artículo en su totalidad

1. La presente Convención quedará abierta a la adhesión de todo Estado, de Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia, y de las organizaciones regionales de integración económica a las que se hace referencia en el inciso c) del artículo 26. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión ante el Secretario General.
2. En sus instrumentos de adhesión, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Estas organizaciones comunicarán también al Secretario General cualquier modificación del alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención.

Comentarios

28.1 El artículo 28 dimana naturalmente de las disposiciones de los artículos 26 y 27, y los tres artículos constituyen un todo integral respecto de los Estados y las entidades a las que está abierta la Convención y respecto de los métodos por los que esos Estados y esas entidades pueden pasar a ser partes en la Convención. Con excepción de cambios de redacción, el texto del artículo es esencialmente el propuesto en el proyecto de cláusulas finales preparado por la Secretaría a petición de la Mesa de la Conferencia⁹¹¹. El artículo no fue objeto de deliberaciones cuando las cláusulas finales fueron consideradas por el Grupo de Trabajo sobre Cláusulas Finales, la Comisión II o la plenaria, dado que la cuestión de las posibles partes en la Convención ya se había resuelto cuando se había tratado el artículo 26.

28.2 La adhesión es el medio por el cual un Estado u otra entidad con derecho a ser parte en una convención, que no ha firmado la convención, establece su consentimiento en obligarse por la convención. Dado que en virtud del artículo 26 la fecha final para la firma de la Convención de 1988 fue el 20 de diciembre de 1989, todo Estado u organización que no la hubiera firmado a esa fecha podía utilizar el procedimiento de la adhesión si deseaba pasar a ser parte en la Convención. Normalmente se imponen límites a los períodos durante los cuales las convenciones de las Naciones Unidas están abiertas a la firma en la esperanza de que ello alentará a los Estados

⁹¹¹*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/12, "Proyecto de cláusulas finales" (E/CONF.82/C.2/L.13/Add.12), secc. II, párr. 2, pág. 179.

a actuar lo más rápidamente posible. Dado que las convenciones normalmente quedan abiertas a la adhesión sin límite de tiempo, los Estados u otras entidades pueden, sin embargo, utilizar en cualquier momento la opción de la adhesión.

28.3 El párrafo 2 del artículo 28 repite el requisito contenido en el párrafo 2 del artículo 27, en cuanto a la necesidad de que las organizaciones regionales de integración económica declaren el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la Convención. También se debe comunicar al Secretario General cualquier modificación del alcance de esa competencia.

Artículo 29

ENTRADA EN VIGOR

El artículo en su totalidad

1. La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado ante el Secretario General el vigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión por los Estados o por Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia.
2. Para cada Estado o para Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia, que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención o se adhiera a ella después de haberse depositado el vigésimo instrumento de ratificación, de aceptación, de aprobación o de adhesión, la presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha en que tal Estado o Namibia haya depositado dicho instrumento de ratificación, de aceptación, de aprobación o de adhesión.
3. Para cada organización regional de integración económica a la que se hace referencia en el inciso *c*) del artículo 26, que deposite un instrumento relativo a un acto de confirmación formal o un instrumento de adhesión, la presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha en que se haya efectuado ese depósito, o en la fecha en que la presente Convención entre en vigor conforme al párrafo 1 del presente artículo, si esta última es posterior.

Comentarios

29.1 Las cuestiones principales que se plantearon cuando se estaba elaborando el artículo 29 durante el proceso preparatorio, y más tarde en la Conferencia, se referían a lo siguiente:

- a)* El número de instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que se requerían para la entrada en vigor;
- b)* El tiempo que debía pasar después del depósito del número necesario de instrumentos para que la Convención entrara en vigor;
- c)* El tiempo que debía pasar entre el depósito en cada caso de un instrumento por un Estado u otra entidad a la que estaba abierta la Convención y la entrada en vigor de la Convención respecto de ese Estado o entidad.

29.2 La Convención de 1961 había dispuesto la entrada en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que se hubiera depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación o adhesión y la entrada en vigor de la Convención para el signatario 30 días después de ese depósito. El Convenio de 1971, sin embargo, disponía la entrada en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha en que 40 Estados hubieran firmado el Convenio sin reserva de ratificación o hubieran depositado sus instrumentos de ratificación o de adhesión. Después de esa fecha, el Convenio entraría en vigor respecto del Estado que depositase un instrumento 90 días después de ese depósito.

29.3 Las disposiciones del que finalmente sería el artículo 29 contenían, en la propuesta básica que la Conferencia tuvo ante sí, dos variantes⁹¹². Ambas, sin embargo, proponían opciones de entrada en vigor el trigésimo, sexagésimo o nonagésimo día después de que 20, 30 o 40 Estados hubieran tomado las medidas necesarias para pasar a ser partes en la Convención. Después de esa fecha, las medidas que tomaran los Estados para pasar a ser partes en la Convención tendrían efecto el trigésimo, el sexagésimo o el nonagésimo día después de adoptada esa medida. El proyecto de cláusulas finales propuesto por la Secretaría⁹¹³ a petición de la Mesa de la Conferencia disponía que la Convención entraría en vigor el trigésimo día después del depósito del vigésimo, el trigésimo o el cuadragésimo instrumento de ratificación o adhesión. Después de la entrada en vigor de la Convención, todo instrumento depositado tendría efecto el trigésimo día después del depósito.

29.4 El Japón propuso una enmienda⁹¹⁴ a la propuesta básica en el sentido de que la Convención entraría en vigor 90 días después del depósito del número de instrumentos necesarios.

29.5 Todos estos textos fueron examinados por el Grupo de Trabajo sobre Cláusulas Finales, que recomendó el texto del artículo que finalmente se aprobó. Con excepción de modificaciones de redacción, este texto fue aprobado por la Conferencia. Al presentar el proyecto de artículo en la Comisión, el Presidente del Grupo de Trabajo explicó⁹¹⁵ que las deliberaciones del Grupo habían revelado un consenso en el sentido de que era conveniente que la Convención entrara en vigor lo antes posible y que, por lo tanto, el número de instrumentos que debían depositarse a tal fin no fuera innecesariamente grande. El Grupo de Trabajo optó por 20 instrumentos y acordó que, para que los Estados pudieran finalizar todas las formalidades internas necesarias, debían pasar 90 días entre el depósito de un instrumento y la entrada en vigor respecto de la entidad depositante. El texto recomendado por el Grupo de Trabajo no fue objeto de comentarios ni en la Comisión II ni en la plenaria cuando se examinaron y aprobaron las cláusulas finales.

29.6 El artículo 29 parece no requerir ningún otro comentario. Cabe señalar, sin embargo, que para la entrada en vigor de la Convención se cuentan sólo los instrumentos depositados por los Estados, o por Namibia, representada por el Consejo de

⁹¹²Ibíd., documento E/CONF.82/3, anexo II ("artículo 21"), pág. 92.

⁹¹³Ibíd., documento E/CONF.82/12, "Proyecto de cláusulas finales" (E/CONF.82/C.2/ L.13/Add.12), secc. II, párr. 2, pág. 179.

⁹¹⁴Ibíd., párrs. 3 y 4, pág. 181.

⁹¹⁵*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 30a. sesión, párr. 8.

las Naciones Unidas para Namibia⁹¹⁶. Los actos de confirmación formales de las organizaciones regionales de integración económica no cuentan a este fin. La exclusión probablemente dimana del hecho de que esas organizaciones sólo tienen competencia limitada respecto de las cuestiones regidas por la Convención, y sólo los Estados tienen plena competencia a este respecto⁹¹⁷.

⁹¹⁶La Convención entró en vigor el 11 de noviembre de 1990, 90 días después del depósito, el 13 de agosto de 1990, del instrumento de ratificación de España. Véanse las fechas de la firma y depósito de actos de adhesión en *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General: Status as at 31 December 1997* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: E.98.V.2), cap. VI, secc. 19.

⁹¹⁷Véase la información sobre la entrada en vigor de la Convención en "Introducción", párr. 25 *supra*.

Artículo 30

DENUNCIA

El artículo en su totalidad

1. Cada una de las Partes podrá en cualquier momento denunciar la presente Convención mediante notificación escrita dirigida al Secretario General.
2. La denuncia surtirá efecto para la Parte interesada un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General.

Comentarios

30.1 El artículo 30 es una versión simplificada de los artículos sobre denuncia 46 y 29, respectivamente, de la Convención de 1961 y el Convenio de 1971. Esos instrumentos, a diferencia del presente, no permiten la denuncia hasta dos años después de expirada la fecha en que entraron en vigor. Una variante de proyecto de artículo de la propuesta básica que la Conferencia tuvo ante sí⁹¹⁸ y el proyecto de artículo incluido en las cláusulas finales preparadas por la Secretaría a petición de la Mesa⁹¹⁹ también disponían que la denuncia sólo se podía efectuar dos años después de la entrada en vigor de la Convención. Una segunda variante del proyecto de artículo de la propuesta básica omitía ese requisito. Como se indica más adelante, se adoptó esta última variante.

