



NACIONES UNIDAS

*Oficina contra la Droga y el Delito*



**GUÍA PRÁCTICA**  
para la aplicación por las  
autoridades nacionales competentes  
del artículo 17 de la Convención  
de las Naciones Unidas contra  
el Tráfico Ilícito de Estupefacientes  
y Sustancias Sicotrópicas, 1988

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO

Viena

## **GUÍA PRÁCTICA**

**para la aplicación por las autoridades  
nacionales competentes del artículo 17  
de la Convención de las Naciones Unidas  
contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes  
y Sustancias Sicotrópicas, 1988**



NACIONES UNIDAS  
Nueva York, 2004

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no entrañan, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de ninguno de los países, territorios, ciudades o zonas citados o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de ninguna frontera o límite.

# ÍNDICE

*Página*

## **Parte primera. La Autoridad Nacional Competente**

I. INTRODUCCIÓN .....	1
II. LA COOPERACIÓN MARÍTIMA EN LA CONVENCIÓN DE 1988 .....	3
III. ESTABLECIMIENTO DEL ADECUADO MARCO LEGISLATIVO INTERNO .....	7
IV. LA AUTORIDAD NACIONAL COMPETENTE .....	11
Establecimiento de la autoridad nacional competente ....	11
La Convención de 1988 .....	11
Ubicación de la autoridad nacional competente .....	11
Base en el derecho interno .....	13
La autoridad nacional competente en la práctica .....	14
Recepción de solicitudes .....	15
Respuesta a las solicitudes .....	22
Presentación de solicitudes .....	25
Consideraciones especiales: naves sin nacionalidad y con pabellón del Estado requirente .....	27
Posibles responsabilidades adicionales .....	29

## **Parte segunda. Anexos**

I. Resumen de la Guía Práctica .....	33
II. Formulario modelo de solicitud .....	45
III. Formulario modelo de respuesta .....	47
IV. Formulario modelo de informe sobre las medidas adoptadas ....	49
V. Glosario .....	51
VI. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 1988 (Extractos) .....	55
VII. Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 1988 (Extractos) .....	61
VIII. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (Extractos) .....	127
IX. Guía de Capacitación para la Lucha contra la Droga en el Mar (Extractos) .....	131
X. Ejemplos de acuerdos bilaterales y multilaterales .....	135
XI. Presencia constructiva, derecho de persecución y uso de la fuerza (Ejemplos de decisiones judiciales recientes) .....	177

# **PARTE PRIMERA**

## **La Autoridad Nacional Competente**





# I. INTRODUCCIÓN

La presente Guía Práctica se ha compuesto en cumplimiento de la resolución 44/6 de la **Comisión de Estupefacientes**<sup>1</sup> para ayudar a las autoridades nacionales competentes a formular solicitudes con arreglo al artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988<sup>2</sup> (la **Convención de 1988**), así como a responder a tales solicitudes.

Se han incluido en la Guía varios anexos con objeto de ofrecer orientación paso a paso sobre su aplicación práctica, así como textos jurídicos y otros materiales de referencia. Entre ellos hay un resumen de la Guía (anexo I), formularios modelo (anexos II, III y IV) un glosario terminológico (anexo V) y extractos pertinentes de la Convención de 1988 y de sus Comentarios<sup>3</sup>, así como de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982<sup>4</sup> (anexos VI, VII y VIII). Se han incluido además como material de referencia ejemplos de acuerdos bilaterales y multilaterales sobre cooperación en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas por mar (anexo X), así como ejemplos de decisiones judiciales recientes (anexo XI). Los anexos X y XI no se han traducido.

Con arreglo al artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas<sup>5</sup>, las partes, entre otras cosas, “cooperarán en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar, de conformidad con el **derecho internacional del mar**”. Este mandato concuerda con el artículo 108<sup>6</sup> de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982<sup>7</sup>, que obliga a los Estados a cooperar “para reprimir el tráfico ilícito de

---

<sup>1</sup>Los términos que aparecen por primera vez en negrita se definen en el glosario contenido en el anexo V.

<sup>2</sup>*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas para la aprobación de una Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Viena, 25 de noviembre a 20 de diciembre de 1988*, vol. I (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.94.XI.5).

<sup>3</sup>*Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 1988* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.98.XI.5).

<sup>4</sup>*Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.84.V.3).

<sup>5</sup>El texto completo del artículo 17 de la Convención de 1988 figura el anexo VI.

<sup>6</sup>El texto completo del artículo 108 de la Convención sobre el Derecho del Mar figura en el anexo VIII.

<sup>7</sup>No todas las Partes en la Convención de 1988 son también Partes en la Convención sobre el Derecho del Mar (1982). La participación en esta última, sin embargo, no es necesaria para que las Partes apliquen plenamente las disposiciones del artículo 17 de la Convención de 1988. Las referencias a la Convención sobre el Derecho del Mar se incluyen en la Guía como ayuda para las autoridades nacionales competentes, que pueden encontrarlas útiles.

estupefacientes y sustancias sicotrópicas realizado por buques en la alta mar en violación de las convenciones internacionales”. Ambas Convenciones reconocen pues la necesidad de cooperación internacional efectiva y coordinación entre Estados en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas por mar, y obligan a las partes a tomar las medidas adecuadas.

En esta necesidad ha insistido repetidamente la Comisión de Estupefacientes, y también la recalcó la Asamblea General de las Naciones Unidas en su vigésimo período extraordinario de sesiones, dedicado al problema mundial de la droga en general, en el cual se aprobó la resolución S-20/4 de 10 de junio de 1998 sobre medidas para promover la cooperación judicial. La sección VI de esa resolución contiene recomendaciones específicas para combatir el tráfico ilícito de drogas por mar.

En los últimos diez años, el **Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID)**<sup>8</sup> se ha esforzado en apoyar y promover la cooperación internacional a este respecto. La Comisión de Estupefacientes, en su resolución 9 (XXXVII), pidió al Director Ejecutivo del Programa que estableciera y convocara un Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima, el cual se reunió en Viena en septiembre de 1994 y febrero de 1995 (véase E/CN.7/1995/13) y recomendó que el PNUFID compusiera una guía de capacitación para la lucha contra la droga. La recomendación fue suscrita después por la Comisión en su resolución 8 (XXXVIII) y se compuso la Guía de Capacitación, que fue difundida ampliamente. Importantes extractos de la Guía se reproducen en el anexo IX para facilitar las referencias.

A raíz de la publicación de la Guía de Capacitación, el PNUFID, en cooperación con Gobiernos interesados, convocó un grupo de trabajo oficioso de participación general sobre cooperación marítima (Viena, 5 a 8 de diciembre de 2000). Algunos de los objetivos de esa reunión eran comprobar los progresos realizados hasta la fecha, evaluar los problemas pendientes y definir otras medidas concretas para reforzar la cooperación internacional (véase UNDCP/2000/MAR.3). A la luz del informe de la reunión, la Comisión, en su resolución 44/6, pidió al PNUFID que prestara asistencia técnica, indicando que ésta podría consistir en:

“La preparación de una guía de capacitación de fácil consulta para ayudar a las partes que deseen formular solicitudes y a las autoridades competentes de recibir y responder a las solicitudes presentadas con arreglo al artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, teniendo presente la necesidad de que se evite todo efecto indebido sobre el comercio ilícito.”

La presente Guía Práctica se ha compuesto para responder a esa petición.

<sup>8</sup>Ahora totalmente integrado en la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC).

## II. LA COOPERACIÓN MARÍTIMA EN LA CONVENCIÓN DE 1988

Por las dificultades físicas y técnicas inherentes a la interdicción del tráfico ilícito por mar, el transporte marítimo permite trasladar grandes volúmenes de drogas con menor riesgo para los traficantes. Los traficantes de drogas hace tiempo han optado por utilizar buques privados y comerciales. De hecho, las embarcaciones marítimas son el medio preferido para el tráfico ilícito de cocaína y se utilizan también ampliamente para el cannabis.

El tráfico marítimo da lugar a dos *modus operandi* diferentes: en contenedores, o bien en buques construidos y utilizados para ocultar las drogas. En el primer caso, el propietario, el capitán y la tripulación no suelen tener conocimiento del tráfico, mientras que en el segundo caso participan en él activamente.

Las medidas para combatir estos tipos de tráfico son diversas. En el caso de buques que transportan contenedores, casi todas las medidas pueden y deben tomarse (salvo en circunstancias muy excepcionales) en los puertos, ya que la inspección de la carga y de los contenedores en el mar no suele ser factible. En el segundo caso, los traficantes pueden evitar los puertos establecidos, lo que hace necesario que los representantes de la ley actúen en el mar. En este contexto, consideraciones de geografía y de aplicabilidad de las leyes pueden obligar a realizar operaciones en zonas marítimas situadas fuera de las **aguas territoriales**.

Pese a los efectos evidentes del contrabando de droga por mar, el antiguo derecho internacional ofrecía pocas disposiciones específicas para regular su supresión. En consecuencia, para oponerse legalmente a los traficantes de droga más allá de las aguas territoriales, los Estados se vieron obligados a recurrir al **derecho de persecución** y a conceptos generales de aplicación del derecho penal como la **presencia constructiva**, que han sido codificados en el artículo 111 de la Convención sobre el Derecho del Mar, y anteriormente en el artículo 23 de la Convención sobre la Alta Mar, Ginebra 1858.

Solo al aprobarse la Convención de 1988, y en particular gracias a su artículo 17, se avanzó realmente en la formulación de directrices para



la cooperación internacional en la interdicción del tráfico marítimo fuera de las aguas territoriales de un Estado. Las complejas disposiciones innovadoras del artículo 17 se analizan detenidamente en el **Comentario** a la Convención de 1988, extractos del cual pueden verse en el anexo VII de esta Guía. En los párrafos que siguen se ofrece una visión general del marco de cooperación que ha establecido el artículo 17.

El artículo 17 amplía la obligación de cooperar estipulada en el artículo 108 de la Convención sobre el Derecho del Mar, estableciendo un marco en virtud del cual los Estados partes que sospechen respecto a un tráfico ilícito podrán pedir la autorización del **Estado del pabellón** para interceptar sus naves situadas en zonas marítimas exteriores a las aguas territoriales.

A diferencia del párrafo 2 del artículo 108 de la Convención sobre el Derecho del Mar, el artículo 17 prevé también que la cooperación puede pedirse para actuar contra naves sin nacionalidad<sup>9</sup>. No obstante, la mayor parte del artículo 17 se dedica a establecer procedimientos y prácticas para facilitar la actuación legal de un Estado contra la nave de otro Estado fuera de los límites de las aguas territoriales. A este respecto, los párrafos 3 y 4 contienen disposiciones fundamentales:

“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.

“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;
- 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.”

De esta manera, una parte que sospecha que una nave extranjera se dedica al tráfico de droga más allá de los límites de sus aguas territoriales podrá pedir y obtener la autorización del Estado del pabellón

---

<sup>9</sup>Debe observarse que la Convención sobre el Derecho del Mar no estipula en su artículo 110 un derecho general de visitar, abordar e inspeccionar un buque sin nacionalidad.

para tomar medidas de interdicción. Conviene recalcar que cualquier medida coercitiva contra la nave en cuestión dependerá del previo consentimiento expreso del Estado del pabellón, que se podrá dar con condiciones, entre ellas las relativas a la responsabilidad<sup>10</sup> (artículo 17, párr. 6).

Otros puntos dignos de mención en el plan del artículo 17 a efectos de la presente Guía son:

a) Cada parte responderá con celeridad a las solicitudes de autorización y designará una autoridad para recibir las solicitudes y responder a ellas;

b) Autorizadas las medidas, el Estado del pabellón será informado con prontitud de los resultados;

c) Las medidas que se adopten en cumplimiento del artículo serán solo aplicadas por **buques de guerra** o aeronaves militares, u otras naves o aeronaves que lleven signos claros e identificables de estar al servicio de un gobierno y autorizadas a tal fin;

d) Se define una serie limitada de situaciones en las que un Estado ribereño tiene derechos más allá de sus aguas territoriales. Es importante que, como se ha indicado en el párrafo 10 *supra*, se incluye aquí el derecho de persecución, así como el ejercicio de competencia en la zona contigua.

Sin embargo, no en todas las circunstancias será adecuado recurrir a las medidas estipuladas en el artículo 17. El tamaño de la nave, la índole de la actividad sospechosa y la viabilidad de realizar simplemente una inspección en el siguiente puerto de escala son factores que pueden pesar contra la solicitud de un permiso de actuar o su concesión. Además, en algunas circunstancias puede ser indicado recurrir a estrategias alternativas para hacer respetar la ley, como la **entrega vigilada**. Por estas y otras razones, el artículo 17 ofrece un marco amplio y flexible para la toma de decisiones. En efecto, el artículo 17 establece un sistema que da a las partes las máximas oportunidades para hacer que se respete la ley en casos específicos de presunción de tráfico ilícito por mar.

---

<sup>10</sup>En este contexto, la responsabilidad puede extenderse no solo a la seguridad y la integridad de las personas y los bienes, sino también a los posibles daños a la nave y a su carga legítima.

### III. ESTABLECIMIENTO DEL ADECUADO MARCO LEGISLATIVO INTERNO

Para determinar criterios de acción en el marco del artículo 17, las partes en la Convención de 1988 deberán, según lo previsto en el artículo 3<sup>11</sup>, promulgar legislación interna que tipifique los delitos perseguibles en virtud de la Convención. El artículo 3 ofrece ejemplos específicos de actividad delictiva a la que debe aplicarse tal legislación.

Una vez tipificados tales delitos en la legislación interna, el artículo 4 de la Convención de 1988 estipula que las partes adoptarán medidas para declararse competentes cuando el delito se cometa en su territorio o a bordo de una nave que enarbole su pabellón en el momento de cometerse el delito.

El artículo 4 es permisivo, no obstante, respecto a la declaración de competencia respecto a naves que enarboles el pabellón de otra parte, dejando a la discreción de las partes la adopción o no adopción de medidas (art. 4, párr. 1, *b* ii)).

Además, el artículo 4 nada dice sobre declaración de competencia respecto a naves sin nacionalidad o asimiladas a ellas según el derecho internacional. Tampoco el artículo 110 de la Convención sobre el Derecho del Mar trata de esta cuestión.

Sin embargo, desde 1988 la opinión de los expertos ha aceptado que un plan legislativo efectivo debería incluir las debidas declaraciones de competencia en las tres categorías aludidas. El artículo 3 del Acuerdo sobre Tráfico Ilícito por Mar, en aplicación del artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, concluido en 1995 bajo los auspicios del Consejo de Europa, requiere que las partes se declaren competentes en los tres casos.

Es muy recomendable que los Estados alcancen tal nivel de mejor práctica internacional, pese a la ausencia de una obligación legal formal en la Convención de 1988 y en la Convención sobre el Derecho del Mar en ese sentido.

---

<sup>11</sup>El texto completo del artículo 3 de la Convención de 1988 figura en el anexo VI.

Como se hace notar en el Comentario a la Convención de 1988, la promulgación de la legislación de aplicación que sea requerida es esencial para el funcionamiento correcto del régimen de cooperación establecido en el artículo 17.

Es frecuente que los Estados que realizan por primera vez tal análisis de su derecho interno encuentren que ya extendían las obligaciones de su sistema de justicia penal a las naves que enarbolaban su pabellón. Por otra parte, son relativamente raras las declaraciones legislativas específicas de competencia sobre delitos cometidos en naves sin nacionalidad o naves extranjeras en alta mar, y en general es necesaria una legislación adicional.

En caso de que un análisis del derecho interno revele insuficiencias que exclusiva o preferentemente pudieran remediarse con nuevas leyes, las partes podrían considerar la conveniencia de suscribir acuerdos o convenios bilaterales o regionales para dar nueva o mayor efectividad a las disposiciones del artículo 17 (párr. 9). Pero otros Estados podrían incluso hacer que sus leyes nacionales se extiendan a medidas tomadas con el consentimiento de un Estado no parte, o ajeno al contexto de la Convención de 1988, como lo permite el derecho internacional común. Todas estas opciones serían aceptables.

Siendo esencial la aplicación de disposiciones penales adecuadas al tráfico por mar, hay que considerar también otros elementos para que la cooperación funcione correctamente. Es fundamental, por ejemplo, que los agentes de la ley que actúen en una nave extranjera con la autorización del Estado del pabellón tengan todos los poderes y la protección necesarios. En principio, deberían tener por lo menos los mismos poderes y protección que si el delito se hubiese cometido en territorio nacional o en una nave bajo pabellón del **Estado interviniente**. Por ejemplo, la ley modelo del PNUFID sobre uso indebido de drogas, 2000<sup>12</sup> (según el sistema jurídico anglosajón) considera, entre otras cuestiones:

- a) Poderes para detener, abordar, desviar y retener la nave;
- b) Poderes para inspeccionar la nave, su carga y a las personas que se encuentren a bordo y de obtener información de otro modo;
- c) Poderes respecto a presuntos delitos, en especial el de detener a personas e incautarse de pruebas;
- d) Asistencia a funcionarios autorizados;
- e) Uso razonable de la fuerza;
- f) Presentación de credenciales de un funcionario;
- g) Debida protección por responsabilidad penal y civil de los funcionarios;

<sup>12</sup>La ley modelo puede verse en [www.unode.org](http://www.unode.org)

*h)* Extensión de delitos conexos, como obstrucción a la actuación de los agentes de la ley, a actos realizados a bordo de la nave.

Debe cuidarse también de que los poderes nacionales para el decomiso y la incautación de drogas, instrumentos y productos derivados de los delitos, según se prevé en el artículo 5 de la Convención de 1988, sean también aplicables a los casos de tráfico ilícito de drogas por mar.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito mantiene registros de legislación nacional sobre jurisdicción marítima en delitos relacionados con drogas, facilitada por los Gobiernos. Los encargados de comprobar la pertinencia del marco legal nacional podrían consultar con provecho esta valiosa referencia para cumplir su mandato.



## IV. AUTORIDAD NACIONAL COMPETENTE

### Establecimiento de la autoridad nacional competente

#### *La Convención de 1988*

El párrafo 7 del artículo 17 de la Convención de 1988 dispone que “las Partes responderán con celeridad a las solicitudes de otras Partes para establecer 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”. Con este fin cada parte, al suscribir la Convención, establecerá o designará una o varias autoridades encargadas de recibir dichas solicitudes y de responder a ellas. Se sugiere que la misma autoridad competente debería asumir la responsabilidad respecto a solicitudes de asistencia relativas a naves que enarbolen su pabellón y naves sin nacionalidad, como se prevé en el párrafo 2 del artículo 17. Una autoridad nacional competente designada con arreglo al artículo 17 desempeña un papel esencial en la aplicación de medidas para imponer la observancia del derecho del mar y en la promoción de la mayor cooperación posible para combatir el tráfico ilícito por mar. Reconociendo el papel central que corresponde a las autoridades nacionales competentes, el artículo 17, en su párrafo 7, dispone que el Secretario General de las Naciones Unidas dará a conocer la designación por un Estado de tal autoridad a todas las demás partes en la Convención, dentro del mes siguiente a la designación.

Algunos Estados establecen por ley su autoridad nacional competente, y otros por conducto administrativo. Los países que todavía no han establecido tal autoridad deberán considerar si es necesaria una ley, aunque también es posible hacerlo por vía administrativa si es legalmente efectiva.

#### *Ubicación de la autoridad nacional competente*

En cuanto al contenido técnico del mandato de las autoridades nacionales competentes, la Convención de 1988 apenas da orientaciones sobre cuestiones como estructura, canales de comunicación o incluso

ubicación de la autoridad. Es también muy poco lo que la Convención dice sobre tramitación y procedimiento de las decisiones sobre solicitudes entrantes o salientes. No obstante, la experiencia en diferentes partes del mundo ofrece criterios suficientes para determinar unos parámetros mínimos de la mejor práctica.

La Convención de 1988 guarda silencio, y la práctica de las partes ha sido desigual, respecto a la mejor ubicación, dentro de las estructuras gubernamentales, de la autoridad nacional competente. Dicho esto, las ubicaciones más frecuentes hasta la fecha han sido el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior y el Ministerio de Asuntos Exteriores. Otras son los servicios de aduanas, de guardacostas y otros servicios operacionales, las autoridades marítimas y portuarias y los órganos encargados de transportes, lucha contra la droga e incluso cuestiones sanitarias.

Aunque incumbe a cada Estado determinar dónde es más conveniente encuadrar su autoridad designada, hay varios factores que conviene considerar antes de tomar una decisión. Una indicación inicial importante es la probabilidad de que la autoridad en cuestión actúe más como órgano receptor de solicitudes, o más como órgano solicitante. Si puede preverse que la autoridad designada recibirá solicitudes de autorización para realizar operaciones contra naves extranjeras en zonas marítimas más allá de las aguas territoriales, obviamente es preciso que tal autoridad esté estrechamente vinculada a las autoridades policiales de que se trate.

Todos los Estados, incluidos los que no tienen acceso directo al mar, son receptores potenciales de solicitudes de autorización para abordar naves que enarbolan su pabellón en el contexto del artículo 17. A este respecto son importantes, entre otros, los siguientes factores para determinar la ubicación adecuada de la autoridad designada:

- a)* Facilidad de acceso al registro naviero nacional para confirmar la matrícula;
- b)* Existencia de conductos adecuados de comunicación;
- c)* Existencia de acuerdos para despachar asuntos oficiales fuera del horario normal de oficina, y de preferencia las 24 horas del día y los siete días de la semana;
- d)* Fácil disponibilidad de asesoramiento jurídico (en especial sobre derecho internacional del mar);
- e)* Dominio de lenguas extranjeras;
- f)* Fácil coordinación con otros organismos y departamentos oficiales pertinentes.

Para establecer una autoridad nacional competente que opere con eficiencia no es necesario crear una burocracia numerosa y cara. En

cuanto al personal, serán determinantes el volumen y la frecuencia pre- visibles de las solicitudes. En algunos casos, puede bastar con añadir esta responsabilidad a una oficina existente en una agencia o un departa- mento oficiales. Los funcionarios de tales oficinas tendrán que tener conocimiento, por supuesto, de los tratados aplicables, las exigencias de la ley interna, la política y los procedimientos nacionales, para realizar sus funciones de manera efectiva y en el tiempo requerido. También será preciso que se les conceda tiempo y oportunidades suficientes para establecer y mantener vínculos con otros organismos y departamentos dentro de la estructura nacional que tengan atribuciones en el proceso de toma de decisiones o intervengan de manera práctica en el suminis- tro de información pertinente en el proceso. En lo posible, debería alen- tarse al personal a establecer contactos personales con sus colegas de otras autoridades nacionales, especialmente de los países con más pro- babilidades de cursar de hecho solicitudes. Las oportunidades de hacer visitas, mantener correspondencia, intercambios y contactos telefónicos son útiles para abrir conductos de comunicación y generar familiaridad y confianza recíproca.

Como se ha señalado anteriormente, el artículo 17, en su párrafo 7, dispone que la decisión de designar una autoridad sea comunicada por el Secretario General de las Naciones Unidas a todas las demás partes en la Convención. Es también imprescindible que se tomen las medi- das adecuadas para actualizar constantemente la información sobre contactos contenida en tal designación.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito man- tiene y difunde periódicamente un directorio de autoridades nacionales competentes, que comprende información esencial de contactos (direc- ciones, números de teléfono y fax y horas de servicio). La Comisión de Estupefacientes, en su resolución 43/5, insta a las partes a revisar y actua- lizar regularmente esta información básica pero vital. De no hacerlo, podrían malograrse en gran medida los esfuerzos por combatir el tráfico ilícito por mar.

### **Base en el derecho interno**

La experiencia en la aplicación del artículo 17 sugiere que es importante establecer una base sólida en el derecho interno para que las activida- des fundamentales sean realizadas por o a través de la autoridad nacio- nal competente. Particular interés tiene la disposición expresa sobre la competencia para autorizar a otra parte en la Convención a tomar medi- das contra naves que enarbolan su pabellón y la capacidad para ejercer tal competencia. También es importante la situación inversa, para



asegurar la debida tramitación inicial de las solicitudes de autorización para proceder contra naves extranjeras y la observancia de las condiciones y limitaciones que hayan podido imponerse. La legislación nacional complementaria a menudo contiene disposiciones de acuso de recibo de la autorización del Estado extranjero en cuestión. Otras muchas cuestiones pueden merecer atención según la índole y las peculiaridades del sistema jurídico de que se trate, la sensibilidad política correspondiente y aspectos análogos.

### **La autoridad nacional competente en la práctica**

En virtud del párrafo 7 del artículo 17, la autoridad nacional competente debe responder 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 para tomar medidas adecuadas respecto a esa nave. En la mayoría de los casos, es muy deseable que la misma autoridad sea también la encargada de formular y enviar el mismo tipo de solicitudes a otras partes en la Convención de 1988. En consecuencia, el papel técnico de la autoridad nacional competente debe ser el de conducto designado para la recepción y la emisión de solicitudes relativas al artículo 17. El papel sustantivo de una autoridad efectiva es asegurar la rápida y eficiente consideración y ejecución de las solicitudes recibidas y supervisar la calidad y efectividad de las solicitudes enviadas.

Además de estas funciones, la autoridad nacional competente está muy bien situada para facilitar la cooperación internacional proporcionando información y consejos a sus contrapartes en otros Estados. El asesoramiento sobre requisitos y condiciones de carácter jurídico u otro, respecto a la presentación de solicitudes, puede reducir sustancialmente los problemas que se planteen cuando se reciban las solicitudes. Igualmente importante para la autoridad nacional competente, en Estados con capacidad de realizar operaciones marítimas de interdicción más allá de sus aguas territoriales es que pueda asesorar a las autoridades internas pertinentes respecto a los requisitos de las solicitudes de autorización que se presenten a Estados extranjeros.

La autoridad nacional competente es también responsable de las solicitudes dirigidas a otros Estados. Debe estar capacitada para recibir solicitudes de las autoridades internas pertinentes y estar en condiciones de ayudar a su transmisión a Estados extranjeros. Para ello es preciso que las autoridades pertinentes dentro del Estado, como servicios de aduanas, policía y otros agentes de la ley, conozcan la existencia, el papel y las direcciones de contacto de la autoridad.

### **Recepción de solicitudes**

Las solicitudes entrantes serán, en la mayoría de los países, las que más trabajo den a la autoridad nacional competente, la cual deberá por lo tanto tener capacidad para recibirlas y actuar en consecuencia. En la medida en que las solicitudes se refieran a la confirmación de la matrícula de naves, deberá poderse comprobar este extremo lo más pronto posible. Para ello, las partes deberán mantener un **registro** de las naves autorizadas a enarbolar su pabellón y la autoridad nacional deberá tener acceso permanente al mismo. Conviene observar que la Convención sobre el Derecho del Mar en su artículo 94 requiere que las partes mantengan un registro para todos los buques, con excepción de aquellos que, por sus reducidas dimensiones, estén excluidos de las reglamentaciones internacionales generalmente aceptadas. Según la recomendación del Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima, las partes deben esforzarse por mantener un registro de todos los buques para facilitar el ejercicio efectivo de la jurisdicción del Estado del pabellón, informatizando un conjunto detallado de datos sobre los buques para facilitar su identificación (véase E/CN.7/1995/13, párrs. 1 y 5).

Como se ha dicho reiteradamente, es muy importante para la cooperación internacional efectiva que se responda lo más pronto posible a las solicitudes cursadas en virtud del artículo 17. Este factor debe ser un punto de referencia constante tanto en la formulación del sistema nacional como en los procedimientos para su ejecución. Las siguientes orientaciones tratan, entre otras cosas, de posibilitar al máximo en la práctica una acción rápida.

#### *Sistema y procedimiento para la recepción de solicitudes*

El artículo 17 no especifica las reglas generales o de procedimiento aplicables a las solicitudes. En consecuencia, las partes tienen libertad para decidir sobre una serie de cuestiones, desde el contenido de la solicitud hasta la forma y el idioma en que debe transmitirse. En estas circunstancias, es conveniente armonizar la tramitación, para que el objetivo de una cooperación efectiva no resulte frustrado inadvertidamente por la aparición de prácticas y expectativas nacionales conflictivas.

Por esta razón, entre otras, propuso en 1995 el Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima un formato modelo para uniformar la información que haya de contener cada solicitud, respetando siempre la libertad del Estado del pabellón para solicitar información adicional. A juicio del Grupo de Trabajo, las solicitudes deberían contener la siguiente información (véase E/CN.7/1995/13, párr. 3):

- “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 matrícula, 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 sustenten 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.”

La presente Guía trata de mejorar y ampliar este planteamiento a la luz de la práctica de los Estados. Con este fin, se han elaborado tres formularios modelos que podrán utilizar las autoridades nacionales competentes. Se trata de un formulario modelo de solicitud (anexo II), un formulario modelo de respuesta (anexo III) y un formulario modelo de información sobre las medidas tomadas (anexo IV).

Todas estas importantes comunicaciones deberán hacerse por escrito. Podrán utilizarse los medios modernos de telecomunicaciones, como transmisión por fax y correo electrónico. Aunque no se prevén solicitudes y respuestas exclusivamente orales, no se pretende indicar que haya de prohibirse toda comunicación oral.

La experiencia demuestra que el contacto telefónico entre autoridades competentes puede desempeñar un papel fundamental. Los Estados pueden creer conveniente identificar un punto inicial de contacto distinto de la autoridad nacional para ayudar a una transmisión preliminar de la información que se utilizará después en una solicitud formal. En estas circunstancias, pueden darse consejos valiosos sobre la preparación de la solicitud, reduciendo así la posibilidad de que surjan problemas cuando ésta se someta formalmente a la consideración del **Estado requerido**. Una cuestión que hay que tener en cuenta es la necesidad de proteger la información confidencial o las fuentes de los servicios de inteligencia que hayan contribuido a la conclusión de que hay motivos razonables para sospechar que la nave en cuestión se dedica al tráfico ilícito. Análogamente, mantener un diálogo entre las correspondientes autoridades nacionales competentes en el período entre la recepción de la solicitud y la respuesta puede contribuir a evitar malentendidos y ayudar a que el país solicitante tome sus decisiones

operacionales con fundamento. Así pues, el sistema y el procedimiento internos deben permitir y facilitar tales contactos.

La presente Guía, no obstante, no se pronuncia respecto a si los Estados deberían imponer o no requisitos sobre el idioma en que ha de formularse la solicitud. Hasta la fecha, la práctica ha optado por la flexibilidad y la viabilidad a este respecto.

Como se señala en los Comentarios oficiales a la Convención de 1988 (párr. 17.33), cada Estado “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”. Aunque no es posible prever todas las circunstancias relevantes que puedan presentarse en la práctica, la identificación anticipada de condicionamientos para las autorizaciones, la formulación de directrices sobre cuestiones particularmente sensibles y el establecimiento de listas de comprobación de factores pertinentes son medidas que facilitarán la rapidez de las decisiones.

Aunque la serie de factores que podrían considerarse pertinentes es teóricamente ilimitada, es importante que la formulación del marco de política se apoye en una cabal comprensión de la naturaleza y el propósito del artículo 17. La cuidadosa consideración del texto reproducido en el anexo VII sería útil a este respecto.

Por ejemplo, aunque factores como la situación de la nave en el momento en que se formula la solicitud y las pruebas del destino previsto de las drogas cuya presencia a bordo se sospecha puedan ser muy pertinentes para la concesión o la denegación de la autorización, el artículo 17 no hace referencia a estas condiciones.

También podría ser útil que la información sobre política nacional, por ejemplo, sobre los requisitos para autorizar el abordaje y la inspección de la nave, se comunicara a otras autoridades nacionales competentes. Tal información ayudaría a las autoridades extranjeras a formular sus solicitudes de autorización y permitiría evitar la transmisión de solicitudes que serían denegadas en virtud de la política nacional.

#### *A quién corresponde decidir*

Para que la autoridad nacional competente pueda facilitar la cooperación internacional es esencial que tenga capacidad para tomar las decisiones internas necesarias para responder afirmativa o negativamente a una solicitud extranjera. También en esto, el artículo 17 deja que cada parte determine la mejor manera de llegar a tal decisión.

A este respecto, la práctica ha sido también muy diversa. En algunos casos, la decisión corresponde al funcionario o los funcionarios

designados dentro de la propia autoridad competente, opción que tiene ventajas obvias. En otros países, la decisión se toma previa aprobación de o consulta con más de un departamento gubernamental (casi siempre el Ministerio de Asuntos Exteriores y/o el Ministerio de Justicia). En otros casos, uno o varios ministros designados dan la autorización final a alto nivel político.

Al seleccionar el procedimiento más adecuado, no obstante, los Estados deberían considerar las dificultades prácticas de las diversas opciones. En particular, habría que tener en cuenta que las solicitudes en virtud del artículo 17 requieren con frecuencia una respuesta urgente. Horarios de oficina, fines de semana o fiestas oficiales no son aplicables a los servidores de la ley encargados de combatir el tráfico ilegal de drogas por mar. Las diversas opciones deben pues valorarse, al menos en parte, en función de ese imperativo. El uso de sistemas muy complejos con intervención de múltiples agencias o departamentos, o procedimientos que requieran acceso urgente a ministros, podría dificultar la rapidez de las decisiones.

Cualquiera que sea el sistema de autorización adoptado, la autoridad nacional competente debe disponer de procedimientos y directrices claras para actuar con prontitud y eficiencia. En particular, hay que considerar cuidadosamente la designación de suplentes de quienes tienen responsabilidades decisorias, de manera que haya siempre alguien que pueda conceder la autorización necesaria o dar la información requerida.