30.2 Los artículos 46 y 29, respectivamente, de la Convención de 1961 y el Convenio de 1971, disponen que la denuncia, si es recibida por el Secretario General antes del 1.º de julio de cualquier año o en dicho día, surtirá efecto a partir del 1.º de enero del año siguiente, y si se recibe después del 1.º de julio, la denuncia surtirá efecto como si hubiera sido recibida antes del 1.º de julio del año siguiente o en ese día. Estas disposiciones detalladas tuvieron su origen en las disposiciones relativas a la presentación de estimaciones o informes anuales en virtud de esos instrumentos. Esas consideraciones no se aplican a la Convención de 1988.

30.3 La Convención de 1988, en el párrafo 2 de su artículo 30, dispone simplemente que la denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General. El texto se había propuesto en la segunda variante del proyecto de artículo de la propuesta básica y en el proyecto de

⁹¹⁸*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, anexo II, págs. 92 y 93.

⁹¹⁹*Ibíd.*, documento E/CONF.82/12, "Proyecto de cláusulas finales" (E/CONF.82/C.2/L.13/Add.12), párr. 2 ("artículo 25"), pág. 179.

artículo preparado por la Secretaría⁹²⁰. Al presentar el informe del Grupo de Trabajo sobre Cláusulas Finales en la Comisión II, el Presidente del Grupo de Trabajo explicó que las deliberaciones sobre el artículo se habían centrado en la cuestión de si una parte, en interés de la estabilidad de las obligaciones de los tratados, debía ser obligada a seguir siendo parte por un número de años antes de que pudiera denunciar la Convención. Como el texto proponía que la denuncia tuviera efecto sólo un año después de la notificación, sin embargo, se acordó por consenso en el Grupo de Trabajo no incluir ningún otro plazo⁹²¹. La Comisión II aprobó sin deliberaciones el texto del Grupo de Trabajo y éste tampoco dio lugar a comentarios cuando las cláusulas finales se examinaron en la plenaria.

30.4 La Convención de 1961 y el Convenio de 1971 prevén la denuncia por una parte en nombre de un territorio sobre el que tiene responsabilidad internacional, ya que ambos instrumentos tienen artículos sobre aplicación territorial (artículos 42 y 27, respectivamente). La Convención de 1988 no contiene una disposición semejante ya que no incluye un artículo sobre aplicación territorial. La cuestión se sigue resolviendo en virtud de las disposiciones del derecho internacional general y de la práctica del Secretario General como depositario (véase “Aplicación territorial” en el anexo II, sección B, *infra*).

⁹²⁰Ibíd.

⁹²¹*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 30a. sesión, párr. 10.

Artículo 31

ENMIENDAS

El artículo en su totalidad

1. Cualquiera de las Partes podrá proponer una enmienda a la presente Convención. Dicha Parte comunicará el texto de cualquier enmienda así propuesta y los motivos de la misma al Secretario General, quien, a su vez, comunicará la enmienda propuesta a las demás Partes y les preguntará si la aceptan. En el caso de que la propuesta de enmienda así distribuida no haya sido rechazada por ninguna de las Partes dentro de los veinticuatro meses siguientes a su distribución, se considerará que la enmienda ha sido aceptada y entrará en vigor respecto de cada una de las Partes 90 días después de que esa Parte haya depositado ante el Secretario General un instrumento en el que exprese su consentimiento a quedar obligada por esa enmienda.

2. Cuando una propuesta de enmienda haya sido rechazada por alguna de las Partes, el Secretario General consultará con las Partes y, si la mayoría de ellas lo solicita, someterá la cuestión, junto con cualquier observación que haya sido formulada por las Partes, a la consideración del Consejo, el cual podrá decidir convocar una conferencia de conformidad con el párrafo 4 del Artículo 62 de la Carta de las Naciones Unidas. Las enmiendas que resulten de esa conferencia serán incorporadas en un Protocolo de Modificación. El consentimiento en quedar vinculada por dicho Protocolo deberá ser notificado expresamente al Secretario General.

Comentarios

31.1 La Convención de 1961 y el Convenio de 1971 contienen artículos virtualmente idénticos sobre enmiendas, en virtud de los cuales una parte puede proponer enmiendas al Consejo Económico y Social, por conducto del Secretario General. El Consejo puede entonces decidir si convoca a una conferencia para que examine la enmienda o si pide a las partes que acepten la enmienda. En este último caso, si ninguna parte rechaza la enmienda dentro de los 18 meses de la fecha en que la distribuyó el Consejo, la enmienda entrará en vigor. En caso de que haya un rechazo, el Consejo debe decidir si convocar o no a una conferencia para considerar la enmienda. El párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de 1988 dispone un procedimiento similar para distribuir una enmienda propuesta, con la excepción de que se deja de lado al Consejo y el Secretario General procede a distribuir la enmienda en virtud de su propia autoridad. El párrafo 1 del artículo 31 también introduce una disposición

que no figura en los otros instrumentos, es decir, que una enmienda aceptada en virtud del párrafo 1 sólo entra en vigor para una parte en la Convención después que se haya presentado un instrumento en el que se exprese su consentimiento a quedar obligada por esa enmienda. Cabe señalar que en el artículo 12 de la Convención, sobre sustancias frecuentemente utilizadas en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, el procedimiento para enmendar el Cuadro I y el Cuadro II es totalmente diferente. En virtud del artículo 12 no se requiere el depósito de un instrumento de aceptación de una enmienda al Cuadro I o al Cuadro II hecha por la Comisión, ni hay ninguna posibilidad de hacerla. Una parte, sin embargo, puede pedir que el Consejo examine la enmienda hecha de esa forma y éste tendrá la autoridad final para confirmar o anular la decisión de la Comisión⁹²².

31.2 El correspondiente proyecto de artículo sobre enmiendas de la propuesta básica que la Conferencia tuvo ante sí⁹²³, y el proyecto de artículo incluido en el proyecto de cláusulas finales propuesto por la Secretaría⁹²⁴ a petición de la Mesa, repetían esencialmente las disposiciones de la Convención de 1961 y el Convenio de 1971. Una adición hecha en el texto de la Secretaría hubiera permitido al Consejo Económico y Social, a la luz de los comentarios recibidos, adoptar un texto revisado sobre una enmienda propuesta por una parte antes de determinar cuál de los dos procedimientos establecidos habría de seguir.

31.3 El Japón presentó a la Conferencia una enmienda⁹²⁵ en el sentido de que la aceptación de una enmienda “dependerá de la decisión de cada una de las Partes”.

31.4 Al presentar el proyecto de artículo en la Comisión II, el Presidente del Grupo de Trabajo sobre Cláusulas Finales señaló que este artículo había sido objeto de debates considerables y que había una preferencia por una cláusula que dejara el procedimiento de enmienda principalmente al arbitrio de las partes más que a un órgano como el Consejo Económico y Social, en el que podrían predominar los Estados no partes. Una sugerencia de los Países Bajos, respaldada por el Grupo de Trabajo, establecía un procedimiento para distribuir una enmienda propuesta, permitiendo su entrada en vigor después de un período prolongado si no había objeciones de ninguna de las partes. Algunos representantes en el Grupo de Trabajo habían señalado que, por razones de índole constitucional, en general no estaban a favor de la “aprobación tácita” de las enmiendas dispuesta en el proyecto de artículo. Ahora bien, cualquier Estado podía oponer una objeción a una enmienda propuesta y, de esa forma, no quedaría obligado de ninguna forma sin su consentimiento, y el período de dos años previsto en el párrafo 1 daría a un Estado tiempo suficiente para completar los procedimientos legislativos necesarios antes de que la enmienda entrara en vigor. Los representantes que habían expresado su preocupación en el Grupo de Trabajo habían acordado que, siempre que se dejara constancia de sus opiniones, no se opondrían a un consenso sobre el proyecto de artículo⁹²⁶.

⁹²²Véanse, *supra*, los comentarios al artículo 12.

⁹²³*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, anexo II (“artículo 24”), pág. 93.

⁹²⁴*Ibid.*, documento E/CONF.82/12, “Proyecto de cláusulas finales” (E/CONF.82/C.2 L.13/Add.12), secc. II, párr. 2, pág. 179.

⁹²⁵*Ibid.*, párrs. 3 y 4.

⁹²⁶*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 30a. sesión, párr. 11.

31.5 El Presidente del Grupo de Trabajo agregó que el Consultor Jurídico, respondiendo a una consulta específica del representante del Japón, había explicado que un Estado no estaría en ningún caso obligado por ninguna enmienda sin su consentimiento. Había añadido que, en virtud del “procedimiento de aprobación tácita”, los Estados tenían el derecho incondicional de objetar durante un período de dos años; además, si se presentaba una enmienda en una conferencia, los resultados de esa conferencia debían consagrarse en un protocolo de enmienda, y cualquier Estado que no aprobara esa enmienda podía negarse a ser parte en el protocolo. El representante del Japón retiró entonces su enmienda al proyecto de artículo⁹²⁷.

31.6 El artículo sobre enmiendas propuesto por el Grupo de Trabajo decía lo siguiente:

“Enmiendas

“1. Cualquiera de las Partes podrá proponer una enmienda a la presente Convención. Dicha Parte comunicará el texto de cualquier enmienda así propuesta y los motivos de la misma al Secretario General, quien, a su vez, comunicará la enmienda propuesta a las demás Partes y les preguntará si la aceptan. En caso de que la propuesta de enmienda así distribuida no haya sido rechazada por ninguna de las Partes dentro de los 24 meses siguientes a su distribución, se considerará que la enmienda ha sido aceptada y entrará en vigor tras un período adicional de un año.