### *Cuestiones de nacionalidad y matrícula*

Conviene notar que la Convención sobre el Derecho del Mar dispone que cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y para que tengan el derecho de enarbolar su pabellón (artículo 91). Los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado (artículo 92). Los buques tienen la nacionalidad del Estado cuyo pabellón tienen derecho a enarbolar, y la expresión “Estado del pabellón” designa en general el Estado cuya nacionalidad tiene el buque.

La concesión de nacionalidad no es una mera formalidad administrativa, sino que implica la aceptación por un Estado de la responsabilidad de ejercer control sobre una nave. El artículo 94 de la Convención sobre el Derecho del Mar establece los deberes del Estado del pabellón y especifica, entre otras cosas, que todo Estado deberá ejercer de manera efectiva su jurisdicción y control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales sobre los buques que enarbolan su pabellón. Un Estado mantendrá un registro de buques en el que figuren los nombres y características de los que enarbolan su pabellón, con excepción de aquellos

que, por sus reducidas dimensiones, estén excluidos de las reglamentaciones internacionales generalmente aceptadas. La Convención no detalla las condiciones de inscripción en el registro. No obstante, cabe deducir de los artículos 91 y 92 que no se permite la doble nacionalidad y por consiguiente la doble inscripción, salvo en casos excepcionales expresamente previstos en tratados internacionales. Una orientación respecto a las dimensiones de los barcos de pesca excluidos de la aplicación de las reglamentaciones internacionales se contiene en el Protocolo de 1993 adjunto a la Convención Internacional de Torremolinos para la Seguridad de los Buques de Pesca, que se aplica a embarcaciones de pesca de más de 24 metros de eslora.

El artículo 17 de la Convención de 1988, en su párrafo 3, se refiere de la siguiente manera a la confirmación de matrícula en el registro de naves sospechosas:

“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.”

La práctica de algunos Estados atribuye gran importancia al establecimiento de vínculos adecuados entre la autoridad nacional competente y el registro nacional de buques. A este respecto, la autoridad nacional debe poder comprobar la matrícula de los buques sospechosos y, para ello, los Estados partes deben mantener un registro con información sobre las naves que enarbolan su pabellón y, según la recomendación del Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima en 1995, poner el máximo empeño en informatizar un conjunto detallado de datos sobre buques de su matrícula para facilitar la identificación de los buques que enarbolan su pabellón (E/CN.7/1995/13, párr. 5). Además, puede ser útil que la autoridad nacional establezca procedimientos para comprobar si están en curso otras operaciones de los agentes de la ley en relación con la misma nave.

Actualmente, muchas autoridades nacionales carecen de acceso electrónico directo a su registro naviero nacional, y a menudo les resulta difícil y lenta la comprobación de la información pertinente, especialmente fuera del horario normal de oficina. Las comprobaciones en el registro son pues, a menudo, causa de dilaciones. Sin embargo, es importante recordar aquí que la decisión de autorizar o no acciones de un **Estado solicitante** dependerá no solo de la matrícula de la nave sino también de una valoración de factores políticos, jurídicos, económicos y otros.

De hecho, la experiencia muestra que el proceso de comprobación de la matrícula debería separarse, en lo posible, de los procedimientos de autorización del Estado del pabellón. En caso de que la decisión de conceder o no autorización se tome antes de terminar la comprobación de la matrícula, conviene que se comunique sin demora tal decisión al país solicitante. Es importante señalar que se ha abierto paso la práctica de conceder autorización a partir del supuesto operacional de un resultado positivo de la comprobación de matrícula. Se habla así a veces de **autorización provisional del Estado del pabellón** o **autoridad del presunto Estado del pabellón**, lo que parece encajar en el contexto de la Convención sobre el Derecho del Mar, según la cual el Estado del pabellón se identifica en atención a la bandera que enarbola la nave, y tiene jurisdicción y poder de control sobre las naves que enarbolan su bandera.

Como se ha dicho, esta práctica se basa en el derecho internacional del mar, es decir la regla de que la bandera que enarbola la nave es el símbolo de su nacionalidad, constituyendo la inscripción en el registro un procedimiento por el cual se confiere la nacionalidad a un buque. Una nave falsamente matriculada se considera como nave sin nacionalidad. Así lo refleja, en parte, el artículo 92 de la Convención sobre el Derecho del Mar, que en su párrafo 2 dice así:

“2. El buque que navegue bajo los pabellones de dos o más Estados, utilizándolos a su conveniencia, no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades frente a un tercer Estado y podrá ser considerado buque sin nacionalidad.”

De ahí se sigue que si una nave pretende tener la nacionalidad del Estado requerido cuando no tiene derecho a ella, podrá ser considerada como sin nacionalidad. Esto a su vez da lugar a ciertos derechos de acción independientes por parte de otros Estados con arreglo al derecho internacional del mar (véase más adelante la sección sobre naves sin nacionalidad). A este respecto, debe recordarse que, en su resolución 43/5 aprobada en marzo de 2000, la Comisión de Estupefacientes se refirió a la posibilidad de que los capitanes de buques recurran a tales prácticas fraudulentas, y recalcó esta regla particular del derecho internacional del mar.

Otro factor que puede interesar en este contexto es que no es raro que los Estados eximan a ciertas categorías de naves pequeñas, como yates y otras embarcaciones de recreo, de los requisitos nacionales de matrícula. La consecuencia es que ciertas naves además de las inscritas en el registro nacional pueden tener derecho a enarbolar el pabellón del Estado requerido y a la protección de su nacionalidad.

En tales casos, el único requisito según el párrafo 2 del artículo 91 de la Convención sobre el Derecho del Mar es que el Estado que haya



concedido a una nave el derecho a enarbolar su pabellón deberá proveer a dicha nave de los documentos pertinentes<sup>13</sup>. En estas circunstancias, la inspección de los documentos de la nave puede ser la única manera de comprobar la validez de su adscripción a una nacionalidad. La autorización provisional del presunto Estado del pabellón puede ser una manera útil de resolver este tipo de situaciones.

Aunque el permiso para abordar e inspeccionar una nave sobre la base de una autorización provisional o de la autoridad del presunto Estado del pabellón puede ser un medio útil de agilizar el proceso de autorización, no elimina la necesidad de comprobar la matrícula real y comunicar ulteriormente los resultados al Estado interviniente. Esto es así en todos los casos, pero tiene particular importancia cuando el permiso se ha concedido bajo condiciones. Al recibir la aclaración sobre la matrícula y cuestiones conexas, el Estado solicitante verá si las condiciones siguen siendo válidas. En caso de que la nave sea asimilada según el derecho internacional a una nave sin nacionalidad, las condiciones dejarían de ser aplicables y el Estado interviniente tendrá libertad para proceder con arreglo a su derecho de acción independiente, siempre que lo permita la ley nacional.

#### *Consideraciones determinantes de la decisión*

Según el párrafo 4 del artículo 17 de la Convención de 1988:

“. . . el Estado del pabellón podrá autorizar al Estado requirente, entre otras cosas, a:

- a) Abordar la nave;
- b) Inspeccionar la nave;
- 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.”

La Convención no impone la obligación de responder favorablemente a una solicitud, de manera que las autoridades del Estado del pabellón podrán decidir si lo hacen o no. No obstante, el párrafo 1 del artículo 17 estipula claramente la cooperación en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar.

No se limitan las consideraciones que el Estado requerido puede estimar pertinentes para tomar una decisión. El párrafo 5 del artículo 17, no obstante, presenta una lista no exhaustiva:

“5. Cuando se adopte una medida de conformidad con el presente artículo, las Partes interesadas tendrán debidamente en cuenta la

---

<sup>13</sup>Este es un requisito específico respecto a la **nacionalidad de los buques**, del que no se eximen yates y otras embarcaciones pequeñas.



necesidad de no poner en peligro la seguridad de la vida humana 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.”

### **Respuesta a las solicitudes**

La autoridad nacional competente es responsable, directa o indirectamente, de la pronta y adecuada consideración de las solicitudes recibidas respecto al abordaje y la inspección de sus naves, de la respuesta a tales solicitudes y, cuando proceda, de tomar las medidas necesarias respecto a la nave, las personas y la carga a bordo de ella. Si la autoridad nacional no está facultada para tomar una decisión en estas cuestiones esenciales, le incumbirá la responsabilidad de iniciar el necesario proceso de toma de decisiones. Si la autorización de abordar, inspeccionar y tomar medidas contra naves que enarbolan su pabellón requiere la aprobación de más de un departamento del gobierno (por ejemplo, del Ministerio de Asuntos Exteriores y del Ministerio de Justicia), deberá haber un procedimiento establecido para la obtención de las aprobaciones necesarias con prontitud. Una manera de hacerlo sería que cada ministerio interesado estableciera un centro de enlace. Otro elemento importante de esta función de coordinación es comprobar si está ya en marcha alguna otra operación policial, por ejemplo, la entrega vigilada, en relación con la misma nave.

Comoquiera que se organice, debe establecerse una infraestructura administrativa adecuada para facilitar el ejercicio de las responsabilidades de la autoridad nacional competente de manera efectiva y rápida. Es esencial la disponibilidad de medios modernos de comunicación como teléfono, fax y, si es posible, correo electrónico. En el mar, el tiempo es esencial. La experiencia ha enseñado que es difícil, en la práctica, confiar en los lentos conductos diplomáticos. Los Comentarios al artículo 17, párrafo 7, de la Convención de 1988 (párr. 17.21) observan:

“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.”

Desde la entrada en vigor de la Convención de 1988, varias resoluciones de la Comisión de Estupefacientes han recalcado la necesidad de procedimientos rápidos. En su resolución S-20/4 C, la Asamblea General recomendó que los Estados revisen los conductos y procedimientos de comunicación entre las autoridades competentes para facilitar su coordinación y cooperación con miras a obtener una mayor rapidez de decisión y respuesta (párr. 6 b)).

El retraso en conceder una autorización puede tener como consecuencia la pérdida de la oportunidad de actuar contra los traficantes de droga en el mar. Por ejemplo, las condiciones atmosféricas podrían empeorar, la nave podría alcanzar las aguas territoriales de un tercer Estado, o los traficantes podrían destruir la carga ilícita y otras pruebas de su participación en el tráfico ilícito. Será necesario que el Estado requerido actúe en cuestión de horas más bien que días. Por esta razón, por ejemplo, el artículo 7 del acuerdo del Consejo de Europa para la aplicación del artículo 17 de la Convención de 1988 estipula que la decisión sobre la autorización sea comunicada “. . . en lo posible, antes de cuatro horas a contar de la recepción de la solicitud”. En el informe explicativo oficial asociado se hace notar que este plazo “. . . ha de considerarse como el tiempo límite para la comunicación de la decisión en la mayoría de los casos” con arreglo al acuerdo. De ello se desprende que la mejor práctica requiere que la autoridad nacional competente debe estar en condiciones de recibir y dar respuesta a las solicitudes las 24 horas del día y los siete días de la semana.

#### *Respuesta favorable*

Si una autoridad competente decide acceder a una solicitud, puede someter la autorización al cumplimiento de condiciones por el Estado interviniente. Así se prevé explícitamente en el párrafo 6 del artículo 17, que dice así:

“6. El Estado del pabellón podrá, en consonancia con sus obligaciones previstas en el párrafo 1 del presente artículo, someter su autorización a condiciones que serán convenidas entre dicho Estado y la Parte requirente, sobre todo en lo que concierne a la responsabilidad.

Los Comentarios al artículo 17 (véase el párr. 17.20) observan que la mención de la responsabilidad en la anterior disposición se refiere a la responsabilidad por “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.”

Pueden también especificarse, por supuesto, condiciones de otro tipo. En la práctica, algunas condiciones han sido, por ejemplo:

- a) Una obligación del Estado interviniente de consultar al Estado del pabellón antes de llevar la nave a la jurisdicción de un tercer Estado;
- b) La imposición de restricciones o normas relativas al uso de la fuerza en la acción propuesta;
- c) La concesión de autorización sin perjuicio del derecho del Estado del pabellón de ejercer su jurisdicción respecto a los delitos que puedan

haber cometido los propietarios de la nave o las personas que se encuentren a bordo.

Por el contrario, es relativamente infrecuente en la práctica de los Estados la especificación de condiciones en cuanto a los costos. No obstante, el principio general establecido es que los costos de tales operaciones corren normalmente a cargo del Estado interviniente. Como indicó el Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima en 1995 (véase E/CN.7/1995/13, párr. 19), “De no convenirse otra cosa, los costos de la operación de visita deberían correr a cargo del Estado interviniente.” Esta sección de la Guía se ha compuesto sobre esa base.

Cuando las condiciones confieren al Estado del pabellón el derecho a determinar qué medidas podrán tomarse una vez conocidos los resultados del abordaje y la inspección de la nave, la autoridad que ha dado su autorización debe cuidar de que haya funcionarios debidamente capacitados para dar instrucciones sin demora.

Aunque las partes tienen libertad para formular las condiciones necesarias, debe observarse que el párrafo 6 del artículo 17 requiere que las condiciones sean convenidas de mutuo acuerdo. Así pues, se impondrán únicamente en la medida en que se consideren estrictamente necesarias.

#### *Denegación de solicitudes*

Como ya se ha dicho, el Estado del pabellón no está obligado legalmente a acceder a una solicitud de autorización para abordar e inspeccionar una de sus naves. Sin embargo, la obligación de “responder con celeridad a una solicitud” se extiende también a las situaciones en que el resultado del proceso interno de toma de decisión sea negativo. La pronta respuesta al Estado solicitante con la decisión de denegar la autorización permitirá tomar las medidas necesarias para suspender una operación policial marítima que podría ser compleja y costosa.

El artículo 17 no impone la obligación de dar las razones de una decisión negativa. Sin embargo, como observan los Comentarios a la Convención de 1988 (párr. 17.37), “el espíritu de la Convención llevaría a indicar, en los casos apropiados, el fundamento de la decisión adoptada”. Por esta razón, el formulario modelo de respuesta contenido en el anexo III ofrece la oportunidad de proporcionar información al respecto, y se insta a las partes a hacer uso de esta posibilidad en los casos apropiados.

#### *Actuación ulterior*

Con arreglo al párrafo 8 del artículo 17, “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.”

La rápida comunicación de los resultados de interés a la autoridad nacional competente del Estado del pabellón contribuirá a fomentar y consolidar el espíritu de confianza mutua que es esencial para la cooperación internacional efectiva. La pronta presentación de un informe sobre los resultados (cuyo formulario modelo figura en el anexo IV) es todavía más importante cuando el Estado del pabellón se ha reservado el derecho de formular instrucciones finales a la vista de los resultados de la intervención. Como observó en 1995 el Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima (E/CN.7/1995/13, párr. 18),

“... los dos Estados deberían acordar las medidas adecuadas que proceda adoptar, pero sin menoscabo alguno del principio de la **jurisdicción exclusiva** del Estado del pabellón según reconoce el derecho internacional. El Estado del pabellón puede declinar expresamente el ejercicio de su jurisdicción en favor del Estado interviniente, en razón de las pruebas recogidas durante la visita e inspección.”

Si el Estado del pabellón decide ejercer su jurisdicción respecto a la nave y quienes se encuentren a bordo, será necesario un diálogo constante con el Estado interviniente. Se precisará una amplia coordinación con otras autoridades nacionales encargadas de hacer cumplir las leyes sobre drogas, perseguir los delitos y cuestiones conexas, para asegurar el traspaso sin tropiezo de la jurisdicción y la responsabilidad.

Cuando el Estado del pabellón decline el ejercicio de su jurisdicción exclusiva para permitir, entre otras cosas, la incoación de un proceso por y con arreglo a la ley nacional del Estado interviniente, el papel de la autoridad designada del Estado del pabellón será normalmente más reducido y menos apremiante.

### **Presentación de solicitudes**

#### *Decisión de formular una solicitud*

La autoridad nacional competente debe cuidar de que las solicitudes de autorización con arreglo al artículo 17 se formulen y transmitan únicamente en casos apropiados. Para ello, deberán adoptarse disposiciones para analizar cuidadosamente las circunstancias de cada caso. Han de tomarse en consideración las características de la nave y la naturaleza del viaje. Por ejemplo, en muchos casos las medidas contra buques que ofrezcan servicios regulares de pasajeros o grandes buques dedicados al transporte comercial podrán tomarse con más efectividad por las autoridades del siguiente puerto de escala. Debe recordarse también a este respecto que según el párrafo 5 del artículo 17, cuando se adopten medidas, las partes interesadas (incluido el Estado interviniente) “tendrán debidamente

en cuenta la necesidad de no poner en peligro la seguridad de la vida humana 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”. Deberá estudiarse también el uso de estrategias alternativas para hacer respetar la ley, como la entrega vigilada.

Es preciso también que los funcionarios de la autoridad nacional competente tengan la seguridad de que se han cumplido o se cumplirán todos los requisitos contractuales pertinentes. Por ejemplo, según el párrafo 3 del artículo 17 debe haber “motivos razonables para sospechar” que la nave se utiliza para el tráfico ilícito. Análogamente, con arreglo al párrafo 10, las medidas coercitivas que se adopten “serán sólo aplicadas por buques de guerra o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como naves o aeronaves al servicio de un gobierno y autorizadas a tal fin.”

Finalmente, antes de transmitir una solicitud, la autoridad nacional competente debe tener la seguridad de que las acciones para las que se pide autorización están debidamente previstas en la legislación interna (véase el capítulo III *supra*).

#### *Contenido y transmisión de la solicitud*

La solicitud, una vez formulada, tiene que ser transmitida a la autoridad competente del Estado del pabellón. Es preciso que contenga información expuesta con suficiente claridad para que pueda ser considerada y respondida prontamente. Aunque el artículo 17 no especifica el contenido de tales solicitudes, el formulario modelo reproducido en el anexo II trata de recoger la mejor práctica.

No obstante, sería conveniente establecer, cuando fuera posible, contacto telefónico o similar en tiempo real con la autoridad designada del Estado requerido para comprobar previamente si la solicitud propuesta es adecuada para ese Estado en su forma y su contenido. Además, una autoridad nacional competente efectiva no se limitará a transmitir la solicitud y esperar una respuesta. Mantendrá, cuando proceda, un diálogo con sus contrapartes en el país requerido para resolver los problemas o cuestiones que surjan y observar la marcha del proceso. Como antes se ha expuesto, los Estados pueden encontrar útil identificar un punto inicial de contacto distinto de la autoridad nacional para ayudar en la transmisión preliminar de la información que posteriormente se utilizará en una solicitud formal.

#### *Coordinación y actuación ulterior*

Como se ha indicado anteriormente en la presente Guía, la actuación de la autoridad nacional competente no termina una vez recibida una

autorización del Estado del pabellón. Según el párrafo 8 del artículo 17, deberá informar con prontitud al Estado del pabellón de los resultados de cualquier medida adoptada. Un formulario modelo a este efecto se presenta en el anexo IV.

En el plano interno, la autoridad nacional debe estar en condiciones de valorar la autorización recibida y, en particular, la aceptabilidad de las condiciones que puedan haberse impuesto. Debe estar también en condiciones de informar a las autoridades operativas pertinentes sobre tales condiciones y limitaciones (que deben respetar, con arreglo a la Convención de 1988).

### **Consideraciones especiales: naves sin nacionalidad y con pabellón del Estado requirente**

#### *Naves sin nacionalidad*

Aunque la gran mayoría de los casos que se plantean en la práctica se refieren a solicitudes de actuar contra naves de terceras partes en la Convención de 1988, el párrafo 2 del artículo 17 prevé también la cooperación en otras dos circunstancias, de esta manera:

“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.”

Se acepta en general que esta formulación abarca tanto las naves con el propio pabellón de la parte solicitante como las naves sin nacionalidad o asimiladas a ellas en el derecho internacional. Respecto a esta última categoría, cada país tiene ciertos derechos unilaterales a tomar medidas, de conformidad con el derecho internacional del mar. En virtud del artículo 110 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, un buque de guerra tiene derecho a abordar un buque extranjero que encuentre en alta mar si hay motivo razonable para sospechar, entre otras cosas, que el buque no tiene nacionalidad. En tales casos, el buque de guerra podrá proceder a verificar el derecho del buque a enarbolar su pabellón. Para ello, podrá enviar una lancha al mando de un oficial al buque sospechoso. Si aun después de examinar los documentos persisten las sospechas, podrá proseguir el examen a bordo del buque, que deberá llevarse a efecto con todas las consideraciones posibles.

En este contexto, el artículo 17 de la Convención de 1988 prevé la posibilidad de que un Estado que tenga motivos razonables para

sospechar que una nave sin nacionalidad se dedica al tráfico ilícito no esté en condiciones, por razones geográficas o de práctica policial, de impedir por sí mismo el uso de la nave con ese propósito. En tales circunstancias, puede requerir la asistencia de otra parte en la Convención. Las solicitudes al respecto deben utilizar los canales de comunicación establecidos entre autoridades nacionales competentes para la aplicación del artículo 17.

La posición de un Estado que reciba tal solicitud se define así en los Comentarios al artículo 17 de la Convención de 1988 (párr. 17.47):

“Sólo la parte requerida puede determinar qué medidas son apropiadas. Ahora bien, la obligación de la parte requerida es proporcionar asistencia con los medios de que disponga y. . . al hacer esa determinación puede correctamente tener en cuenta factores económicos, incluso 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 costos.”

#### *Naves con pabellón del Estado requirente*

El párrafo 2 del artículo 17 prevé también que un Estado puede solicitar la asistencia de otras partes en la Convención para reprimir la utilización de una de sus propias naves de la que tenga motivos razonables para sospechar que se dedica al tráfico ilícito. Esta disposición se basa en el párrafo 2 del artículo 108 de la Convención sobre el Derecho del Mar, que mantiene el principio de que sólo el Estado del pabellón está facultado para actuar contra un buque que enarbole su pabellón y se dedique al tráfico ilícito, excepto cuando requiera la asistencia de otro Estado. No es probable que estas solicitudes se formulen con mucha frecuencia.

En la mayoría de estos casos, la solicitud abarcará algunas o todas las medidas previstas en el párrafo 4 del artículo 17. Sin embargo, es perfectamente posible que se pida también asistencia para muchos otros fines, tales como la ayuda para localizar la nave en cuestión, empezar a vigilarla y transferir después la vigilancia a un buque del gobierno del Estado del pabellón, o permitir la presencia de personal policial del Estado del pabellón a bordo de buques del gobierno del Estado requerido.

Sería prudente que tales solicitudes más amplias se hicieran por conducto de la red de autoridades nacionales competentes para la aplicación del artículo 17. Al formular y responder a tales solicitudes, será necesario tener presentes las siguientes palabras aclaradoras contenidas en los Comentarios a la Convención de 1988 (párr. 17.44):



“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. . . La parte requerida quizá desee también indicar las condiciones en que estaría dispuesta a responder de manera positiva.”

En este contexto, la práctica internacional no está totalmente desarrollada ni es enteramente uniforme. Sería pues útil que las autoridades nacionales apropiadas consideren por anticipado qué posición adoptarían en casos de este tipo en relación con cuestiones fundamentales como costos y daños.

### **Posibles responsabilidades adicionales**

Desde 1988 se ha desarrollado una amplia gama de acuerdos y arreglos relativos al contrabando de droga por mar, proceso alentado por el párrafo 9 del artículo 17

“9. Las Partes considerarán la posibilidad de concertar acuerdo o arreglos bilaterales y regionales para llevar a la práctica las disposiciones del presente artículo o hacerlas más eficaces.”

Tal cooperación se ha materializado en las regiones donde existe tráfico marítimo ilícito, como el Caribe. Por ejemplo, más de 20 acuerdos bilaterales se han concertado entre los Estados Unidos de América y los países de la región sobre cuestiones como presencia de agentes de policía de un Estado en los buques de otro, abordaje de naves, persecución, entrada en aguas territoriales para investigar, sobrevuelo y transmisión de órdenes de aterrizaje a aeronaves. También se han firmado acuerdos de patrullaje conjunto. Se han firmado asimismo acuerdos entre otros países de la región, entre ellos países europeos que tienen territorios de ultramar en el Caribe (Francia, Países Bajos y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte). Los países del Caribe y ribereños han concertado un acuerdo regional sobre cooperación para reprimir el tráfico marítimo ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas en toda la cuenca del Caribe.

La atribución o no de responsabilidades en relación con la aplicación de tales acuerdos y arreglos a la autoridad nacional competente para aplicar el artículo 17 de la Convención de 1988 es una cuestión que ha de determinar cada parte. Si es factible, una misma autoridad competente debería tener la responsabilidad respecto a todos estos acuerdos o arreglos; sin embargo, será necesario tomar medidas para cuidar de que los agentes a cargo del funcionamiento del sistema estén en condiciones, en la práctica, de distinguir entre situaciones regidas por la Convención de 1988 y las reguladas por otros acuerdos y arreglos, y de recurrir realmente a los procedimientos y prácticas pertinentes en cada caso.



# PARTE SEGUNDA

## Anexos



# ANEXO I

## Resumen de la Guía Práctica

### Autoridades nacionales competentes en la práctica

Directrices operacionales para las autoridades nacionales competentes en virtud del artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988

### CONSIDERACIONES PRÁCTICAS

#### Responsabilidades principales

Las autoridades nacionales competentes son responsables de:

- Considerar y dar respuesta con prontitud y eficiencia a las solicitudes recibidas.
- Supervisar la calidad y la efectividad de las respuestas.
- Facilitar información y asesoramiento a sus contrapartes de otros Estados.

#### Requisitos básicos

Las autoridades nacionales competentes deben:

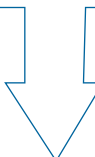
- Ser capaces de tramitar y responder a las solicitudes con celeridad y eficiencia.
- Poder comunicar y mantener relaciones con sus contrapartes en otros Estados y con las autoridades internas interesadas (aduanas, policía, guardacostas, etc.).
- Estar equipadas para asesorar sobre los requisitos y limitaciones legales u otros relativos a la formulación y tramitación de solicitudes.
- Ser conocidas por sus contrapartes de otros Estados y por las autoridades internas interesadas respecto a su existencia, su función y sus direcciones de contacto.

#### CUESTIONES FUNDAMENTALES

- El **artículo 17** no fija normas para la tramitación de las solicitudes. No obstante, la experiencia dice que un sistema y unos procedimientos nacionales claros y bien definidos para tratar tales solicitudes son la mejor manera de asegurar su tramitación pronta y eficiente.
- **El ideal** es que la misma autoridad nacional competente sea responsable tanto de recibir como de transmitir solicitudes a otras Partes en la Convención de 1988. Sin embargo, el artículo 17 no exige que sea así.
- **Lo habitual** es que las solicitudes incluyan la solicitud de confirmación de la matrícula de las naves. La autoridad nacional competente debería pues tener fácil acceso al registro naviero nacional.

## RECEPCIÓN DE SOLICITUDES

**Un importante requisito previo**  
es la definición de los datos esenciales  
que debe contener la solicitud



### Por ejemplo

Las solicitudes deben contener:

- La identidad de la parte requirente, en especial la autoridad que emite la solicitud y el órgano encargado de tomar las medidas.
- Una descripción de la nave, con su nombre, pabellón que enarbola y puerto de matrícula y otra información disponible.
- Detalles conocidos sobre la travesía y la tripulación.
- Información sobre posición e informe meteorológico.
- Razones de la solicitud (explicación de las circunstancias en apoyo de la intervención).
- Medidas propuestas.
- Cualquier otra información pertinente.
- Medidas solicitadas por el Estado interviniente (incluida la confirmación de la matrícula de la nave y el permiso para abordarla e inspeccionarla, en su caso), eventualmente con los plazos para la acción.

### CUESTIONES FUNDAMENTALES

- **Las partes** tienen libertad para determinar el contenido de las solicitudes, la forma en que han de transmitirse y el idioma en el que han de formularse. No obstante, es evidente la necesidad de armonizar su enfoque para evitar que prácticas nacionales contradictorias dificulten una cooperación efectiva.
- **Incluso** cuando se requiere que las solicitudes sean escritas, se ha comprobado que el uso de todos los demás medios de comunicación entre las autoridades nacionales competentes reduce considerablemente las complicaciones que retrasan la tramitación de las solicitudes.

## TOMA DE DECISIONES

El **artículo 17** deja a las partes la decisión sobre el procedimiento más adecuado que ha de seguirse una vez recibidas las solicitudes, así como el nivel en el que han de tomarse las decisiones. Las partes pueden adoptar diferentes sistemas. Por ejemplo:

La autoridad nacional competente es plenamente responsable de la decisión y de la respuesta a la solicitud

- No se pierde tiempo en consultar con otros organismos
- No hay necesidad de localizar y contactar con altos funcionarios que podrían no estar disponibles
- Las dudas, las preguntas y la necesidad de datos adicionales pueden resolverse directamente con la contraparte extranjera

Es necesario consultar con uno o más organismos, aparte de las autoridades nacionales competentes, para adoptar una decisión

- Se pueden aclarar mejor las cuestiones que escapan al ámbito de la autoridad nacional competente
- Puede demorarse notablemente la respuesta a las solicitudes

Es preciso que un ministro u otro alto funcionario tome las decisiones necesarias para responder a las solicitudes

- Se puede tener la seguridad de que las instancias políticas requeridas están informadas y asumen la responsabilidad de asuntos posiblemente delicados
- Pueden demorarse las respuestas tanto que hagan inviable la actuación del Estado requirente.

## CUESTIONES FUNDAMENTALES

- **Aunque** las partes tienen libertad para decidir qué sistema es más apropiado para las condiciones del país, hay ventajas evidentes en otorgar a la autoridad nacional competente la capacidad para adoptar las decisiones pertinentes.
- **Al decidir** qué procedimiento se empleará, las partes deben considerar atentamente todos los factores prácticos y legales en juego y cuidar de que, una vez adoptado, el procedimiento sea claro, completo y bien conocido por todos los interesados.

## CUESTIONES DE NACIONALIDAD Y MATRÍCULA

### Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982

#### Principales obligaciones de todas las partes

Todas las partes en la Convención deben:

- Establecer los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y para que tengan el derecho de enarbolar su pabellón (artículo 91).
- Expedir los documentos pertinentes a los buques a que haya concedido el derecho a enarbolar su pabellón (artículo 91).
- Mantener un registro de buques en el que figuren los nombres y características de los que enarbolan su pabellón, con excepción de los excluidos por sus reducidas dimensiones (artículo 94).
- Ejercer su jurisdicción de conformidad con su derecho interno sobre todo buque que enarbole su pabellón y sobre el capitán, oficiales y tripulación, respecto de las cuestiones administrativas, técnicas y sociales relativas al buque (artículo 94).

#### Principios básicos

- Los buques poseen la nacionalidad del Estado cuyo pabellón están autorizados a enarbolar (artículo 91).
- Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque (artículo 91).
- Los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado (artículo 92).
- Salvo en casos excepcionales,<sup>a</sup> los buques estarán sometidos, en la alta mar, a la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón (artículo 92).
- El buque que navegue bajo más de un pabellón según su conveniencia no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades y podrá ser considerado como buque sin nacionalidad (artículo 92).

<sup>a</sup>Definidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y otros tratados internacionales.

## Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988

### Principales obligaciones de los Estados partes requeridos con arreglo al artículo 17

Los Estados requeridos deberán:

- Cooperar en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar (párrafo 1).
- Responder 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 (párrafo 7).
- Designar una o, en caso necesario, varias autoridades para que se encarguen de recibir dichas solicitudes y de responder a ellas.

### Principios básicos

- La autoridad nacional competente debe tener la posibilidad de comprobar la matrícula de la nave sospechosa.
- La autoridad nacional competente debe tener también la posibilidad de comunicar y de actuar como enlace entre la autoridad extranjera requirente y quienquiera que sea el responsable de adoptar decisiones respecto a la solicitud.

### CUESTIONES FUNDAMENTALES

- **La experiencia indica** que el proceso de comprobación de la matrícula debe separarse, en lo posible, del mecanismo de autorización del Estado del pabellón.
- **Una práctica cada vez más corriente** hoy en día consiste en conceder autorización basada en el supuesto de un resultado positivo de la comprobación de la matrícula, lo que algunos llaman autorización provisional del Estado del pabellón. También puede hablarse de autoridad del presunto Estado del pabellón.
- **Esta práctica** agiliza notablemente el proceso de autorización. Sin embargo, no elimina la necesidad de comprobar realmente la matrícula y comunicar ulteriormente los resultados al Estado requirente.

## CONSIDERACIONES DETERMINANTES DE LA DECISIÓN

**El artículo 17** prevé varias medidas que el Estado del pabellón puede autorizar al Estado requirente a realizar respecto a una nave sospechosa de dedicarse al tráfico ilícito por mar.

### Ejemplos de medidas que pueden ser objeto de la solicitud

Párrafo 4

- Abordar la nave
- Inspeccionar la nave
- Adoptar medidas adecuadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentran a bordo, si se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito.

### CUESTIONES FUNDAMENTALES

Al considerar si se autoriza o no adoptar medidas con respecto a una nave que enarbole su pabellón, las partes deberán tener presente lo siguiente:

- **La lista anterior** no es exhaustiva, ya que el número y el tipo de las medidas objeto de la autorización pueden variar en cada caso.
- **Ni la lista** ni ninguna otra parte del artículo 17 imponen la obligación de responder favorablemente a las solicitudes presentadas. La decisión de hacerlo o no incumbe en cada caso a las autoridades del Estado del pabellón.
- **Es necesario** no poner en peligro la seguridad de la vida en el mar ni la de la nave y la carga, ni perjudicar los intereses comerciales y jurídicos del Estado del pabellón o de cualquier otro Estado.
- **No hay límite** para el tipo y número de consideraciones que los Estados pueden tener presentes al decidir respecto a la autorización de las medidas que se pretende adoptar contra sus propias naves, y la Convención de 1988 no fija reglas a este respecto.