“2. Cuando una propuesta de enmienda haya sido rechazada por alguna de las Partes, el Secretario General consultará con las Partes y, si la mayoría de ellas lo solicita, someterá la cuestión, junto con las observaciones al respecto presentadas por las Partes, a la consideración del Consejo, el cual podrá decidir convocar una conferencia de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 62 de la Carta de las Naciones Unidas.”⁹²⁸

31.7 El proyecto de artículo mencionado *supra* fue examinado por la Comisión II, donde el representante del Brasil propuso varias enmiendas orales⁹²⁹, la primera de las cuales consistía en suprimir, al final del párrafo 1, las palabras “tras un período adicional de un año” y sustituirlas por el texto que actualmente tiene este párrafo en el sentido de que la enmienda entraría en vigor respecto de cada una de las Partes 90 días después de que esa Parte hubiera depositado ante el Secretario General un instrumento en el que expresara su consentimiento a quedar obligada por esa enmienda. Propuso también añadir al párrafo 2 las dos últimas oraciones que actualmente figuran en el texto del artículo. Aunque algunos representantes preferían el texto del artículo tal como lo había propuesto el Grupo de Trabajo, acordaron, para facilitar el consenso, aceptar las enmiendas del Brasil, que habían recibido amplio apoyo. Cuando las cláusulas finales se examinaron en sesión plenaria no se hicieron comentarios sobre este artículo, en su forma revisada.

⁹²⁷Ibíd., párr. 12.

⁹²⁸*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/12, “Proyecto de cláusulas finales” (E/CONF.82/C.2/L.13/Add.12), secc. III, párr. 8 (“artículo 25”), pág. 183.

⁹²⁹*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 31a. sesión, párrs. 3 a 18.

31.8 El proyecto de artículo sobre enmiendas propuesto por el Grupo de Trabajo tenía claramente por objeto, en el párrafo 1, establecer un procedimiento en virtud del cual, por consentimiento tácito, se acelerarían las enmiendas que fueran generalmente aceptables. Ahora bien, la introducción en la Comisión II del requisito de que cada parte aceptara expresamente la enmienda mediante el depósito de un instrumento ante el Secretario General podía en la práctica negar la intención original del párrafo y dar lugar a una situación en la que algunos, pero no todos, los Estados podían ser partes en la Convención en su forma enmendada, aun en casos en que la enmienda no hubiera dado lugar a objeciones. Habrá que ver si, en esas circunstancias, las partes no preferirían el procedimiento previsto en el párrafo 2 del artículo para convocar una conferencia. Además, la inclusión de este artículo *per se* no impide al Consejo Económico y Social o a la Asamblea General adoptar otros procedimientos de enmienda. En los comentarios a la Convención de 1961 y al Convenio de 1971, esta posibilidad se trata a fondo en los artículos 47 y 30, respectivamente⁹³⁰.

31.9 En cuanto a los procedimientos para enmendar el Cuadro I y el Cuadro II anexos a la Convención, véanse los comentarios sobre el artículo 12, en particular sobre los párrafos 2 a 5 (véanse los párrafos 12.15 a 12.22 *supra*).

⁹³⁰Véanse los Comentarios a la Convención de 1961, párrafos 1 a 3 de los comentarios sobre el artículo 47; y los Comentarios al Convenio de 1971, párrafos 2 a 4 de los comentarios sobre el artículo 30.

Artículo 32

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El artículo en su totalidad

1. En caso de controversia acerca de la interpretación o de la aplicación de la presente Convención entre dos o más Partes, éstas se consultarán con el fin de resolverla por vía de negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, recurso a organismos regionales, procedimiento judicial u otros medios pacíficos de su elección.
2. Toda controversia de esta índole que no haya sido resuelta en la forma prescrita en el párrafo 1 del presente artículo será sometida, a petición de cualquiera de los Estados Partes en la controversia, a la decisión de la Corte Internacional de Justicia.
3. Si una de las organizaciones regionales de integración económica, a las que se hace referencia en el inciso c) del párrafo 26, es una Parte en una controversia que no haya sido resuelta en la forma prescrita en el párrafo 1 del presente artículo, podrá, por conducto de un Estado Miembro de las Naciones Unidas, pedir al Consejo que solicite una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia de conformidad con el artículo 65 del Estatuto de la Corte, opinión que se considerará decisiva.
4. Todo Estado, en el momento de la firma o la ratificación, la aceptación o la aprobación de la presente Convención o de su adhesión a la misma, o toda organización regional de integración económica en el momento de la firma o el depósito de un acto de confirmación formal o de la adhesión, podrá declarar que no se considera obligado por los párrafos 2 y 3 del presente artículo. Las demás Partes no estarán obligadas por los párrafos 2 y 3 del presente artículo ante ninguna Parte que haya hecho dicha declaración.
5. Toda Parte que haya hecho la declaración prevista en el párrafo 4 del presente artículo podrá retirarla en cualquier momento notificándolo al Secretario General.

Comentarios

32.1 El párrafo 1 del artículo 32 de la Convención de 1988 tiene esencialmente el mismo texto, salvo cambios de redacción, que las disposiciones correspondientes de la Convención de 1961 y el Convenio de 1971 (párrafo 1 del artículo 48, y párrafo 1

del artículo 31, respectivamente). Las observaciones sobre esos párrafos que figuran en los comentarios a los instrumentos anteriores son, por lo tanto, fuentes de información pertinentes. El párrafo 1 del artículo 32 de la Convención de 1988 sigue al párrafo 1 del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas en su enunciación de los diversos métodos de solución de controversias. En los comentarios sobre el artículo 31 del Convenio de 1971 figura una explicación de algunos de esos métodos⁹³¹.

32.2 El párrafo 2 del artículo 32 de la Convención de 1988 repite esencialmente el párrafo 2 del artículo 31 del Convenio de 1971, que era un perfeccionamiento del texto correspondiente del párrafo 2 del artículo 48 de la Convención de 1961. En el Convenio de 1971 se añadieron las palabras “a petición de cualquiera de las partes en la controversia” después de las palabras “será sometida”. Estas palabras, que faltaban en la Convención de 1961, aclaran las dudas que pudieran haber existido en virtud de esa Convención en cuanto a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia para los casos en que una o más, pero no todas, las partes en una controversia hicieran necesario el sometimiento de la cuestión a la Corte⁹³². En la Convención de 1988 se agregó la palabra “Estados” antes de la palabra “Partes”, ya que la Convención está abierta a entidades distintas de los Estados (véase el artículo 26). El párrafo 1 del artículo 34 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dispone que “sólo los Estados podrán ser partes en casos que se sometan a la Junta”. Por consiguiente, se requieren otros procedimientos de solución de controversias cuando una parte en ellas sea una entidad distinta de un Estado.

32.3 El párrafo 3 del artículo 32, por lo tanto, prevé la situación en que una organización regional de integración económica sea parte en una controversia que no puede resolverse con arreglo a lo prescrito en el párrafo 1. El párrafo establece el procedimiento para obtener, por conducto del Consejo Económico y Social, una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia y dispone también que esa opinión será “decisiva”, dando de esta forma a la opinión el mismo carácter vinculante que un dictamen de la Corte en virtud del párrafo 2 del artículo.

32.4 En virtud del párrafo 4 del artículo 32, los Estados o las organizaciones regionales de integración económica pueden declarar que no se consideran obligados por los párrafos 2 y 3 del artículo en el momento de la firma de la Convención de 1988 o cuando pasen a ser parte en ella. Por lo tanto, esta disposición tiene el efecto de permitir a cualquier Estado u organización regional de integración económica hacer una reserva mediante una declaración en virtud del párrafo 4. El efecto de esa declaración es dejar sin efecto los párrafos 2 y 3 entre el Estado o la organización que hacen la declaración y los otros Estados y organizaciones que no han hecho esas declaraciones.

32.5 El párrafo 5 dispone que una parte podrá retirar en cualquier momento una declaración que haya hecho en virtud del párrafo 4 mediante notificación al Secretario General, haciendo efectivos de esta forma los párrafos 2 y 3 entre el Estado u organización que retira la declaración y todos los otros Estados y organizaciones que no hubieran hecho esas declaraciones. Una vez retirada, esa declaración no puede volverse a hacer. El párrafo 5 se refiere sólo al retiro de una declaración por una “Parte”. En virtud del párrafo 4, sin embargo, las declaraciones se pueden hacer tam-

⁹³¹Comentarios al Convenio de 1971, párrafos 2 a 4 de los comentarios sobre el artículo 31.

⁹³²Comentarios a la Convención de 1961, párrafo 3 de los comentarios sobre el artículo 48.

bién en el momento de la firma o en el momento en que un signatario pasa a ser parte. El hecho de que en el párrafo 5 no se haga ninguna referencia al retiro de una declaración por un signatario antes de que pase a ser parte probablemente carezca de importancia práctica, ya que el artículo en su totalidad sólo entra en efecto después que un Estado u organización pasa a ser parte.

32.6 El artículo 32 representa una solución de transacción a que se llegó durante la Conferencia entre los participantes que preferían la solución obligatoria de las controversias, en última instancia, por la Corte Internacional de Justicia y los que no favorecían ese criterio. Dado que la Conferencia actuaba por consenso (“Introducción”, párrafo 25 *supra*), un artículo que reflejara ambos puntos de vista era la única solución de transacción posible.