## RESPUESTA A LAS SOLICITUDES

### Requisitos para la tramitación apropiada de las solicitudes en virtud del artículo 17

Para que la autoridad nacional competente pueda desempeñar debidamente su papel, los Estados deben cuidar de establecer algunas condiciones básicas de procedimiento y estructura, por ejemplo:

#### De procedimiento

- La autoridad nacional competente debe ser responsable, directa o indirectamente, de la pronta y adecuada consideración de las solicitudes recibidas y dar respuesta a las mismas.
- Si la autoridad nacional no está facultada para decidir sobre estas cuestiones, debe poder al menos iniciar el necesario proceso de toma de decisiones.
- Si la autorización en cuestión requiere la aprobación de más de un departamento del gobierno (por ejemplo, dos o más ministerios), deberá haber un procedimiento establecido para que la autoridad nacional obtenga las aprobaciones necesarias con prontitud.

#### De estructura

- La autoridad nacional competente debe poder comprobar si está ya en marcha alguna otra operación policial, tal como la entrega vigilada, en relación con la misma nave.
- Debe establecerse una infraestructura administrativa adecuada para facilitar el ejercicio de las responsabilidades de la autoridad nacional.
- Deben facilitarse medios modernos de comunicación como teléfono, fax y, si es posible, correo electrónico.

### CUESTIONES FUNDAMENTALES

La no autorización de la intervención en tiempo oportuno puede significar la pérdida de la oportunidad de actuar contra los traficantes de drogas en el mar, porque:

- **Las condiciones meteorológicas** podrían empeorar.
- **La nave** podría alcanzar las aguas territoriales de un tercer Estado.
- **Los traficantes** podrían destruir la carga ilícita y otras pruebas de su actividad delictiva.



## RESPUESTA FAVORABLE A UNA SOLICITUD

**El artículo 17** en modo alguno obliga a los Estados requeridos, al responder favorablemente a una solicitud, a autorizar simplemente al Estado requirente a realizar todas las acciones previstas en su solicitud. Por el contrario, el párrafo 6 dispone expresamente que la autorización estará sometida a las condiciones que haya aceptado el Estado requirente.

### Condiciones posibles

Las condiciones exigidas pueden ser:

- Una obligación del Estado interviniente de consultar al Estado del pabellón antes de llevar la nave a la jurisdicción de un tercer Estado.
- La imposición de restricciones, normas u obligaciones particulares relativas al uso de la fuerza en la acción.
- Garantías para el ejercicio eventual de la jurisdicción del Estado del pabellón respecto a los delitos que puedan haber cometido los propietarios de la nave o las personas que se encuentren a bordo.

### CUESTIONES FUNDAMENTALES

- **En la práctica**, la especificación de condiciones relativas al costo es relativamente infrecuente.
- **El principio general** que se ha impuesto es que los costos de estas operaciones corren normalmente a cargo del Estado interviniente.
- **Cuando el Estado del pabellón** se reserva el derecho de determinar qué medidas pueden tomarse tras el abordaje y la inspección de una nave debe cuidar de que se disponga de agentes debidamente capacitados para dar instrucciones oportunas.
- **Aunque las partes tienen libertad** para formular las condiciones que crean oportunas, conviene ser prudentes. Deberían imponerse tan solo las condiciones estrictamente necesarias. Por ejemplo, si las condiciones son inaceptables para el Estado solicitante, podría abstenerse de intervenir.

## DENEGACIÓN DE SOLICITUDES

**El artículo 17** no obliga a las partes en la Convención de 1988 a responder favorablemente a las solicitudes. Por el contrario, los Estados requeridos podrán negarse a autorizar cualquier acción requerida en cumplimiento del artículo 17 si creen que es lo más adecuado en las circunstancias. Sin embargo, la autoridad nacional competente de un Estado requerido debe tener presentes algunas consideraciones al denegar una autorización.

### Tales consideraciones son:

- La obligación de “responder con celeridad” es también aplicable al caso de respuesta negativa. Una rápida comunicación de la decisión de denegar la autorización permitirá al Estado solicitante suspender una operación policial marítima que podría ser compleja y costosa.
- Aunque el artículo 17 no impone la obligación de dar las razones de una decisión negativa, en los Comentarios se observa que “el espíritu de la Convención llevaría a indicar, en los casos apropiados, el fundamento de la decisión adoptada”.

## PRESENTACIÓN DE SOLICITUDES

El **artículo 17** establece un solo requisito específico en su párrafo 3, respecto a la presentación de solicitudes, a saber que el Estado requirente tenga motivos razonables para sospechar que una nave está siendo utilizada para el tráfico ilícito. Sin embargo, la experiencia indica que las autoridades nacionales competentes deberían asegurarse de que las solicitudes de autorización en virtud del artículo 17 se formulen y transmitan únicamente cuando sea apropiado. Para ello, debe existir un mecanismo para someter las circunstancias de cada caso a un cuidadoso análisis, teniendo presentes varias consideraciones.

### Tales consideraciones son:

- Si el tipo de medidas para las que se pide autorización está debidamente previsto en su derecho interno.
- Las características de la nave y la naturaleza del viaje.
- Si las medidas podrían adoptarse mejor por las autoridades del siguiente puerto de escala.
- La posibilidad de recurrir a otras estrategias policiales, como la entrega vigilada.
- Si se cumplirán o no todos los requisitos pertinentes de los tratados.

### CUESTIONES FUNDAMENTALES

Los Estados requirentes, al considerar la formulación de una solicitud en virtud del artículo 17, deben tener presentes algunos requisitos básicos establecidos por la Convención de 1988 para la planificación y ejecución de intervenciones policiales en el mar.

- **La necesidad** de no poner en peligro la seguridad de la vida humana 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.
- **Que toda acción** ha de ser realizada únicamente por buques de guerra o aeronaves militares, u otras naves o aeronaves que lleven signos claros e identificables de estar al servicio de un gobierno y autorizadas a tal fin;

## CONTENIDO Y TRANSMISIÓN DE LA SOLICITUD

**El artículo 17** no especifica el contenido ni las modalidades de transmisión de las solicitudes, pero las autoridades nacionales competentes de los Estados requirentes deben tener presentes algunas consideraciones importantes:

- La solicitud tiene que contener información suficiente y clara y documentación de apoyo para que pueda ser considerada y respondida prontamente.
- Es aconsejable establecer contacto telefónico o similar en tiempo real con la autoridad nacional del Estado requerido, para comprobar lo más pronto posible si la solicitud propuesta es suficiente, y si es adecuada para ese Estado en su forma y su contenido.
- Es también aconsejable mantener un diálogo con las contrapartes en el país requerido para resolver los problemas o cuestiones que surjan y observar la marcha del proceso.

## COORDINACIÓN Y ACTUACIÓN ULTERIOR

**El artículo 17**, párrafo 8, establece para las partes que han intervenido en la acción en virtud del artículo 17 una clara obligación de informar con prontitud al Estado del pabellón de los resultados de esa medida. Aparte de esa obligación, los Estados intervinientes podrán tener también presentes otras consideraciones para hacerlo.

### Tales consideraciones son:

- En el nivel más básico, la rápida comunicación de los resultados de interés a la autoridad nacional competente del Estado del pabellón contribuirá a fomentar y consolidar el espíritu de confianza mutua que es esencial para la cooperación internacional efectiva.
- La pronta presentación de un informe sobre los resultados es todavía más importante cuando el Estado del pabellón se ha reservado el derecho de formular instrucciones finales a la vista de los resultados de la intervención.
- En los casos en que el Estado del Pabellón decida ejercer su jurisdicción respecto a la nave y quienes se encuentren a bordo, será necesario un diálogo constante con el Estado interviniente para asegurar un exitoso procesamiento judicial.

## CUESTIONES FUNDAMENTALES

- En el plano interno, la autoridad nacional competente debe estar en condiciones de valorar la autorización recibida y, en particular, la aceptabilidad de las condiciones que puedan haberse impuesto. Debe estar también en condiciones de informar a las autoridades policiales pertinentes sobre tales condiciones y limitaciones, que son jurídicamente vinculantes con arreglo a la Convención de 1988

## CONSIDERACIONES ESPECIALES: NAVES CON PABELLÓN DEL ESTADO REQUERENTE Y SIN NACIONALIDAD

**El artículo 17**, en la práctica, da lugar principalmente a solicitudes de actuar contra naves de otros Estados partes. No obstante, tanto la Convención de 1988 como el derecho internacional del mar prevén la cooperación en otras dos circunstancias:

- Cuando la nave de que se trata enarbola el pabellón del Estado requirente.
- Cuando la nave no tiene nacionalidad, o es asimilada a una nave sin nacionalidad en el derecho internacional.

### CUESTIONES FUNDAMENTALES

- La posibilidad de cooperación en virtud de estas dos disposiciones puede ser particularmente útil cuando un Estado, teniendo motivos razonables para sospechar que una nave con su propio pabellón o sin nacionalidad se dedica al tráfico ilícito, no está él mismo en condiciones de intervenir, por cualquier razón.
- Sería prudente en todos estos casos que las solicitudes se presenten a través de la red de autoridades nacionales competentes con arreglo al artículo 17.
- Puede también pedirse asistencia para otros fines, por ejemplo, para localizar la nave de que se trata, emprender la vigilancia de la nave o permitir la presencia de agentes del Estado del pabellón a bordo de naves del Estado requerido.
- El Estado del pabellón puede someter su solicitud a las condiciones y limitaciones que crea conveniente. El Estado requerido puede igualmente fijar las condiciones para prestar la asistencia requerida, entre ellas el prorrateo de los costos.
- En cuanto a las naves sin nacionalidad, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar reconoce ciertos derechos de tomar medidas.

## ANEXO II

# Formulario modelo de solicitud de autorización en virtud del artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupeficientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988

---

***Solicitud de autorización para tomar las medidas que se especifican respecto a la nave: \_\_\_\_\_ con arreglo al artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupeficientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988***

---

1. Fecha: \_\_\_\_\_ Hora de la solicitud o la transmisión: \_\_\_\_\_ (GMT)  
dd/mm/aa
2. De: \_\_\_\_\_ Tel.: \_\_\_\_\_  
(nombre/título del funcionario)  
 \_\_\_\_\_ Fax: \_\_\_\_\_  
(indíquese la autoridad nacional competente)
3. A: \_\_\_\_\_ Tel.: \_\_\_\_\_  
(nombre/título del funcionario)  
 \_\_\_\_\_ Fax: \_\_\_\_\_  
(indíquese la autoridad nacional competente)
4. Descripción de la nave sospechosa (inclúyase la información disponible y apropiada:  
 Nombre de la nave: \_\_\_\_\_ Tipo de la nave: \_\_\_\_\_  
 Puerto de matrícula: \_\_\_\_\_ Pabellón que enarbola: \_\_\_\_\_  
 Alega estar matriculado:   De qué manera lo alega: \_\_\_\_\_  
SÍ NO  
 \_\_\_\_\_

Otra información de interés sobre la nave (si procede): \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

5. Posición: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

6. Otra información de interés: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

7. Motivos de la solicitud: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

8. Se le solicita por la presente que: (márquese lo que convenga)

*Acciones iniciales:*

Confirme la nacionalidad y, si procede, la matrícula.

Autorice a detener, abordar e inspeccionar la nave.

Autorice a adoptar otras medidas (indíquese cuáles): \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

*Acciones ulteriores:*

Autorice, si se encuentran pruebas de tráfico ilícito, a inmovilizar la nave, custodiar las pruebas y detener provisionalmente a las personas que se encuentren a bordo (según proceda), en nombre de [Estado requerido] en espera de la pronta recepción de instrucciones al respecto.

Autorice, si se encuentran pruebas de tráfico ilícito, a detener formalmente a las personas que se encuentren a bordo y embargar la nave y las pruebas (según proceda), para permitir la incoación del procedimiento y de las correspondientes actuaciones con arreglo a la ley de [Estado requirente].

Autorice a adoptar otras medidas (especifíquense): \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Esta solicitud se presenta en el entendimiento de que las medidas adoptadas en virtud de cualquier autorización concedida serán llevadas a cabo únicamente por buques de guerra o aeronaves militares, u otros buques o aeronaves que lleven signos claros e identificables de estar al servicio del gobierno y autorizados para tal fin.

9. La hora límite en que una respuesta permitirá realizar tal intervención es (indíquese cuando proceda)

\_\_\_\_\_ (GMT)

10. Firma del funcionario autorizado a los efectos del artículo 17 de la Convención de 1988:

\_\_\_\_\_

## ANEXO III

# Formulario modelo de respuesta a una solicitud de otro Estado parte de autorización en virtud del artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988

**Respuesta a la solicitud de autorización de \_\_\_\_\_ (Fecha)**

**de la autoridad nacional competente**

**de \_\_\_\_\_ (País)**

**para tomar las medidas que se especifican respecto a**

**la nave: \_\_\_\_\_ (Nombre)**

**con arreglo al artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas**

**contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y**

**Sustancias Sicotrópicas de 1988**

- 
1. Fecha: \_\_\_\_\_ Hora de la solicitud  
dd/mm/aa o la transmisión: \_\_\_\_\_ (GMT)
2. De: \_\_\_\_\_ Tel.: \_\_\_\_\_  
(nombre/título del funcionario)
- \_\_\_\_\_ Fax: \_\_\_\_\_  
(indíquese la autoridad nacional competente)
3. A: \_\_\_\_\_ Tel.: \_\_\_\_\_  
(nombre/título del funcionario)
- \_\_\_\_\_ Fax: \_\_\_\_\_  
(indíquese la autoridad nacional competente)
4. (Márquese lo que convenga):
- Habiendo considerado la cuestión de la nacionalidad (incluida la matrícula, cuando proceda), negamos a la nave el derecho a enarbolar nuestro pabellón.



- Habiendo considerado la cuestión de la nacionalidad (incluida la matrícula, cuando proceda), por el presente escrito le autorizamos a usted a adoptar las siguientes medidas:

*Acciones iniciales:*

- Detener, abordar e inspeccionar la nave.

Condiciones especiales: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

- Adoptar otras medidas (describanse): \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Condiciones especiales: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

*Acciones ulteriores:*

- Si se encuentran pruebas de tráfico ilícito, inmovilizar la nave, custodiar las pruebas y detener provisionalmente a las personas que se encuentren a bordo (según proceda), en nombre de [Estado requerido] en espera de la pronta recepción de instrucciones al respecto.

- Si se encuentran pruebas de tráfico ilícito, detener formalmente a las personas que se encuentren a bordo y embargar la nave y las pruebas (según proceda), para permitir la incoación del procedimiento y de las correspondientes actuaciones con arreglo a la ley de [Estado requirente].

- Adoptar otras medidas (describanse): \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Condiciones especiales: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

O BIEN

- Se deniega la autorización solicitada por usted (motivos): \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

5. Firma del funcionario autorizado a los efectos del artículo 17 de la Convención de 1988:

\_\_\_\_\_

## ANEXO IV

# Formulario modelo de informe sobre las medidas adoptadas con arreglo a la autorización en virtud del artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988

---

*Informe sobre las medidas adoptadas respecto a la nave:*

*con arreglo al artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas  
contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y  
Sustancias Sicotrópicas de 1988*

---

1. Fecha: \_\_\_\_\_ Hora de la solicitud  
dd/mm/aa o la transmisión: \_\_\_\_\_ (GMT)
2. De: \_\_\_\_\_ Tel.: \_\_\_\_\_  
(nombre/título del funcionario)  
\_\_\_\_\_ Fax: \_\_\_\_\_  
(indíquese la autoridad nacional competente)
3. A: \_\_\_\_\_ Tel.: \_\_\_\_\_  
(nombre/título del funcionario)  
\_\_\_\_\_ Fax: \_\_\_\_\_  
(indíquese la autoridad nacional competente)
4. Posición durante el abordaje de la nave:  
Latitud: \_\_\_\_\_ Longitud: \_\_\_\_\_
5. Fecha del abordaje: \_\_\_\_\_  
dd/mm/aa
6. Siguiendo puerto de escala: \_\_\_\_\_

7. Descripción general de la finalidad del viaje y la naturaleza de la carga: \_\_\_\_\_

---

---

8. Resultado de las medidas adoptadas: \_\_\_\_\_

---

---

9. Otras informaciones de interés (si procede): \_\_\_\_\_

---

---

10. Firma del funcionario autorizado a los efectos del artículo 17 de la Convención de 1988:

---

## ANEXO V

### Glosario

- Autoridad nacional competente** Oficina o agencia del gobierno designada por una parte como responsable para recibir las solicitudes en virtud del artículo 17 de la Convención de 1988 y responder a ellas. También puede estar facultada para formular solicitudes.
- Autorización provisional del Estado del pabellón** Principio según el cual un Estado requerido presume que una nave que enarbola su pabellón tiene su nacionalidad, y en consecuencia autoriza provisionalmente a un Estado requirente a adoptar medidas contra esa nave en virtud del artículo 17 de la Convención de 1988. También se le conoce a veces como autoridad del presunto Estado del pabellón.
- Buque de guerra** Buque perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado que lleve los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un oficial debidamente designado por el gobierno de ese Estado cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón de oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares (artículo 29, Convención sobre el Derecho del Mar).
- Comentarios** Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 1988, preparados por el Secretario General de las Naciones Unidas en cumplimiento de la resolución 1993/42 de 27 de julio de 1993 del Consejo Económico y Social. En el anexo VII de la presente Guía se incluyen algunos extractos de los Comentarios.
- Comisión de Estupefacientes** Comisión orgánica del Consejo Económico y Social establecida en su resolución 9 (I) de 16 de febrero de 1946. La Comisión está autorizada para considerar todas las cuestiones relativas a los objetivos de los tratados internacionales de fiscalización de drogas. La Asamblea General en su resolución 46/185 de 20 de diciembre de 1991 amplió el mandato de la Comisión para que pudiera actuar como órgano rector del PNUFID.
- Convención de 1988** Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 1988.