32.7 El proyecto de artículo sobre controversias de la propuesta básica que la Conferencia tuvo ante sí contenía dos variantes⁹³³. En la primera se repetían esencialmente las disposiciones del artículo 31 del Convenio de 1971. En la segunda se disponía la negociación como primera instancia de solución y, de ser necesario, el arbitraje. Si dentro de los seis meses de una petición de arbitraje las partes no podían acordar su organización, cualquiera de las partes podía remitir la controversia a la Corte Internacional de Justicia. La segunda variante también disponía que un Estado podía, en el momento de la firma o la ratificación, declarar que no se consideraba obligado por la última disposición relativa a la remisión a la Corte Internacional de Justicia.

32.8 El proyecto de artículo sobre controversias preparado por la Secretaría⁹³⁴ a petición de la Mesa de la Conferencia contenía dos variantes, la primera de las cuales era sustancialmente similar a los párrafos 1, 2 y 3 del texto que aprobó la Conferencia. Los párrafos 4 y 5 del artículo, en la forma en que se aprobaron posteriormente, no estaban incluidos en esa variante. La segunda variante seguía las líneas de la segunda variante de la propuesta básica (véase el párrafo 32.7 *supra*), con la adición de una disposición relativa a una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia cuando una parte en la controversia fuera una organización regional de integración económica, y la adición de un párrafo sobre el retiro de una declaración de no aceptación del procedimiento de controversias idéntica a la que en última instancia se aprobó como párrafo 5 del artículo 32.

32.9 El Grupo de Trabajo sobre Cláusulas Finales consideró los diversos textos a que se hace referencia en los párrafos 32.7 y 32.8 *supra* y una enmienda de Turquía al proyecto de artículo⁹³⁵ cuyo efecto era el mismo de los párrafos 4 y 5 que finalmente aprobó la Comisión II y luego la Conferencia.

32.10 Al presentar en la Comisión II el texto propuesto por el Grupo de Trabajo sobre Cláusulas Finales⁹³⁶, su Presidente explicó que el artículo sobre controversias propuesto por el Grupo de Trabajo combinaba varias características de las dos variantes del proyecto de cláusulas finales de la Secretaría junto con la enmienda de

⁹³³*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, anexo II (“artículo 26”).

⁹³⁴*Ibid.*, documento E/CONF.82/12, “Proyecto de cláusulas finales” (E/CONF.82/C.2 L.13/Add.12), secc. II, párr. 2 (“artículo 28”), pág. 180.

⁹³⁵*Ibid.*, párrs. 3 y 4 (“artículo 28”), pág. 181.

⁹³⁶*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 30a. sesión, párrs. 14 y 15.

Turquía. La segunda de esas enmiendas, en el sentido que el instrumento unilateral a que se hace referencia en los párrafos 4 y 5 debía denominarse “una declaración” en lugar de una “reserva”, había dado lugar a extensos debates. En general, se había acordado que esa declaración tendría el efecto pleno de una reserva y que eso no estaba fuera de lugar en vista de las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁹³⁷, en la que una reserva, cualquiera fuera su nombre, se definía utilizando la palabra “declaración”.

32.11 En las deliberaciones de la Comisión II sobre el texto del Grupo de Trabajo, varios representantes indicaron su preferencia por un texto que omitiera los párrafos 4 y 5, evitando de esta forma la situación que podría plantearse cuando una controversia no pudiera ser resuelta definitivamente por todas las partes en ella debido a que una o más no aceptaban los párrafos 2 y 3 del artículo. No obstante, se reconoció que el texto propuesto por el Grupo de Trabajo constituía una transacción y la Comisión lo aprobó⁹³⁸; durante el examen de este artículo en la plenaria no se hicieron comentarios.

32.12 Puede entenderse que el artículo 32 deja abierta la cuestión de lo que sucedería si una parte pedía que se sometiera la cuestión a la Corte Internacional de Justicia y otra parte (por ejemplo una que haya hecho una declaración en virtud del párrafo 2) indicaba que tenía objeciones a que la controversia se remitiera a la Corte. En esas circunstancias, la Corte tendría que determinar si tenía o no competencia. Dado el texto del artículo y la jurisprudencia de la Corte, la respuesta probablemente sería afirmativa.

⁹³⁷Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331.

⁹³⁸*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 31a. sesión, párrs. 19 a 30.

Artículo 33

TEXTOS AUTÉNTICOS

Párrafo único

Los textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso de la presente Convención son igualmente auténticos.

Comentarios

33.1 El Artículo 111 de la Carta de las Naciones Unidas dispone que los textos auténticos de la Carta son los textos en chino, español, francés, inglés y ruso. Por lo tanto, la práctica de las principales convenciones multilaterales concertadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas ha sido la de proporcionar textos auténticos en esos idiomas, y ejemplos de ello son la Convención de 1961, el Convenio de 1971 y el Protocolo de 1972. La Asamblea General, por resolución 3190 (XXVIII) decidió incluir el árabe entre sus idiomas oficiales y de trabajo. En su resolución 35/219 A, la Asamblea decidió incluir el árabe entre los idiomas oficiales y de trabajo de sus órganos subsidiarios, a más tardar el 1.º de enero de 1982, y pidió al Consejo Económico y Social que incluyese el árabe entre sus idiomas oficiales, a más tardar el 1.º de enero de 1983. Por decisión 1982/147, el Consejo, en cumplimiento de la resolución 35/219 A de la Asamblea, decidió incluir el árabe entre sus idiomas oficiales con efecto al 1.º de enero de 1983. Por consiguiente, el árabe es uno de los idiomas de los textos auténticos de la Convención de 1988.

33.2 La propuesta básica ante la Conferencia⁹³⁹ no contenía un artículo sobre los textos auténticos. No obstante, se incluyó uno en el proyecto de cláusulas finales preparado por la Secretaría⁹⁴⁰ a petición de la Mesa. Este texto fue presentado a la Comisión II por el Presidente del Grupo de Trabajo con la indicación de que “se explicaba por sí solo”⁹⁴¹, y fue aprobado, como se proponía, por la Comisión. En la plenaria fue aprobado sin comentarios.

⁹³⁹*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, anexo II, pág. 94.

⁹⁴⁰Ibíd., documento E/CONF.82/12, “Proyecto de cláusulas finales” (E/CONF.82/C.2 L.13/Add.12), secc. II, párr. 2 (“artículo 29”), pág. 185.

⁹⁴¹*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 30a. sesión, párr. 16.

Artículo 34

DEPOSITARIO

Párrafo único

El Secretario General será el depositario de la presente Convención.

Comentarios

34.1 El artículo 34 refleja, en forma simplificada, la práctica más reciente de las Naciones Unidas. A diferencia de la Convención de 1961, el Convenio de 1971 y el Protocolo de 1972, no intenta explicar ciertas funciones del depositario⁹⁴².

34.2 La propuesta básica ante la Conferencia de 1988⁹⁴³ contenía un proyecto de artículo en el que se enumeraban diversas notificaciones que debía enviar el Secretario General en su calidad de depositario. El artículo que se aprobó, sin embargo, era el establecido en el proyecto de cláusulas finales preparado por la Secretaría⁹⁴⁴ a petición de la Mesa. Al presentar en la Comisión II el informe del Grupo de Trabajo sobre Cláusulas Finales, su Presidente se refirió a la explicación dada por el Consultor Jurídico⁹⁴⁵ de que, desde la aprobación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁹⁴⁶, el Secretario General había aconsejado no incluir artículos detallados sobre cuestiones como la notificación o transmisión de copias certificadas y había establecido una práctica de las Naciones Unidas en consonancia con los requisitos de esa Convención. El artículo fue aprobado por la Comisión II y por la plenaria sin modificaciones.

34.3 Las funciones de un depositario se establecen en el artículo 77 de la Convención de Viena de 1969, que dispone lo siguiente:

“Funciones de los depositarios

“1. Salvo que el tratado disponga o los Estados contratantes convengan otra cosa al respecto, las funciones del depositario comprenden en particular las siguientes:

“a) Custodiar el texto original del tratado y los plenos poderes que se le hayan remitido;

⁹⁴²Convención de 1961, artículo 51; Convenio de 1971, artículo 33; y Protocolo de 1972, artículo 22.

⁹⁴³*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, anexo II (“artículo 27”), pág. 94.

⁹⁴⁴Ibíd., documento E/CONF.82/12, “Proyecto de cláusulas finales” (E/CONF.82/C.2 L.13/Add.12), secc. II, párr. 2 (“artículo 30”), pág. 185.

⁹⁴⁵*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 30a. sesión, párr. 17.

⁹⁴⁶Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331.

“b) Extender copias certificadas conformes del texto original y preparar todos los demás textos del tratado en otros idiomas que puedan requerirse en virtud del tratado y transmitirlos a las partes en el tratado y a los Estados facultados para llegar a serlo;

“c) Recibir las firmas del tratado y recibir y custodiar los instrumentos, notificaciones y comunicaciones relativos a éste;

“d) Examinar si una firma, un instrumento o una notificación o comunicación relativos al tratado están en debida forma y, de ser necesario, señalar el caso a la atención del Estado de que se trate;

“e) Informar a las partes en el tratado y a los Estados facultados para llegar a serlo de los actos, notificaciones y comunicaciones relativos al tratado;

“f) Informar a los Estados facultados para llegar a ser partes en el tratado de la fecha en que se ha recibido o depositado el número de firmas o de instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión necesario para la entrada en vigor del tratado;

“g) Registrar el tratado en la Secretaría de las Naciones Unidas;

“h) Desempeñar las funciones especificadas en otras disposiciones de la presente Convención.

“2. De surgir alguna discrepancia entre un Estado y el depositario acerca del desempeño de las funciones de éste, el depositario señalará la cuestión a la atención de los Estados signatarios y de los Estados contratantes o, si corresponde, del órgano competente de la organización internacional interesada.”

34.4 Además de las funciones normales del depositario establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la Convención de 1988 contiene disposiciones que confieren ciertas responsabilidades expresas al Secretario General, ejemplos de las cuales se pueden encontrar en las siguientes: inciso e) del párrafo 1 del artículo 5; párrafos 8 y 9 del artículo 7; párrafos 2, 3 y 6 e incisos a) y b) del párrafo 7 e inciso a) del párrafo 10 del artículo 12; párrafo 7 del artículo 17; e inciso a) del párrafo 1 del artículo 22.

Cláusula de atestación y párrafo final

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los abajo firmantes, debidamente autorizados para ello, han firmado la presente Convención.

HECHA EN VIENA, en un solo original, el día veinte de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho

35.1 La cláusula de atestación sigue la práctica más reciente de las Naciones Unidas en el sentido de que, a diferencia de la Convención de 1961, el Convenio de 1971 y el Protocolo de 1972, no dice que la Convención ha sido firmada por representantes “en nombre de sus respectivos gobiernos”. La razón de la omisión es que la Convención de 1988 está abierta a la firma, de conformidad con las disposiciones del artículo 26, no sólo en nombre de Estados, sino también en nombre de Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia, y de organizaciones regionales de integración económica que cumplan las condiciones establecidas en el inciso c) de ese artículo.

35.2 Además, la cláusula de atestación, a diferencia de la Convención de 1961, el Convenio de 1971 y el Protocolo de 1972, no contiene referencia alguna al depósito del texto original en los archivos de las Naciones Unidas o la transmisión de copias certificadas del mismo. Éstas se consideran ahora como funciones estándar del depositario dimanantes del artículo 34 de la Convención de 1988 y de las disposiciones estándar establecidas en el artículo 77 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (véase el párrafo 34.3 *supra*).

35.3 A diferencia de la Convención de 1961, el Convenio de 1971 y el Protocolo de 1972, el párrafo final de la Convención de 1988 indica que será firmado “en un solo original”, en lugar de “en una sola copia”. Se usó la palabra “original” para evitar las confusiones que se pudieran plantear en ciertos idiomas de la Convención con respecto al uso de la palabra “copia”, que denotaría un texto no original.

Quinta parte

CUADROS ANEXOS A LA CONVENCION

Anexo a la Convención

ANEXO

Cuadro I

Ácido lisérgico	Ergotamina
Efedrina	1-fenil-2-propanona
Ergometrina	Seudoefedrina

Las sales de las sustancias enumeradas en el presente cuadro, siempre que la existencia de dichas sales sea posible.

Cuadro II

Acetona	Anhídrido acético
Ácido antranílico	Éter etílico
Ácido fenilacético	Piperidina

Las sales de las sustancias enumeradas en el presente cuadro, siempre que la existencia de dichas sales sea posible.

Comentarios

36.1 El texto del proyecto de Convención anexo a la resolución 39/141 de la Asamblea General que se remitió a la Comisión como documento de trabajo (véase “Introducción”, párrafos 7 a 9 *supra*) no contenía ninguna propuesta de vigilancia o fiscalización de sustancias que, si bien no eran estupefacientes o sustancias sicotrópicas en sí mismas, podían utilizarse en la fabricación ilícita de drogas⁹⁴⁷. La primera mención de una propuesta de ese tipo figura en una reseña por escrito de la labor preparatoria que condujo a la aprobación de la Convención que figura en la nota del Secretario General sobre la iniciación de un proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes⁹⁴⁸, que la Comisión tuvo ante sí en su 31.º período de sesiones, en febrero de 1985. Como se señaló en ese documento, varios gobiernos y la propia Comisión se ocupaban desde hacía mucho tiempo de la cuestión de establecer medidas de fiscalización más estrictas sobre algunos productos químicos que eran esenciales para la fabricación de drogas ilícitas y que se encontraban fácilmente en el

⁹⁴⁷Véanse, *supra*, los comentarios sobre el artículo 12 (especialmente los párrafos 12.1 a 12.8) y, respecto de las medidas de fiscalización aplicables a las sustancias del Cuadro I o el Cuadro II, los comentarios sobre los párrafos 8 a 10 del artículo 12.

⁹⁴⁸E/CN.7/1985/19.

mercado lícito⁹⁴⁹. Sin embargo, no se especificaron sustancias concretas y el texto de lo que luego fue el artículo 12 del texto final de la Convención se elaboró en el entendimiento de que esas sustancias se identificarían más adelante.

36.2 De los comentarios que se recibieron de los gobiernos durante la etapa siguiente de la labor preparatoria (véase “Introducción”, párrafo 12 *supra*), resultaba evidente que se estaba obteniendo apoyo para ese tipo de medidas de fiscalización⁹⁵⁰ y esto se reflejó también durante las deliberaciones de la Comisión en su noveno período extraordinario de sesiones de febrero de 1986⁹⁵¹. En ese período de sesiones, los comentarios se refirieron otra vez a la conveniencia general de incluir un artículo sobre la fiscalización de ciertas sustancias, y se sugirió “que la Comisión elaborara una lista de productos químicos y precursores partiendo de la evaluación de las sustancias que hiciera la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes”⁹⁵². Ese procedimiento, que se refinó durante el proceso de redacción, constituyó en definitiva la base para enmendar el Cuadro I y el Cuadro II, anexos a la Convención⁹⁵³.

36.3 En su 32.º período de sesiones, celebrado en febrero de 1987, la Comisión examinó un proyecto preliminar de la Convención que el Secretario General había preparado a petición de la Comisión (véase “Introducción”, párrafos 16 y 17 *supra*) en el que por primera vez se hacía referencia a sustancias incluidas en la “Lista A” o la “Lista B”⁹⁵⁴. Las sustancias no se definieron ni identificaron, pero se hizo referencia a ellas tanto en el título del proyecto de artículo como en el texto del artículo con la denominación “sustancias químicas específicas”. La introducción de dos listas se debió a la distinción hecha durante las primeras deliberaciones entre “precursores”⁹⁵⁵ y “sustancias químicas esenciales” (incluidos los reactivos y los disolventes)⁹⁵⁶. La Comisión, en su 32.º período de sesiones, tuvo también ante sí los comentarios y las propuestas recibidos de los gobiernos en respuesta al proyecto preliminar⁹⁵⁷ y, por primera vez, los Estados Unidos presentaron una lista concreta de sustancias⁹⁵⁸. La propuesta de los Estados Unidos⁹⁵⁹ consistía en incluir las siguientes “sustancias químicas específicas” en la “Lista A” y la “Lista B”:

⁹⁴⁹E/CN.7/1985/19, párr. 16.

⁹⁵⁰Véase el informe del Secretario General sobre los comentarios y propuestas recibidos de los gobiernos acerca de un proyecto de convención sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (E/CN.7/1986/2), párrs. 62 a 70.

⁹⁵¹*Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 1986, Suplemento No. 3 (E/1986/23)*, párrs. 14 y 17.

⁹⁵²*Ibid.*, párr. 17.

⁹⁵³Véanse, *supra*, los comentarios sobre los párrafos 2 a 5 del artículo 12.

⁹⁵⁴*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CN.7/1987/2, secc. II (“artículo 8”), págs. 7 a 9.

⁹⁵⁵Véase la nota 540 *supra*.

⁹⁵⁶Véanse las notas 541 y 542 *supra*.

⁹⁵⁷“Elaboración de un proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas: informe del Secretario General” (E/CN.7/1987/2/Add.1).

⁹⁵⁸Es posible que otros Estados hayan presentado propuestas de inclusión de sustancias específicas en un artículo sobre medidas de vigilancia y fiscalización en respuesta a las diversas peticiones de contribuciones al proyecto de Convención que les dirigió el Secretario General; no obstante, si es que las hubo ninguna se reprodujo como parte de las constancias escritas.

⁹⁵⁹“Elaboración de un proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas: informe del Secretario General” (E/CN.7/1987/2/Add.1), párr. 480.

<i>Lista A</i>	<i>Lista B</i>
Ácido antranílico	Acetona
Ácido fenilacético	Anhídrido acético
Efedrina	Éter etílico
Ergonovina	
Ergotamina	
Fenil-2-propanona	
Piperidina	
Seudoefedrina	

La propuesta constituyó la base de nuevas deliberaciones en el grupo de expertos intergubernamentales de composición abierta establecido por el Consejo a petición de la Comisión (véase “Introducción”, párrafos 18 a 21, *supra*) y fue el punto de partida para examinar la cuestión en el documento de trabajo que el grupo de expertos tuvo ante sí⁹⁶⁰.