<b>Convención sobre el Derecho del Mar</b>	Nombre abreviado de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982.
<b>Derecho de persecución</b>	Acción emprendida contra un buque extranjero por un Estado ribereño con motivos fundados para creer que el buque ha cometido una infracción de sus leyes y reglamentos. Solo se podrá empezar mientras el buque extranjero o una de sus lanchas se encuentre en las aguas interiores, en las aguas archipelágicas, en el mar territorial o en la <b>zona contigua</b> del Estado perseguidor. Solo podrá continuar fuera del mar territorial o de la zona contigua si la persecución no se ha interrumpido (artículo 111, Convención sobre el Derecho del Mar). Véase también presencia constructiva.
<b>Derecho internacional del mar</b>	Sector del derecho internacional aplicable al espacio y las actividades oceánicas o en relación con el mar, recogido en gran medida en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982.
<b>Entrega vigilada</b>	Técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, sustancias químicas precursoras o sustancias por las que éstas se hayan sustituido, 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 (artículo 1 g) de la Convención de 1988).
<b>Estado del pabellón</b>	Estado que ha concedido su nacionalidad y con ella el derecho a enarbolar su pabellón a un buque determinado (artículo 91, Convención sobre el Derecho del Mar). El artículo requiere que exista una relación auténtica entre el Estado y el buque.
<b>Estado interviniente</b>	Estado que realiza actividades para hacer respetar la ley a una nave sospechosa de dedicarse al tráfico ilícito en el mar. Por lo general, el Estado interviniente y el Estado requirente serán el mismo.
<b>Estado requerido</b>	Estado que ha recibido una solicitud en virtud del artículo 17 de la Convención de 1988.
<b>Estado requirente</b>	Estado que formula una solicitud en virtud del artículo 17 de la Convención de 1988. Véase también “Estado interviniente”.
<b>Jurisdicción exclusiva</b>	Derecho exclusivo del Estado del pabellón a ejercer su autoridad y control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales sobre las naves que enarbolan su pabellón y a aplicar su legislación nacional a la nave, la carga y las personas por las acciones realizadas a bordo de una nave de su nacionalidad.

<b>Mar territorial</b>	Véanse los artículos 2 a 4 de la parte II de la Convención sobre el Derecho del Mar. El mar territorial puede definirse como una franja de agua de anchura definida, pero no superior a 12 millas marinas medidas a partir de las líneas de base, sobre la cual el Estado ribereño ejerce su soberanía.
<b>Nacionalidad de las naves</b>	Una nave tiene la nacionalidad del Estado cuyo pabellón tenga derecho a enarbolar (artículo 91, Convención sobre el Derecho del Mar).
<b>PNUFID</b>	Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas. Establecido en virtud de la resolución de la Asamblea General 45/179 de 21 de diciembre de 1990.
<b>Presencia constructiva</b>	Concepto derivado del artículo 111 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en los casos de derecho de persecución. En esta situación, aunque el buque nodriza se encuentre en zonas marítimas más allá de las aguas territoriales, puede ser considerado constructivamente como presente en las aguas territoriales si una lancha u otra embarcación que trabaje en equipo utilizando el buque perseguido como buque nodriza se encuentra en el mar territorial o la zona contigua.
<b>Registro</b>	Registro oficial mantenido por un Estado, en el que figuran los nombres y características de los buques que enarbolan su pabellón, con excepción de aquellos buques que, por sus reducidas dimensiones, están excluidos de las reglamentaciones internacionales generalmente aceptadas (artículo 94, párrafo 2 a), Convención sobre el Derecho del Mar).
<b>Zona contigua</b>	Véase el artículo 33 de la Convención sobre el Derecho del Mar. Puede describirse la zona contigua como un espacio contiguo al mar territorial de un Estado ribereño en el que éste puede prevenir y sancionar las infracciones de sus leyes aduaneras, fiscales, de inmigración y sanitarias que se cometan en su territorio. No podrá extenderse más allá de 24 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide el mar territorial.

## ANEXO VI

# Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 1988 (Extractos)

### Artículo 3

#### DELITOS Y SANCIONES

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:

- 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, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971;
  - 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;
  - 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);
  - 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;
  - v) La organización, la gestión o la financiación de alguno de los delitos enumerados en los precedentes apartados i), ii), iii) o iv);
- 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;
- c) A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico:
  - i) La adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos

- de los delitos tipificados de conformidad con el inciso *a)* del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;
- 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;
  - 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;
  - iv) La participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la con-fabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión.
2. A reserva de sus principios constitucionales y de 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.
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.
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.
- 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.
5. Las Partes dispondrán lo necesario para que sus tribunales y demás autoridades jurisdiccionales 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:
- a)* La participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte;
  - b)* La participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas;
  - c)* La participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito;
  - d)* El recurso a la violencia o el empleo de armas por parte del delincuente;
  - e)* El hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo;
  - f)* La victimización o utilización de menores de edad;



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;

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.

6. Las Partes se esforzarán por asegurarse de que cualesquiera facultades legales discretionales, 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.

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.

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.

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.

10. A los fines 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.

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.

#### **Artículo 4**

##### COMPETENCIA

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;

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;

- 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;
  - 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.
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 matriculada con arreglo a su legislación en el momento de cometerse el delito; o
    - ii) El delito ha sido cometido por un nacional suyo;
  - b) Podrá adoptar 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.
3. La presente Convención no excluye el ejercicio de las competencias penales establecidas por una Parte de conformidad con su derecho interno.

### **Artículo 11**

#### ENTREGA VIGILADA

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 de 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.
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.
3. Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias sicotrópicas que contengan.

### **Artículo 17**

#### TRÁFICO ILÍCITO POR MAR

1. Las Partes cooperarán en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar.
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.

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.

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;
- 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.

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.

6. El Estado del pabellón podrá, en consonancia con sus obligaciones previstas en el párrafo 1 del presente artículo, someter su autorización a condiciones que serán convenidas entre dicho Estado y la Parte requirente, sobre todo en lo que concierne a la responsabilidad.

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.

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.

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.

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.

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 internacional del mar, ni de menoscabar esos derechos, obligaciones o competencias.

## ANEXO VII

# Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 1988\* (Extractos\*\*)

### 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 preámbulo<sup>106</sup> 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”<sup>107</sup>. 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”<sup>108</sup>.

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

\*Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.98.XI.5.

\*\*Se ha mantenido la numeración original de las notas de pie de página. Algunas de éstas se refieren a partes de los Comentarios sobre la Convención de 1988 no incluidas en los presentes extractos.

<sup>106</sup>Véanse *supra* los comentarios sobre el preámbulo.

<sup>107</sup>Véanse también *supra* los comentarios al párrafo 1 del artículo 2.

<sup>108</sup>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.

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 hacerlo<sup>109</sup>, con sujeción siempre al requisito de que esas iniciativas estén en 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 solo 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”<sup>110</sup>. 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 penales<sup>111</sup> 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 Convención<sup>112</sup>, 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 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 reglamentarias<sup>113</sup>, la Convención se refiere a esta última categoría.

<sup>109</sup>Véanse *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.

<sup>110</sup>*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, núm. de venta: S.87.I.18), cap. I, secc. A, párr. 223.

<sup>111</sup>Convención 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.

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

<sup>113</sup>Por ejemplo, en la *Ordnungswidrigkeiten* del derecho alemán.

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 3<sup>114</sup>, 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 deseable<sup>115</sup>. 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 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 delitos<sup>116</sup> 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 hecho<sup>117</sup> 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”<sup>118</sup>.

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

<sup>114</sup>Apartado ii) del inciso a) del párrafo 1 y párrafo 2 del artículo 3.

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

<sup>116</sup>En 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”.

<sup>117</sup>*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, núm. 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.

<sup>118</sup>Convenio de 1971, inciso a) del párrafo 1 del artículo 22.



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 drogas<sup>119</sup>. 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 notificación<sup>120</sup>. 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 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 1961<sup>121</sup> 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”<sup>122</sup>. 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”<sup>123</sup>. Estas definiciones se examinan detalladamente en los comentarios a los instrumentos anteriores<sup>124</sup>.

<sup>119</sup>Convención de 1961, párrafo 2 del artículo 2 y párrafo 6 del artículo 30.

<sup>120</sup>Convenio de 1971, artículo 13.

<sup>121</sup>Convención de 1961, inciso t) del párrafo 1 del artículo 1.

<sup>122</sup>Convención de 1961, inciso n) del párrafo 1 del artículo 1.

<sup>123</sup>Convenio 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*.

<sup>124</sup>Comentarios 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.

*“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”<sup>125</sup> pero ésta se refiere al sustantivo (utilizado en varios artículos de la Convención de 1961)<sup>126</sup>, lo que denota el resultado de un proceso más que el proceso mismo de preparar 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 abastecimiento<sup>127</sup>.

*“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”<sup>128</sup>.

*“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

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

<sup>126</sup>Por ejemplo, los párrafos 3 y 4 del artículo 2.

<sup>127</sup>Compárese con el epígrafe del artículo 30 de la Convención de 1961: “Comercio y distribución”.

<sup>128</sup>Véanse *infra* los comentarios sobre el apartado iii) del inciso a) del párrafo 1 del artículo 3.



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 “entrega” 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 1961<sup>129</sup>. 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 específicas<sup>130</sup> con el propósito de producir estupefacientes. El tema del cultivo para consumo personal se 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 fiscalización<sup>131</sup>. En la Convención de 1961 se prescribe la destrucción de cualquier arbusto de coca ilícitamente cultivado, y

<sup>129</sup>Convención de 1961, inciso m) del párrafo 1 del artículo 1.

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

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

en la Convención de 1961 en su forma enmendada se prescribe la destrucción de la adormidera y las plantas de cannabis ilícitamente cultivadas<sup>132</sup>.

***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 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 examinado<sup>133</sup>. 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

<sup>132</sup>Véase 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).

<sup>133</sup>Véanse 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.

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”<sup>134</sup>. 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 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 1961<sup>135</sup>; 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

<sup>134</sup>Respecto 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*.

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

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 cuestiones<sup>136</sup>.

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 11<sup>137</sup>. 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 ó 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 13<sup>138</sup>.

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 confabulación<sup>139</sup>. 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 organizada<sup>140</sup>.

<sup>136</sup>Véase, 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.

<sup>137</sup>Véanse *infra* los comentarios sobre párrafo 11 del artículo 3.

<sup>138</sup>Véanse *infra* los comentarios sobre los artículos 12 y 13.

<sup>139</sup>Véanse *infra* los comentarios sobre el inciso *c)* del párrafo 1 del artículo 3 (véase también Italia, Decreto núm. 309 de 9 de octubre de 1990).

<sup>140</sup>La 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 dimanan en gran parte de la legislación en vigor en los Estados Unidos a este respecto<sup>141</sup>. En todos los casos comprendidos en estas disposiciones, el delito abarca solo la conducta de que “se cometan intencionalmente”<sup>142</sup>. 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 salvaguardia, 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.

<sup>141</sup>18 USC 1956-57, posteriormente derogada y sustituida.

<sup>142</sup>Párrafo introductorio del párrafo 1 del artículo 3.

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”<sup>143</sup>. 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.

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.

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



### **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 detalle<sup>144</sup>. Pese a esto, las partes en la Convención de 1988 tienen bastante flexibilidad 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 foros<sup>145</sup>. 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 solo respecto de ciertos delitos específicos de carácter grave<sup>146</sup>. 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

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

<sup>145</sup>Véase 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).

<sup>146</sup>Por 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).

desventajas. Por ejemplo, habría dificultades para probar que un producto determinado es atribuible a actividades de tráfico de drogas, especialmente cuando las personas involucradas participan en una amplia gama de actividades delictivas<sup>147</sup>.

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 responsabilidad<sup>148</sup>. 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”<sup>149</sup>.

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

<sup>147</sup>Véase, por ejemplo, “Blanqueo de capitales y cuestiones conexas: la necesidad de la cooperación internacional” (E/CN.15/1992/4/Add.5) e “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).

<sup>148</sup>En 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).

<sup>149</sup>Véase 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).



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 clientes<sup>150</sup> y conservar los datos sobre la identidad de las partes así como los expedientes de categorías específicas de transacciones por períodos establecidos<sup>151</sup>. 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 fe<sup>152</sup>. 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 decomiso<sup>153</sup>.

3.58 Un segundo elemento crítico de este enfoque es obtener la plena cooperación entre las instituciones interesadas y los órganos de fiscalización pertinentes<sup>154</sup> 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 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 tercero<sup>155</sup>. 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 clientes<sup>156</sup>.

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

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

<sup>151</sup>Véase, por ejemplo, el artículo 4 de la Directiva de las Comunidades Europeas.

<sup>152</sup>Véase, 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.

<sup>153</sup>Véanse también *infra* los comentarios sobre artículo 5.

<sup>154</sup>Véase, por ejemplo, el artículo 10 de la Directiva de las Comunidades Europeas.

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

<sup>156</sup>Véase, por ejemplo, el artículo 8 de la Directiva de las Comunidades Europeas.

de prevención han introducido un sistema de presentación de informes ordinarios y obligatorios sobre ciertas transacciones que superan un umbral determinado<sup>157</sup>. Sin embargo, todavía no hay consenso en cuanto a la conveniencia y utilidad de este criterio<sup>158</sup>. 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 casos<sup>159</sup>.

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 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 delinquentes 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 líquidos<sup>160</sup>.

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 mandato<sup>161</sup>. 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

<sup>157</sup>Australia y los Estados Unidos han adoptado este criterio.

<sup>158</sup>Véase, por ejemplo, "Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales: informe", París, 7 de febrero de 1990, recomendación No. 24.

<sup>159</sup>Véase, por ejemplo, el artículo 11 de la Directiva de las Comunidades Europeas.

<sup>160</sup>Véanse, 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).

<sup>161</sup>Véanse *infra* los comentarios al párrafo 2 del artículo 9.

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

### **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 interno<sup>163</sup>. 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 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;**

#### **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*).

<sup>162</sup>Véase 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).

<sup>163</sup>Comentarios 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.

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 drogas<sup>164</sup>. 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.

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

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”<sup>165</sup>. 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 presente 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 solo 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

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



precio es aceptable sería un acto de mera preparación, más que un intento de compra. Una oferta no aceptada podría ser considerada como un intento<sup>166</sup>. 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”<sup>167</sup>.

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 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 penal<sup>168</sup>. 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 sicotrópicas<sup>169</sup>. 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”<sup>170</sup> o “confabulación”<sup>171</sup>, pueden aprovechar con ventaja la experiencia de otros países que han adoptado criterios específicos para las drogas a este respecto.

<sup>166</sup>Comentarios 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.

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

<sup>168</sup>Véase, 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.

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

<sup>170</sup>Véase, por ejemplo, Tailandia, Ley B.E. 2534, 1991, secc. 7.

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

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 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 participación<sup>172</sup>. 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 delito<sup>173</sup>. 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 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

<sup>172</sup>Véanse *supra* los comentarios sobre el inciso *b)* del párrafo 1 del artículo 3.

<sup>173</sup>Párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de 1961.

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 participen 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”<sup>174</sup>.

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 22<sup>175</sup>.

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

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



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 anteriores<sup>176</sup>. 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 delitos<sup>177</sup> permiten distinguir fácilmente los delitos establecidos de conformidad con el párrafo 2 de los delitos más graves establecidos en cumplimiento del párrafo 1; y las disposiciones relativas al establecimiento de la jurisdicción extraterritorial<sup>178</sup>, la confiscación<sup>179</sup>, la extradición<sup>180</sup> y la asistencia judicial recíproca<sup>181</sup> 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 3<sup>182</sup>. 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 contexto<sup>183</sup>. 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 punible<sup>184</sup>. Más bien,

<sup>176</sup>Véase 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”.

<sup>177</sup>Párrafo 4 del artículo 3.

<sup>178</sup>Párrafos 1 y 2 del artículo 4.

<sup>179</sup>Párrafo 1 del artículo 5.

<sup>180</sup>Párrafo 1 del artículo 6.

<sup>181</sup>Párrafo 1 del artículo 7.