36.4 Tras la celebración de consultas oficiosas en el grupo de expertos, se presentó un nuevo texto del artículo 8 (que luego sería el artículo 12) y las listas conexas⁹⁶¹, en el que se indicaba que la “Lista A” contendría “precursores inmediatos” y la “Lista B” abarcaría las “sustancias químicas esenciales”. En la sección que figuraba al final del proyecto de artículo titulada “Proyecto de listas”, la distribución de las sustancias en las dos listas era la siguiente:

<i>Lista A</i>	<i>Lista B</i>
Ácido lisérgico	Acetona
Efedrina	Ácido antranílico
Ergometrina	Ácido fenilacético
Ergotamina	Anhídrido acético
Fenil-2-propanona	Éter etílico
Seudoefedrina	Piperidina

Las sustancias de la “Lista A” y la “Lista B”, que no se modificaron durante el resto de las sesiones del grupo de expertos intergubernamental de composición abierta, son idénticas a las del Cuadro I y el Cuadro II, respectivamente, que finalmente aprobó la Conferencia.

36.5 La cuestión de la inclusión de las sales de las sustancias se dejó abierta por el momento con la adición de la frase “se incluirá una nueva definición de las sustan-

⁹⁶⁰DND/DCIT/WP.1, párr. 676.

⁹⁶¹DND/DCIT/WP.8.

cias relativa a las sales, etc.”. Esa frase se mantuvo en los diversos proyectos que se examinaron en las tres reuniones del grupo de expertos intergubernamentales de composición abierta y el grupo de examen; la cuestión fue resuelta finalmente por la Conferencia (véase el párrafo 36.9, *infra*).

36.6 En el informe provisional del grupo de expertos intergubernamentales de composición abierta publicado después de su primera reunión en julio de 1987, el título del artículo decía “Medidas para vigilar o fiscalizar precursores inmediatos y sustancias químicas esenciales utilizados en la elaboración o fabricación ilícitas de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”⁹⁶². Aunque el grupo de expertos había propuesto definiciones provisionales de los términos “precursores inmediatos” y “sustancias químicas esenciales”⁹⁶³, tras nuevas deliberaciones resultó claro que no se podía llegar a un acuerdo sobre definiciones específicas y que esa distinción no era apropiada. El proyecto de artículo (con el nuevo título “Medidas de fiscalización de sustancias que se utilizan con frecuencia en la elaboración o fabricación ilícitas de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”), que figuraba en el informe publicado después de la segunda reunión del grupo de expertos en octubre de 1987, se refería sólo a “sustancias de la Lista A y la Lista B”⁹⁶⁴, y no indicaba que la “Lista A” debía incluir sólo los “precursores inmediatos” y la “Lista B” sólo las “sustancias químicas esenciales”. Esto resultó de un acuerdo para suprimir cualquier definición, con la consiguiente simplificación de la referencia sólo a sustancias de la “Lista A” o la “Lista B”, que se había recomendado durante las consultas oficiosas y que había contado con el respaldo del grupo de expertos⁹⁶⁵, el cual también había acordado incluir, provisionalmente, las sustancias propuestas⁹⁶⁶. Esta posición adoptada por el grupo de expertos de no considerar las sustancias de la “Lista A” o la “Lista B” como dos categorías distintas de sustancias (es decir, “precursores inmediatos” y “sustancias químicas esenciales”) fue luego adoptada por el grupo de examen y la Conferencia⁹⁶⁷.

36.7 En el décimo período extraordinario de sesiones de la Comisión, en febrero de 1988, los comentarios sobre el proyecto de artículo 8 se refirieron sólo al texto del proyecto en sí mismo, y no se hicieron comentarios sobre el contenido de la “Lista A” y la “Lista B” como tales⁹⁶⁸. La Comisión decidió transmitir el artículo como estaba redactado, incluidas la “Lista A” y la “Lista B”, a la Conferencia para que ésta decidiera sobre su contenido y formulación⁹⁶⁹.

⁹⁶²DND/DCIT/WP.12, pág. 26.

⁹⁶³DND/DCIT/WP.8.

⁹⁶⁴Informe de la reunión del grupo de expertos intergubernamentales abierto a la participación general sobre la preparación de un proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas” (E/CN.7/1988/2 (Part II)), anexos, pág. 51.

⁹⁶⁵*Documentos Oficiales*. vol. I ..., documento E/CN.7/1988/2 (Part II), párr. 179.

⁹⁶⁶*Ibid.*, párr. 160.

⁹⁶⁷En la práctica, los resultados obtenidos con el procedimiento de inclusión en las Listas desde la entrada en vigor de la Convención reflejan también la clara intención de los autores de que las sustancias del Cuadro I no necesariamente se consideren “precursores inmediatos”, ni las sustancias del Cuadro II se limiten a las “sustancias químicas esenciales”. La distinción entre el Cuadro I y el Cuadro II se refiere sólo a las medidas de fiscalización aplicables a las sustancias incluidas en ellos.

⁹⁶⁸Véase *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 1988, Suplemento No. 3 (E/1988/13)*, párrs. 39 a 50.

⁹⁶⁹*Ibid.*, párr. 50.

36.8 La Comisión II de la Conferencia dedicó total o parcialmente siete sesiones⁹⁷⁰ al examen del proyecto de artículo 8, que luego sería el artículo 12 del texto final, pero la mayoría de sus deliberaciones se refirieron al contenido técnico del artículo con respecto a las medidas que debían tomar las partes. No se volvió a examinar el contenido de la “Lista A” y la “Lista B” (más tarde el Cuadro I y el Cuadro II)⁹⁷¹. Al principio de las discusiones, se planteó la cuestión de dar un nuevo nombre a las listas⁹⁷². Más tarde, la República Democrática Alemana, apoyada por Francia, propuso que en la versión inglesa se cambiaran los nombres de “*List A*” y “*List B*” a “*Schedule I*” y “*Schedule II*”⁹⁷³. Tras consultas oficiosas, el Presidente anunció que una mayoría de las delegaciones prefería utilizar el término “*schedule*” que ya existía en los tratados internacionales de fiscalización de drogas, y la Comisión acordó introducir ese cambio⁹⁷⁴.

36.9 Al mismo tiempo, el Presidente propuso, y la Comisión aceptó, que se aclarara la cuestión de la situación de las sales de las sustancias incluidas en los cuadros (cuestión que estaba pendiente desde las reuniones del grupo de expertos intergubernamentales abierto a la participación de todos) agregando después de cada cuadro de sustancias las palabras “las sales de las sustancias enumeradas en el presente cuadro, siempre que la existencia de dichas sales sea posible”⁹⁷⁵.

36.10 En el Comité de Redacción, tras algunas dudas en cuanto a la palabra más adecuada en todos los idiomas para la noción de “lista”, el término que se aprobó en el texto inglés fue “*table*”, modificándose en la forma correspondiente el texto final del artículo 12 y el anexo de la Convención⁹⁷⁶. Los textos del artículo 12 y del anexo que contenía el Cuadro I y el Cuadro II fueron aprobados en sesión plenaria sin más discusiones en cuanto a su formulación.

36.11 Desde la entrada en vigor de la Convención el 11 de noviembre de 1990 hasta la publicación de los presentes *Comentarios* en 1998, el procedimiento de enmienda previsto en los párrafos 2 a 5 del artículo 12 se ha invocado una vez⁹⁷⁷, y el resultado fue la adición de varias sustancias tanto al Cuadro I como al Cuadro II. La enmienda que se proponía era incluir en el Cuadro I el ácido *N*-acetiltranfílico y

⁹⁷⁰*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, de 10a. a 16a. sesiones, págs. 261 a 283.

⁹⁷¹Véanse, sin embargo, el comentario del representante de Turquía de que el anhídrido acético debía figurar en la “Lista A” en lugar de la “Lista B” (*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 11a. sesión, párr. 30) y los comentarios del representante de Sri Lanka (*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 15a. sesión, párrs. 16 a 19).

⁹⁷²Véase la intervención del representante de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 10a. sesión, párr. 19).

⁹⁷³*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, de 15a. sesión, párr. 20.

⁹⁷⁴*Ibíd.*, 16a. sesión, párrs. 1 y 2.

⁹⁷⁵*Ibíd.*, párrs. 3 y 4.

⁹⁷⁶Véanse las explicaciones dadas por el representante de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y el Presidente de la Comisión (*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 34a. sesión, párrs. 87 y 87).

⁹⁷⁷De conformidad con una notificación de los Estados Unidos de fecha 5 de julio de 1991.

3,4-metilendioxfenil-2-propanona, y en el Cuadro II ácido clorhídrico, ácido sulfúrico, isosafrol, metiletilcetona, permanganato potásico, piperonal, safrol y tolueno.