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

<sup>183</sup>En 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.

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

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 jurídico<sup>185</sup>.

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 conveniente 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 que 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 las 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

<sup>185</sup>Véanse *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, núm. de venta: S.93.XI.1), cap. 1.

de tratados internacionales subsiguientes<sup>186</sup>, debe interpretarse 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 contexto<sup>187</sup>. 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 jurisdicciones<sup>188</sup>. 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 posible<sup>189</sup>. 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 jurídica<sup>190</sup>.

#### **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”<sup>191</sup>. 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”.

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.

<sup>186</sup>Véase, 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).

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

<sup>188</sup>Véase, por ejemplo, Código Penal Civil General de Noruega, secc. 317.

<sup>189</sup>El 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)).

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

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

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 electrónica<sup>192</sup>.

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 1972<sup>193</sup> contienen una disposición (con un texto idéntico en los dos instrumentos) 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 3<sup>194</sup>, 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 pena<sup>195</sup>.

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

<sup>192</sup>Véase 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).

<sup>193</sup>Convención 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.

<sup>194</sup>Los 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”.

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

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 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, sicoanalíticas 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”<sup>196</sup>, después de haber sido inducida a limitar las cantidades consumidas de esas sustancias a las que requiera el programa”<sup>197</sup>.

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

<sup>196</sup>Es 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.

<sup>197</sup>Comentarios 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.

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 probabilidades 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 postratamiento, 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”<sup>198</sup>, 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.

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



**Inciso a) del párrafo 5**

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

**Comentarios**

3.116 La circunstancia importante es que el delito no sea cometido por un individuo actuando por sí solo. El texto requiere no solo 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 la 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 empleados<sup>199</sup> o a la adulteración de las drogas de que se trate con sustancias tóxicas<sup>200</sup>.

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 similares<sup>201</sup>. 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”<sup>202</sup>.

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 extradición<sup>203</sup> 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 esfera<sup>204</sup>.

<sup>199</sup>Párrafo 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”.

<sup>200</sup>En 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”.

<sup>201</sup>Por 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.

<sup>202</sup>“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.

<sup>203</sup>Véase, 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.

<sup>204</sup>También 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 extraterritorial<sup>205</sup>, 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 Convención<sup>206</sup>.

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 extradición<sup>207</sup>. 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 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 judicial<sup>208</sup>.

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

<sup>206</sup>Véanse, 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.

<sup>207</sup>Convención 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.

<sup>208</sup>Véase, por ejemplo, el párrafo 10 4) del plan del Commonwealth para la entrega de delinquentes fugitivos (*Commonwealth Schemes of Mutual Assistance in the Administration of Justice* (Londres, Secretaría de la 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*.

**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.

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”<sup>209</sup>. 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 registro<sup>210</sup>. 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

<sup>209</sup>Comentarios 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*).

<sup>210</sup>Véase 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, núm. de venta: S.83.V.5)).



establecidas en diferentes países<sup>211</sup>, 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 controvertida<sup>212</sup>, 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 dispone 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 nacional<sup>213</sup>. 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 convencional<sup>214</sup>. 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 mar<sup>215</sup>, las partes deben determinar si la legislación existente abarca adecuadamente los delitos cometidos en naves que se encuentren en su mar territorial<sup>216</sup>. Esa legislación, por supuesto, sólo se puede hacer cumplir contra naves que enarbolan pabellones extranjeros de conformidad con el derecho internacional del mar<sup>217</sup>.

<sup>211</sup>Como ejemplos se pueden citar el Sistema de Aerolíneas Escandinavo y Air Afrique.

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

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

<sup>214</sup>Véase, 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, núm. de venta: S.84.V.3), documento A/CONF.62/1221, anexo I).

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

<sup>216</sup>Véase, 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).

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

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 consideraran apremiante la necesidad de promulgar nuevas leyes en esta esfera<sup>218</sup>. 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”<sup>219</sup>. Como se señaló *supra*, la Convención de 1988 no intenta resolver el problema de las declaraciones de competencia contrapuestas<sup>220</sup>. 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 competencia<sup>221</sup>.

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”<sup>222</sup>.

<sup>218</sup>En 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).

<sup>219</sup>Comité Europeo sobre Problemas de la Delincuencia, *op. cit.*, pág. 12.

<sup>220</sup>Véanse *supra* los comentarios generales sobre el artículo 4.

<sup>221</sup>No 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.

<sup>222</sup>Resolución 72 (1) del Comité de Ministros, anexo.



**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;**

**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 obligatorio<sup>223</sup>.

<sup>223</sup>Véase, 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).

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 extranjero<sup>224</sup>. 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 1990<sup>225</sup> se elaboró con el fin de aplicar “a los nacionales australianos que, fuera de Australia, 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 disposición”<sup>226</sup>.

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 internacional<sup>227</sup> y se lo invoca con menos frecuencia en la legislación interna<sup>228</sup>. Tailandia, por ejemplo, es uno de los Estados que aprovechan esta opción<sup>229</sup>.

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 similares<sup>230</sup>. 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 delincuente<sup>231</sup>.

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 ilícitas<sup>232</sup>. Hasta la fecha, sin embargo, son relativamente pocos los Estados que han promulgado legislación de este tipo. En algunos casos, como en Irlanda<sup>233</sup> y el Reino Unido

<sup>224</sup>Código Francés de Procedimientos Penales, artículo 689.

<sup>225</sup>Ley No. 97 de 1990, s.12.

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

<sup>227</sup>Un 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)).

<sup>228</sup>Véase, 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.

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

<sup>230</sup>Véase, 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).

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

<sup>232</sup>Es 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.

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

de Gran Bretaña e Irlanda del Norte<sup>234</sup>, 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 1988<sup>235</sup>, teniendo en cuenta que el derecho internacional permite a cualquier Estado cuyo pabellón se enarbole 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 tráfico<sup>236</sup>. 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 persecución<sup>237</sup>.

4.30 El último justificativo discrecional para el establecimiento de la competencia extra-territorial obligatoria que se trata específicamente en el inciso b) del párrafo 1 es el denominado principio “de los efectos”<sup>238</sup>. 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.

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

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

<sup>236</sup>Véase 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.).

<sup>237</sup>El 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).

<sup>238</sup>Véase el apartado iii) del inciso b) del párrafo 1 del artículo 4.

4.31 En muchos países, será necesario adoptar medidas legislativas para aprovechar plenamente las posibilidades que ofrece esta disposición<sup>239</sup>. Ahora bien, en los últimos años las jurisdicciones 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*<sup>240</sup> 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”<sup>241</sup>. En un caso posterior, *Regina c. Sansom y otros*<sup>242</sup>, 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 estatutarias<sup>243</sup>.

### **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 matriculada 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”<sup>244</sup>. Esta profética sugerencia se ha convalidado en cierta medida en el texto del párrafo 2.

<sup>239</sup>Véase, 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”.

<sup>240</sup>[1990] 2 All E.R., pág. 866.

<sup>241</sup>Ibíd., pág. 878.

<sup>242</sup>[1991] 2 All E.R., pág. 145.

<sup>243</sup>Ibíd., pág. 150.

<sup>244</sup>Véanse 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.

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 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;**

### **Comentarios**

4.36 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 delito<sup>245</sup> 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 racial<sup>246</sup> 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”<sup>247</sup>.

### **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 suyo<sup>248</sup>. 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 extra-

<sup>245</sup>Ignorando, 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*).

<sup>246</sup>Véase el párrafo 6 del artículo 6.

<sup>247</sup>Véanse *infra* los comentarios sobre el inciso *b)* del párrafo 9 del artículo 6.

<sup>248</sup>Véanse *infra* los comentarios sobre el inciso *a)* del párrafo 9 del artículo 6.

ditar a sus propios ciudadanos<sup>249</sup>. 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 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)<sup>250</sup>, 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 de la 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”<sup>251</sup>.

### **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.

<sup>249</sup>Véase, 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.

<sup>250</sup>Ley No. 97 de 1990.

<sup>251</sup>*Proyecto de Ley Penal de 1989 (Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas: Memorando Explicativo)* (Canberra, Parlamento de la 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 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 internacional<sup>496</sup>. 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”<sup>497</sup>.

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 1961<sup>498</sup> era hacer hincapié en el decomiso de las drogas, cuando no exigir positivamente su decomiso<sup>499</sup>. 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 arrestados inmediatamente después de la identificación”<sup>500</sup>. 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.

<sup>496</sup>Desde 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).

<sup>497</sup>Véanse *supra* los comentarios sobre el inciso g) del artículo 1.

<sup>498</sup>Por ejemplo, el artículo 37.

<sup>499</sup>Véase 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).

<sup>500</sup>*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, núm. de venta: S.90.XVII.3), cap. I, secc. A, párr. 250.

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 17<sup>501</sup>.

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 1988<sup>502</sup>. El valor de esta técnica en este contexto ha quedado demostrado por la práctica internacional<sup>503</sup>. 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 índole de 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

<sup>501</sup>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), 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.

<sup>502</sup>Véanse *infra* los comentarios al artículo 12.

<sup>503</sup>Véase, por ejemplo, *Grupo de Trabajo de Acción Química: Informe Final* (Washington, D.C., junio de 1991), pág. 25.



la técnica podría ser contraproducente<sup>504</sup>. 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 Conferencia<sup>505</sup>.

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 jurídico<sup>506</sup>.

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 II<sup>507</sup>, 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

<sup>504</sup>*Documentos Oficiales*, vol. II . . . , Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 6a. sesión, párrs. 18, 19 y 70.

<sup>505</sup>Véanse, 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).

<sup>506</sup>*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.

<sup>507</sup>Véase el apartado iii) del inciso b) del párrafo 1 del artículo 9.

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 organismo u organismos responsables de esa coordinación”<sup>508</sup>. 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 propuesta<sup>509</sup>.

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 correcta<sup>510</sup>.

### **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 jurisdicción<sup>511</sup>. 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 omitió<sup>512</sup>.

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 solo 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 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.

<sup>508</sup>*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, núm. de venta: S.90.XVII.3), cap. I, secc. A, párr. 251.

<sup>509</sup>*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.

<sup>510</sup>*Ibid.*, 8a. sesión, párrs. 17 y 18.

<sup>511</sup>*Documentos Oficiales*, vol. I . . . , documento E/CN.7/1987/2, secc. II, art. 7, párr. 4.

<sup>512</sup>*Ibid.*, documento E/CN.7/1988/2 (Part II), secc. II, párr. 162.

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 traficantes<sup>513</sup>.

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 los estupefacientes o las sustancias sicotrópicas por otro material, el texto no impone ningún requisito en cuanto al material de sustitución<sup>514</sup>.

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 público<sup>515</sup>.

11.23 Aunque el párrafo 3 se refiere solo 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

<sup>513</sup>*Documentos Oficiales*, vol. II . . . , Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 6a. sesión, párr. 23.

<sup>514</sup>En 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”.

<sup>515</sup>*Documentos Oficiales*, vol. II . . . , Actas resumidas de las sesiones plenarias, 7a. sesión plenaria, párr. 63.

(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”<sup>516</sup>.

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 público<sup>517</sup>. 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”<sup>518</sup>. 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 público 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 estatutario<sup>519</sup>.

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 operación<sup>520</sup>. 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 General<sup>521</sup>. 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

<sup>516</sup>Párrafo 1 del artículo 11.

<sup>517</sup>Véase, 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.

<sup>518</sup>D. 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.

<sup>519</sup>Véase la Ley de enmienda del uso abusivo de drogas, 1978, secc. 12 1).

<sup>520</sup>Véase, 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* (Canberra, Parlamento de la Commonwealth de Australia, Cámara de Diputados, 1995); véase también *Regina v. Latif* (1996) 1 A11 E.R. 353, que contiene un criterio de derecho anglosajón algo más típico sobre estas cuestiones).

<sup>521</sup>Véase la Ley de reglamentación de drogas peligrosas (Enmienda) de 1994, Ley No. VI de 1994, secc. 38 1).

las actividades de los perpetradores de los delitos, en particular los cometidos en Cabo Verde<sup>522</sup>. 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 vigilada<sup>523</sup>.

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 3<sup>524</sup>. 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”<sup>525</sup>. 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 apropiadas<sup>526</sup>. 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 dinero<sup>527</sup>.

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

<sup>522</sup>Ley 78/IV/93 de 12 de julio de 1993, párrafo 2 del artículo 33.

<sup>523</sup>Véase la Ley francesa 91.1264.

<sup>524</sup>Véanse *supra* los comentarios sobre el inciso b) del párrafo 1 del artículo 3.

<sup>525</sup>Grupo de Acción Financiera sobre Lavado de Dinero, “Informe anual, 1995-1996”, París, 28 de junio de 1996, anexo II, pág. 5.

<sup>526</sup>Directiva 91/308/EEC del Consejo.

<sup>527</sup>Véase W. Gilmore, *Dirty Money: The Evolution of Money Laundering Counter-Measures* (Council of Europe Press, Estrasburgo, 1995), pág. 167.



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 Convención<sup>528</sup>.

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”<sup>529</sup>. 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 actuar<sup>530</sup>. 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 acciones<sup>531</sup>. 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 frecuencia<sup>532</sup>.

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 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”<sup>533</sup>. 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

<sup>528</sup>Véanse *supra* los comentarios sobre el párrafo 3 del artículo 2.

<sup>529</sup>“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.

<sup>530</sup>Véase, 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, núm. 4 (1983), pág. 15.

<sup>531</sup>Respecto 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.

<sup>532</sup>El 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.

<sup>533</sup>Es 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.

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 9<sup>534</sup>.

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”<sup>535</sup>.

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 por sustancias de naturaleza inocua<sup>536</sup>. 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 previo<sup>537</sup>. 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 práctica<sup>538</sup>. 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 cuestión<sup>539</sup>.

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.

<sup>534</sup>Véanse *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.

<sup>535</sup>El párrafo 3 del artículo 73 de la Convención de Schengen de 1990 también reserva al Estado territorial el derecho de intervenir.

<sup>536</sup>Véase, 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.

<sup>537</sup>En 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.

<sup>538</sup>Véase, por ejemplo, P. D. Cutting, *loc. cit.*, pág. 18.

<sup>539</sup>Respecto 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 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 4<sup>707</sup>. 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 otros<sup>708</sup>.

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 tema<sup>709</sup>. En la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua de 1958 hay algunas referencias a esta cuestión<sup>710</sup>. En la Convención sobre la Alta Mar de 1958, en cambio, no hay ninguna referencia al tráfico ilícito de drogas<sup>711</sup>.

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 Mar<sup>712</sup>. 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.

“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 mar<sup>713</sup>.

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 1961<sup>714</sup>, 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.

<sup>707</sup>Véanse *supra* los comentarios al artículo 4.

<sup>708</sup>Véanse *supra* los comentarios al artículo 9.

<sup>709</sup>Véase W. C. Gilmore, “Drug trafficking by sea”, *Marine Policy*, No. 183, 1991.

<sup>710</sup>El 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.

<sup>711</sup>La 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).

<sup>712</sup>*El derecho del mar: texto de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.83.V.5).

<sup>713</sup>El 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”.

<sup>714</sup>Véase 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.

### **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 mar<sup>715</sup> 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.**

#### **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 nacionalidad<sup>716</sup>. 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”<sup>717</sup>. En una versión anterior del texto se había utilizado la expresión “en

<sup>715</sup>Una 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.

<sup>716</sup>La 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).

<sup>717</sup>Véanse *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.

alta mar, según se define en la Parte VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar<sup>718</sup>.

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 ribereño<sup>719</sup>. Las deliberaciones 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 1982<sup>720</sup>.

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 fiscales<sup>721</sup> y a ejercer el derecho de persecución<sup>722</sup>.

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 observó<sup>723</sup> que, a su juicio, el párrafo 11 se refería “al restringido conjunto de situaciones en el que un Estado ribereño tiene derechos más allá

<sup>718</sup>Ibíd., documento E/CN.7/1987/2, secc. II (“artículo 12”).

<sup>719</sup>Véanse, 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.

<sup>720</sup>Básicamente, 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.

<sup>721</sup>Convención de 1982, artículo 33.

<sup>722</sup>Ibíd., art. 111.

<sup>723</sup>*Documentos Oficiales*, vol. II . . . , Actas resumidas de las sesiones plenarias, 7a. sesión plenaria, párr. 80.

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 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 similares<sup>724</sup>. 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"<sup>725</sup>. 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 II<sup>726</sup>.

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 nave<sup>727</sup>.

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 Convención<sup>728</sup>.

#### ***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;**
  - 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

<sup>724</sup>Ibíd., párrs. 81 y 83.

<sup>725</sup>Ibíd., párr. 84.

<sup>726</sup>Ibíd., Actas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión II, 29a. sesión, anexo.

<sup>727</sup>Ibíd., 29a. sesión, párr. 7.

<sup>728</sup>Ibíd., 29a. sesión, anexo.

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 bordo<sup>729</sup>. 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 anterior<sup>730</sup>, 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 mencionadas<sup>731</sup>.