36.12 De conformidad con el procedimiento de enmiendas instituido en el párrafo 3 del artículo 12, el Secretario General transmitió la propuesta a las partes en la Convención, así como a la Comisión y a la Junta. Tras una evaluación de las 10 sustancias de conformidad con las disposiciones del párrafo 4 del artículo 12, el Presidente de la Junta transmitió a la Comisión, por conducto del Secretario General, la opinión de la Junta de que el ácido *N*-acetilantranílico, el isosafrol, la 3,4-metilendioxfenil-2-propanona, el piperonal y el safrol debían añadirse al Cuadro I y que el ácido clorhídrico (excluidas sus sales), el ácido sulfúrico (excluidas sus sales), la metiletilcetona, el permanganato potásico y el tolueno debían añadirse al Cuadro II de la Convención. La Comisión, en su 35.º de sesiones⁹⁷⁸, tuvo en cuenta los comentarios sobre la enmienda propuesta recibidos de las partes así como la evaluación de la Junta al decidir la enmienda del Cuadro I y el Cuadro II en la forma recomendada por la Junta⁹⁷⁹. Dado que la notificación oficial de esas enmiendas por el Secretario General⁹⁸⁰ no dio lugar a ninguna petición de examen de las decisiones de la Comisión por el Consejo⁹⁸¹, las enmiendas adquirieron pleno efecto para las partes el 23 de noviembre de 1992, por aplicación del párrafo 6 del artículo 12. Las versiones enmendadas de la Convención publicadas después de esa fecha por el Secretario General reflejan la inclusión de las 10 sustancias en el Cuadro I y el Cuadro II, así como la exclusión específica de las sales del ácido clorhídrico y del ácido sulfúrico del Cuadro II.

36.13 En el momento de publicarse estos *Comentarios* en 1998, las versiones revisadas del Cuadro I y el Cuadro II, anexos a la Convención, eran las siguientes:

Cuadro I

Ácido lisérgico	Isosafrol
Ácido <i>N</i> -acetilantranílico	3,4-metilendioxfenil-2-propanona
Efedrina	Piperonal
Ergometrina	Safrol
Ergotamina	Seudoefedrina
1-fenil-2-propanona	

Las sales de las sustancias enumeradas en el presente Cuadro, siempre que la existencia de dichas sales sea posible.

⁹⁷⁸Véase *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 1992, Suplemento No. 5 (E/1992/25)*, párrs. 124 a 141.

⁹⁷⁹*Ibíd.*, párr. 232, decisiones 4 (XXXV) y 5 (XXXV).

⁹⁸⁰Nota verbal NAR/CL.3/1992 de fecha 27 de mayo de 1992.

⁹⁸¹De conformidad con las disposiciones del párrafo 7 del artículo 12.

Cuadro II

Acetona	Éter etílico
Ácido antranílico	Metiletilcetona
Ácido clorhídrico	Permanganato potásico
Ácido fenilacético	Piperidina
Ácido sulfúrico	Tolueno
Anhídrido acético	

Las sales de las sustancias enumeradas en el presente Cuadro, siempre que la existencia de dichas sales sea posible (se excluyen específicamente las sales del ácido clorhídrico y del ácido sulfúrico).

Anexos

Anexos I y II

Anexo I

HISTORIA LEGISLATIVA DE LAS CLÁUSULAS FINALES

I.1 Durante las deliberaciones que condujeron a la celebración de la Conferencia se prestó muy poca atención al proyecto de cláusulas finales. Habían sido preparadas originalmente por el Secretario General, de conformidad con la resolución 1987/27 (véase “Introducción”, párrafo 18, *supra*), y se habían distribuido a los gobiernos y al grupo de expertos intergubernamentales abierto a la participación de todos (véase “Introducción”, párrafos 19 a 21, *supra*) establecido de conformidad con la resolución 1987/27 del Consejo, que había celebrado dos sesiones en 1987 y una en 1988. Los tres informes del grupo de expertos^a fueron examinados por la Comisión de Estupefacientes en su décimo período extraordinario de sesiones, celebrado del 8 al 19 de febrero de 1988.

I.2 La atención tanto del grupo de expertos como de la Comisión se centró casi exclusivamente en los artículos del proyecto de Convención distintos de las cláusulas finales, que sólo fueron objeto de un examen somero^b. El grupo de examen del proyecto de Convención establecido por el Consejo en su resolución 1988/8 (véase “Introducción”, párrafos 22 y 23, *supra*), después que se había celebrado el décimo período extraordinario de sesiones de la Comisión, no se ocupó de las cláusulas finales, con excepción de lo que se señala en los comentarios sobre el artículo 26 (véase el párrafo 26.6 *supra*).

I.3 Junto con el proyecto de artículos sustantivos, el proyecto de cláusulas finales se remitió a la Conferencia con carácter de propuesta básica^c. En la Conferencia, el proyecto de cláusulas finales se remitió a la Comisión II para su examen.

I.4 La Mesa de la Conferencia pidió a la Secretaría que, teniendo en cuenta el proyecto de cláusulas finales contenido en el informe del grupo de examen del proyecto de Convención, propusiese un nuevo texto de esas cláusulas en el que se reflejase la práctica más reciente del Secretario General en su calidad de depositario de convenciones multilaterales.

I.5 La Comisión II decidió crear un Grupo de Trabajo sobre Cláusulas Finales para examinar el proyecto de cláusulas finales contenido en la propuesta básica^d y en el texto propuesto por la Secretaría^e a petición de la Mesa. El Grupo de Trabajo preparó un conjunto de cláusulas finales, que su Presidente^f presentó a la Comisión II para su examen. El texto resultante del

^a*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CN.7/1988/2 (Part II) y (Part IV).

^b*Ibíd.*, documento E/CN.7/1988/2 (Part II), párrs. 7 a 14; véase también el informe del décimo período extraordinario de sesiones de la Comisión de Estupefacientes (*Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social*, 1988, *Suplemento No. 3* (E/1988/13), párrs. 124 a 136).

^c*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, anexo II.

^d*Ibíd.*

^e*Ibíd.*, documento E/CONF.82/12, “Proyecto de cláusulas finales” (E/CONF.82/C.2/ L.13/Add.12), secc. II, párr. 2, págs. 178 a 181.

^f*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 30a. sesión, párrs. 2 a 18.

examen de la Comisión se transmitió al Comité de Redacción⁸. El informe del Comité de Redacción a la Conferencia contenía el texto del proyecto de Convención resultante de la labor de la Comisión I y la Comisión II⁹ y la Conferencia, en su séptima sesión plenaria¹, examinó las cláusulas finales contenidas en ese texto.

⁸*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/12, "Proyecto de cláusulas finales" (E/CONF.82/C.2/ L.13/Add.12), secc. IV.

⁹*Ibíd.*, documento E/CONF.82/15.

¹*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 7a. sesión plenaria, párrs. 87 a 100.

Anexo II

CUESTIONES NO INCLUIDAS EN LA CONVENCION

A. Reservas

II.A.1 La Convención de 1988 no contiene ningún artículo sobre reservas, a diferencia tanto de la Convención de 1961^a como del Convenio de 1971^b.

II.A.2 En la Convención de 1961, el artículo 49 trata de las reservas transitorias (las de duración limitada) y el artículo 50 trata de otras reservas. En este último artículo se enumeran los artículos de la Convención respecto de los cuales se permiten reservas, y fuera de ellos no se permite ninguna otra reserva. El mismo criterio se encuentra en el artículo 32 del Convenio de 1971.

II.A.3 En el proyecto de cláusulas finales, establecido en la propuesta básica^c que la Conferencia tuvo ante sí, se había incluido un proyecto de artículo^d que hubiera permitido la posibilidad de hacer reservas sobre diversos artículos, expresamente identificados por la Conferencia. Disponía además que no se admitirían las reservas que fueran incompatibles con el objeto y el fin de la Convención, y que sería tenida por incompatible toda reserva que hubieran objetado al menos dos tercios de las partes en la Convención. La propuesta establecía además un procedimiento en virtud del cual, mediante una notificación al Secretario General y a otros Estados, un Estado podría hacer una reserva distinta de las expresamente admitidas si ésta no fuera objetada por un tercio de los Estados partes. El proyecto de cláusulas finales preparado por la Secretaría a petición de la Mesa incluía un proyecto de artículo^e sobre reservas que era sustancialmente similar. El Japón presentó una enmienda^f que hubiera incluido una forma modificada de las otras dos propuestas relativas a las reservas no expresamente admitidas por la Convención.

II.A.4 Todos los textos mencionados *supra* se remitieron al Grupo de Trabajo sobre Cláusulas Finales establecido por la Comisión II. Al presentar en la Comisión II el proyecto de cláusulas recomendado por el Grupo de Trabajo, su Presidente explicó^g que, durante las deliberaciones en el Grupo de Trabajo, algunas delegaciones habían opinado que la Convención debía contener una disposición en la que se indicase que no se admitía ninguna reserva; otros sostuvieron que debía mantenerse el derecho a hacer reservas que no fueran contrarias al objeto y el fin de la Convención. El Grupo de Trabajo había decidido que, en vista de que sería extremadamente difícil y tomaría mucho tiempo enumerar en las cláusulas finales los artículos sobre los que se admitían reservas y aquellos sobre los que no se admitían, la cláusula de reservas debía omitirse y la cuestión debía resolverse de conformidad con las normas del derecho internacional relativas a las reservas, que eran claras desde la aprobación el 23 de mayo de 1969 y

^aConvención de 1961, artículos 49 y 50.

^bConvenio de 1971, artículo 32.

^c*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, anexo II.

^d*Ibíd.* ("artículo 25"), pág. 93.

^e*Ibíd.*, documento E/CONF.82/12, "Proyecto de cláusulas finales" (E/CONF.82/C.2/ L.13/Add.12), secc. II, párr. 2 ("artículo 27"), págs. 177 y 178.

^f*Ibíd.*, párrs. 3 y 4 ("artículo 25"), pág. 181.

la entrada en vigor el 27 de enero de 1980 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969^h.

II.A.5 En la Comisión IIⁱ varios representantes hicieron comentarios sobre la falta de un artículo sobre reservas. Si bien reconocieron que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 podía ofrecer orientación, hubieran preferido un artículo que indicase o bien que no se permitía ninguna reserva, o que enumerase los artículos respecto de los cuales se podían hacer reservas. Varios representantes indicaron las cláusulas respecto de las cuales sus gobiernos considerarían la posibilidad de hacer reservas, por ejemplo, respecto de la extradición de nacionales y la remisión de las controversias a la Corte Internacional de Justicia. Se hicieron comentarios similares en la plenaria^j, donde otra vez se hizo referencia a que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 podía ofrecer orientación.

II.A.6 A falta de un artículo sobre reservas, es necesario poder recurrir al derecho internacional general sobre esta cuestión, cuya expresión más autoritativa es, de hecho, la Convención de Viena de 1969, que está limitada a los tratados concertados entre Estados. La subsiguiente Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986 entre Estados y Organizaciones Internacionales^k todavía no había entrado en vigor cuando se prepararon los presentes *Comentarios*. Las disposiciones de ambas convenciones, sin embargo, son idénticas en cuanto a reservas y se consideran como una indicación del derecho internacional general aplicable a las reservas a las convenciones multilaterales en que puedan ser parte tanto Estados como organizaciones.

II.A.7 El inciso *d*) del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969 dispone que se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”^l.

II.A.8 Si un instrumento tiene los efectos indicados en la definición reproducida *supra*, es irrelevante que el Estado depositario denomine el instrumento una declaración o emplee cualquier otro término distinto de “reserva”. Corresponde a cada Estado contratante determinar si, a su juicio, un instrumento depositado por otro Estado contratante contiene una reserva y si objeto o no a esa reserva.

II.A.9 En virtud del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 y de la Convención de Viena de 1986, las reservas se pueden hacer en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación o la aprobación de un tratado o en el momento de la adhesión, a menos que estén prohibidos por el tratado, a menos que el tratado disponga sólo reservas específicas, sin incluir la reserva de que se trate, o a menos que la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado. También en este caso, corresponde a cada Estado contratante determinar si, a su juicio, una reserva de otro Estado contratante es aceptable o no.

II.A.10 En cuanto a la aceptación de las reservas y la objeción a las reservas, la Convención de Viena de 1969 contiene en su artículo 20 las siguientes disposiciones que parecen pertinentes en el contexto de la Convención de 1988:

“1. Una reserva expresamente autorizada por el tratado no exigirá la aceptación ulterior de los demás Estados contratantes, a menos que el tratado así lo disponga.

^h*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 30a. sesión, párr. 13.

ⁱNaciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, No. 18232.

^j*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 31a. sesión, párrs. 32 a 51.

^k*Ibid.*, Actas resumidas de las sesiones plenarias, 7a. sesión plenaria, párrs. 101 a 105.

^lA/CONF.129/15.

^mNaciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, No. 18232.

“2. ...

“3. ...

“4. A menos que el tratado disponga otra cosa:

“a) La aceptación de una reserva por otro Estado contratante constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado en relación con ese Estado si el tratado ya está en vigor o cuando entre en vigor para esos Estados;

“b) La objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el Estado autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria;

“c) Un acto por el que un Estado manifieste su consentimiento en obligarse por un tratado y que contenga una reserva surtirá efecto en cuanto acepte la reserva al menos otro Estado contratante.

“5. Para los efectos de los párrafos 2 y 4, y a menos que el tratado disponga otra cosa, se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando éste no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los 12 meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior.”^m

II.A.11 Si bien no está expresamente definida como tal en la Convención de 1988, en el párrafo 4 del artículo 2 de esta Convención, sobre solución de controversias, se prevé una reserva de carácter similar a la del párrafo 1 del artículo que se acaba de citar (véase el párrafo 32.4 *supra*).

II.A.12 En cuanto a los efectos jurídicos de las reservas y las objeciones a las reservas, la Convención de Viena de 1969, en su artículo 21, dispone lo siguiente:

“1. Una reserva:

“a) Modificará con respecto al Estado autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma; y

“b) Modificará, en la misma medida, esas disposiciones en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado autor de la reserva.

“2. La reserva no modificará las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes en el tratado en sus relaciones *inter se*.

“3. Cuando un Estado que haya hecho una objeción a una reserva no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado autor de la reserva, las disposiciones a que se refiera ésta no se aplicarán entre los dos Estados en la medida determinada por la reserva.”ⁿ

II.A.13 Tanto la Convención de Viena de 1969 como la Convención de Viena de 1986 establecen en sus artículos 22 que, a menos que el tratado disponga otra cosa, una reserva y una objeción a una reserva se pueden retirar en cualquier momento. Disponen también que, si la reserva se formula en el momento de la firma de un tratado que requiere ratificación u otro acto formal de confirmación, esa reserva debe ser formalmente confirmada por el Estado u organización autor de la reserva cuando exprese su consentimiento a quedar obligado por el tratado.

^mIbíd.

ⁿIbíd.

II.A.14 Desde la concertación de la Convención de 1988, varios Estados han formulado reservas, así como declaraciones y entendimientos, ya sea en el momento de la firma o en el momento de la ratificación u otro acto formal de confirmación, en relación con la Convención en general o con las disposiciones de artículos específicos. Además, otras partes han presentado objeciones a algunas de esas reservas, declaraciones y entendimientos. En el momento de publicarse los presentes *Comentarios*, se habían retirado dos reservas y varias no habían sido confirmadas, en parte o en su totalidad, en el momento de la ratificación. El Secretario General, en su capacidad de depositario de la Convención, publica todos los años la situación de todas las reservas, declaraciones y entendimientos, así como las objeciones a las mismas y los retiros que se hayan producido^o.

B. Aplicación territorial

II.B.1 La Convención de 1988 no incluye un artículo sobre aplicación territorial.

II.B.2 La Convención de 1961 y el Convenio de 1971 contienen disposiciones sobre aplicación territorial en sus artículos 42 y 27, respectivamente, que disponen que esos instrumentos se aplicarán, con sujeción a las condiciones especificadas en esos artículos, a todos los territorios no metropolitanos cuya representación internacional ejerza una de las partes.

II.B.3 La propuesta básica que la Conferencia tuvo ante sí contenía proyectos de artículos sobre aplicación territorial^p y lo mismo sucedía en las cláusulas finales preparadas por la Secretaría^q a petición de la Mesa. La decisión de omitir ese artículo se tomó en el seno del Grupo de Trabajo sobre Cláusulas Finales. Al presentar en la Comisión II el informe del Grupo de Trabajo, su Presidente explicó que algunos representantes preferían mantener una cláusula sobre aplicación territorial, pero que la mayoría habían opinado que eso no era apropiado en la actual situación del mundo. Los que apoyaban la inclusión de la cláusula se unieron posteriormente al consenso y el Grupo de Trabajo decidió omitir esa cláusula^r. No se hicieron sugerencias de insertar una cláusula de ese tipo ni en la Comisión II, cuando se examinaron las cláusulas finales, ni en la plenaria, cuando se sometieron a la Conferencia para sus observaciones.

II.B.4 Por lo tanto, la cuestión se rige por el derecho internacional general y la práctica aplicable en materia de depositarios. En una notificación recibida el 2 de diciembre de 1993, el Gobierno del Reino Unido notificó al Secretario General que la Convención se aplicaría a la Isle of Man, con una reserva respecto de una disposición del artículo 7. El 8 de febrero de 1995, el Gobierno del Reino Unido notificó además al Secretario que la Convención se aplicaría también, desde esa fecha, a los siguientes territorios: Anguila, Bermuda, Islas Caimán, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, y Montserrat^s. Ninguna de esas declaraciones dieron lugar a observaciones de otras partes en la Convención. Por lo tanto, pareciera que la práctica anterior relativa a la aplicación de la Convención de 1961 y el Convenio de 1971 sigue vigente respecto de los territorios dependientes, aun a falta de una cláusula sobre la aplicación territorial. Ése hubiera sido también el caso con respecto a cualquier denuncia de la Convención respecto de un territorio dependiente al que se hubiera aplicado la Convención^t.

^oVéase una lista de todas las reservas, declaraciones, entendimientos, objeciones y retiros en *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General: Status as at 31 December 1997* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: E.98.V.2).

^p*Documentos Oficiales*, vol. I ..., documento E/CONF.82/3, anexo II ("artículo 22"), pág. 92.

^qIbíd., documento E/CONF.82/12, "Proyecto de cláusulas finales" (E/CONF.82/C.2/ L.13/Add.12), secc. II, párr. 2 ("artículo 24"), pág. 179.

^r*Documentos Oficiales*, vol. II ..., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 30a. sesión, párr. 9.

^s*Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General: Status as at 31 December 1997* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: E.98.V.2), cap. VI, secc. 19, nota 5.

^tVéanse, *supra*, los comentarios sobre el artículo 30.

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم . استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى : الأمم المتحدة ، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف .

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。 请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций. Секция по продаже изданий. Нью-Йорк или Женева.

COMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.