### **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 perjudicasen 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 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 responsabilidad<sup>732</sup> 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

<sup>729</sup>Ibíd., 29a. sesión, párr. 8.

<sup>730</sup>Ibíd.

<sup>731</sup>Véanse *infra* los comentarios sobre el párrafo 6 del artículo 17.

<sup>732</sup>En el texto inglés se prefirió la palabra “responsability” para tener en cuenta las necesidades de los diferentes ordenamientos jurídicos.

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 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 mismo<sup>733</sup>. 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 1995<sup>734</sup>, que fue respaldado por la Comisión de Estupefacientes en

<sup>733</sup>Véanse *supra* los comentarios sobre el artículo 7.

<sup>734</sup>E/CN.7/1995/13.



su resolución 8 (XXXVIII)<sup>735</sup>. Asimismo, 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 bilateral<sup>736</sup>, 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 Sicotrópicas<sup>737</sup>.

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 ellas<sup>738</sup>. 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 periódicamente<sup>739</sup>.

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 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 enarbolan 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

<sup>735</sup>Véase Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 1995, Suplemento No. 9 (E/1995/29), cap. XII, secc. A.

<sup>736</sup>Véanse, 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.

<sup>737</sup>Véanse 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).

<sup>738</sup>Esto incluiría también a los Estados sin litoral que han autorizado a embarcaciones a enarbolar sus banderas.

<sup>739</sup>*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.

semana<sup>740</sup>. Además, están obligadas a “comunicar una decisión . . . lo antes posible y, cuando sea viable, dentro de las cuatro horas de recibida<sup>741</sup>. 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 respecto<sup>742</sup>.

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 Aduanas<sup>743</sup>.

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 información<sup>744</sup>. 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”<sup>745</sup>. 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”<sup>746</sup>. Toda decisión de este tipo, que se deja a la exclusiva discreción del Estado requerido, puede someterse a ciertas condiciones<sup>747</sup>. 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 petición<sup>748</sup>. En este último contexto, el Grupo de Trabajo sobre Cooperación Marítima<sup>749</sup> 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.

<sup>740</sup>Acuerdo del Consejo de Europa de 1955, párr. 1 del artículo 17.

<sup>741</sup>Ibíd., artículo 7.

<sup>742</sup>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.

<sup>743</sup>Véase, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 18 del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995.

<sup>744</sup>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.

<sup>745</sup>Párrafo 3 del artículo 17.

<sup>746</sup>Ibíd., inciso c) del párrafo 4.

<sup>747</sup>Véanse *supra* los comentarios sobre el párrafo 6 del artículo 17.

<sup>748</sup>Véanse, por ejemplo, los artículos 19, 20 y 21 del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995.

<sup>749</sup>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.

2. Descripción del buque, con mención de su nombre, pabellón y puerto de matrícula, 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 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”<sup>750</sup>. 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 represión<sup>751</sup>, éstas entrañan, entre otras cosas, costos que normalmente sufraga el Estado interviniente<sup>752</sup>, restricciones al uso de la información o de las pruebas obtenidas<sup>753</sup>, el tratamiento de los nacionales del Estado del pabellón<sup>754</sup>, la reserva del derecho a objetar, en un plazo específico, al ejercicio continuado de la jurisdicción sobre la nave o las personas a bordo<sup>755</sup> y las limitaciones a la introducción de la nave en la jurisdicción de un tercer Estado<sup>756</sup>. 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 9<sup>757</sup>. Este criterio también está justificado cuando se desee

<sup>750</sup>Informe explicativo del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995, párr. 44.

<sup>751</sup>Véanse *supra* los comentarios sobre el párrafo 6 del artículo 17.

<sup>752</sup>Véase, 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.

<sup>753</sup>Véanse, por ejemplo, los artículos 23 y 24 del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995.

<sup>754</sup>Párrafo 2 del artículo 8 del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995.

<sup>755</sup>Véase, por ejemplo, el intercambio de notas de 1981 entre el Reino Unido y los Estados Unidos, párrs. 4 y 5.

<sup>756</sup>Véase, por ejemplo, el Informe explicativo del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995, párr. 44.

<sup>757</sup>Puede 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).

simplificar la estructura de la Convención de 1988 de manera significativa, por ejemplo, disponiendo una autorización anticipada general para el abordaje y medidas conexas<sup>758</sup>.

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 petición de autorización<sup>759</sup>, 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 mar<sup>760</sup>.

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”<sup>761</sup>.

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 solo un último recurso y se aplicará de conformidad con las normas pertinentes del derecho consuetudinario internacional<sup>762</sup>. Asimismo, debe haber disposiciones prácticas que permitan

<sup>758</sup>El 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.

<sup>759</sup>A diferencia de la posición adoptada en el párrafo 16 del artículo 7 en relación con la asistencia judicial recíproca.

<sup>760</sup>Véase 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.

<sup>761</sup>Artículo 17, párrafo 5.

<sup>762</sup>Véase, por ejemplo, el Acuerdo del Consejo de Europa de 1995, inciso *d*) del párrafo 1 y párrafos 2 y 3 del artículo 2.

a la autoridad nacional designada informar con prontitud a las autoridades responsables de los organismos de represión de cualesquiera 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 1994<sup>763</sup> 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”<sup>764</sup>. 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”<sup>765</sup>.

### **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.

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

<sup>763</sup>Ley No. 15 de 1994.

<sup>764</sup>Informe explicativo del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995, párr. 53.

<sup>765</sup>“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.



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 pueden 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 contrario<sup>766</sup>. 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”<sup>767</sup>. 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 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 apropiadas<sup>768</sup>. 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 costos<sup>769</sup>.

<sup>766</sup>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 19.

<sup>767</sup>Informe explicativo del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995, párr. 89.

<sup>768</sup>Véase, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 5 del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995.

<sup>769</sup>Véase, por ejemplo, el Informe explicativo del Acuerdo del Consejo de Europa, párr. 89.

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 afines<sup>770</sup>. 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-Info<sup>771</sup> 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 drogas<sup>772</sup>. 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.

---

<sup>770</sup>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), anexo a las recomendaciones.

<sup>771</sup>Mar-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.

<sup>772</sup>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 6; véase también el párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo del Consejo de Europa de 1995.



## ANEXO VIII

# Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982\* (Extractos)

### **Artículo 91**

#### NACIONALIDAD DE LOS BUQUES

1. Cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y para que tengan el derecho de enarbolar su pabellón. Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque.
2. Cada Estado expedirá los documentos pertinentes a los buques a que haya concedido el derecho a enarbolar su pabellón.

### **Artículo 92**

#### CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS BUQUES

1. Los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado y, salvo en los casos excepcionales previstos de modo expreso en los tratados internacionales o en esta Convención, estarán sometidos, en alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado. Un buque no podrá cambiar de pabellón durante un viaje ni en una escala, salvo en caso de transferencia efectiva de la propiedad o de cambio de registro.
2. El buque que navegue bajo los pabellones de dos o más Estados, utilizándolos a su conveniencia, no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades frente a un tercer Estado y podrá ser considerado buque sin nacionalidad.

### **Artículo 93**

#### BUQUES QUE ENARBOLEN EL PABELLÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, SUS ORGANISMOS ESPECIALIZADOS Y EL ORGANISMO INTERNACIONAL DE ENERGÍA ATÓMICA

Los artículos precedentes no prejuzgan la cuestión de los buques que estén al servicio oficial de las Naciones Unidas, de sus organismos especializados o del Organismo Internacional de Energía Atómica, y que enarboLEN el pabellón de la Organización.

---

\*Véase *The Law of the Sea: Official Texts of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 and of the Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 with Index and Excerpts from the Final Act of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea* (Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.97.V.10).

### **Artículo 94**

#### DEBERES DEL ESTADO DEL PABELLÓN

1. Todo Estado ejercerá de manera efectiva su jurisdicción y control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales sobre los buques que enarbolen su pabellón.
2. En particular, todo Estado:
  - a) Mantendrá un registro de buques en el que figuren los nombres y características de los que enarbolen su pabellón, con excepción de aquellos buques que, por sus reducidas dimensiones, estén excluidos de las reglamentaciones internacionales generalmente aceptadas; y
  - b) Ejercerá su jurisdicción de conformidad con su derecho interno sobre todo buque que enarbole su pabellón y sobre el capitán, oficiales y tripulación, respecto de las cuestiones administrativas, técnicas y sociales relativas al buque.
3. Todo Estado tomará, en relación con los buques que enarbolen su pabellón, las medidas necesarias para garantizar la seguridad en el mar en lo que respecta, entre otras cuestiones, a:
  - a) La construcción, el equipo y las condiciones de navegabilidad de los buques;
  - b) La dotación de los buques, las condiciones de trabajo y la capacitación de las tripulaciones, teniendo en cuenta los instrumentos internacionales aplicables;
  - c) La utilización de señales, el mantenimiento de comunicaciones y la prevención de abordajes.
4. Tales medidas incluirán las que sean necesarias para asegurar:
  - a) Que cada buque, antes de su matrícula en el registro y con posterioridad a ella en intervalos apropiados, sea examinado por un inspector de buques calificado y lleve a bordo las cartas, las publicaciones náuticas y el equipo e instrumentos de navegación que sean apropiados para la seguridad de su navegación;
  - b) Que cada buque esté a cargo de un capitán y de oficiales debidamente calificados, en particular en lo que se refiere a experiencia marinera, navegación, comunicaciones y maquinaria naval, y que la competencia y el número de los tripulantes sean los apropiados para el tipo, el tamaño, las máquinas y el equipo del buque;
  - c) Que el capitán, los oficiales y, en lo que proceda, la tripulación conozcan plenamente y cumplan los reglamentos internacionales aplicables que se refieran a la seguridad de la vida en el mar, la prevención de abordajes, la prevención, reducción y control de la contaminación marina y el mantenimiento de comunicaciones por radio.
5. Al tomar las medidas a que se refieren los párrafos 3 y 4, todo Estado deberá actuar de conformidad con los reglamentos, procedimientos y prácticas internacionales generalmente aceptados, y hará lo necesario para asegurar su observancia.
6. Todo Estado que tenga motivos fundados para estimar que no se han ejercido la jurisdicción y el control apropiados en relación con un buque podrá comunicar los hechos al Estado del pabellón. Al recibir dicha comunicación, el Estado del pabellón investigará el caso y, de ser procedente, tomará todas las medidas necesarias para corregir la situación.
7. Todo Estado hará que se efectúe una investigación por o ante una persona o personas debidamente calificadas en relación con cualquier accidente marítimo o cualquier incidente de navegación en alta mar en el que se haya visto implicado un buque que enarbole su pabellón y en el que hayan perdido la vida o sufrido heridas graves nacionales de otro Estado o se hayan ocasionado graves daños a los buques o a las instalaciones de otro Estado o al medio marino. El Estado del pabellón y el otro Estado cooperarán en la realización de cualquier investigación que éste efectúe en relación con dicho accidente marítimo o incidente de navegación.

**Artículo 106**

## RESPONSABILIDAD POR APRESAMIENTO SIN MOTIVO SUFICIENTE

Cuando un buque o una aeronave sean apresados por sospechas de piratería sin motivos suficientes, el Estado que lo haya apresado será responsable ante el Estado de la nacionalidad del buque o de la aeronave de todo perjuicio o daño causado por la captura.

**Artículo 108**

## TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

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.
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.

**Artículo 110**

## DERECHO DE VISITA

1. Salvo cuando los actos de injerencia se ejecuten en ejercicio de facultades conferidas por un tratado, un buque de guerra que encuentre en la alta mar un buque extranjero que no goce de completa inmunidad de conformidad con los artículos 95 y 96 no tendrá derecho de visita, a menos que haya motivo razonable para sospechar que el buque:
  - a) Se dedica a la piratería;
  - b) Se dedica a la trata de esclavos;
  - c) Se utiliza para efectuar transmisiones no autorizadas, siempre que el Estado del pabellón del buque de guerra tenga jurisdicción con arreglo al artículo 109;
  - d) No tienen nacionalidad; o
  - e) Tiene en realidad la misma nacionalidad que el buque de guerra, aunque enarbole un pabellón extranjero o se niegue a izar su pabellón.
2. En los casos previstos en el párrafo 1, el buque de guerra podrá proceder a verificar el derecho del buque a enarbolar su pabellón. Para ello podrá enviar una lancha, al mando de un oficial, al buque sospechoso. Si aún después de examinar los documentos persisten las sospechas, podrá proseguir el examen a bordo del buque, que deberá llevarse a efecto con todas las consideraciones posibles.
3. Si las sospechas no resultan fundadas, y siempre que el buque visitado no haya cometido ningún acto que las justifique, dicho buque será indemnizado por todo perjuicio o daño sufrido.
4. Estas disposiciones se aplicarán, *mutatis mutandis*, a las aeronaves militares.
5. Estas disposiciones se aplicarán también a cualesquiera otros buques o aeronaves debidamente autorizados, que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un gobierno.

**Artículo 111**

## DERECHO DE PERSECUCIÓN

1. Se podrá emprender la persecución de un buque extranjero cuando las autoridades competentes del Estado ribereño tengan motivos fundados para creer que el buque ha cometido una infracción de las leyes y reglamentos de ese Estado. La persecución habrá

de empezar cuando el buque extranjero o una de sus lanchas se encuentre en las aguas interiores, en las aguas archipelágicas, en el mar territorial o en la zona contigua del Estado perseguidor, y sólo podrá continuar fuera del mar territorial o de la zona contigua a condición de no haberse interrumpido. No es necesario que el buque que dé la orden de detenerse a un buque extranjero que navegue por el mar territorial o la zona contigua se encuentre también en el mar territorial o la zona contigua en el momento en que el buque interesado reciba dicha orden. Si el buque extranjero se encuentra en la zona contigua definida en el artículo 33, la persecución no podrá emprenderse más que por la violación de los derechos para cuya protección fue creada dicha zona.

2. El derecho de persecución se aplicará, *mutatis mutandis*, a las infracciones que se cometan en la zona económica exclusiva o sobre la plataforma continental, incluidas las zonas de seguridad en torno a las instalaciones de la plataforma continental, respecto de las leyes y reglamentos del Estado ribereño que sean aplicables de conformidad con esta Convención a la zona económica exclusiva o a la plataforma continental, incluidas tales zonas de seguridad.

3. El derecho de persecución cesará en el momento en que el buque perseguido entre en el mar territorial del Estado de su pabellón o en el de un tercer Estado.

4. La persecución no se considerará comenzada hasta que el buque perseguidor haya comprobado, por los medios prácticos de que disponga, que el buque perseguido o una de sus lanchas u otras embarcaciones que trabajen en equipo utilizando el buque perseguido como buque nodriza se encuentran dentro de los límites del mar territorial o, en su caso, en la zona contigua, en la zona económica exclusiva o sobre la plataforma continental. No podrá darse comienzo a la persecución mientras no se haya emitido una señal visual o auditiva de detenerse desde una distancia que permita al buque extranjero verla u oírla.

5. El derecho de persecución sólo podrá ser ejercido por buques de guerra o aeronaves militares, o por los buques o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio del gobierno y autorizados a tal fin.

6. Cuando la persecución sea ejecutada por una aeronave:

a) Se aplicarán, *mutatis mutandis*, las disposiciones de los párrafos 1 a 4;

b) La aeronave que haya dado la orden de detenerse habrá de continuar activamente la persecución del buque hasta que un buque u otra aeronave del Estado ribereño, llamado por ella, llegue y la continúe, salvo si la aeronave puede por sí sola apresarse al buque. Para justificar el apresamiento de un buque fuera del mar territorial no basta que la aeronave lo haya descubierto cometiendo una infracción, o que tenga sospechas de que la ha cometido, si no le ha dado la orden de detenerse y no ha emprendido la persecución y no lo han hecho otras aeronaves o buques que continúen la persecución sin interrupción.

7. Cuando un buque sea apresado en un lugar sometido a la jurisdicción de un Estado y escoltado hacia un puerto de ese Estado a los efectos de una investigación por las autoridades competentes, no se podrá exigir que sea puesto en libertad por el solo hecho de que el buque y su escolta hayan atravesado una parte de la zona económica exclusiva o de la alta mar, si las circunstancias han impuesto dicha travesía.

8. Cuando un buque sea detenido y apresado fuera del mar territorial en circunstancias que no justifiquen el ejercicio del derecho de persecución, se le resarcirá de todo perjuicio o daño que haya sufrido por dicha detención o apresamiento.

## ANEXO IX

# Guía de Capacitación para la Lucha contra la Droga en el Mar (Extractos)

### CAPÍTULO 2

#### EL EMPLEO DE LA FUERZA Y DE ARMAS DE FUEGO

##### Introducción

El empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios de registro de naves está regulado básicamente por la ley nacional, así como por varios instrumentos internacionales. En esta sección se resumen algunos de los principios importantes del derecho internacional en relación con el uso de la fuerza, así como las normas y criterios aplicables. Sin embargo, es esencial que los funcionarios tengan también un conocimiento cabal de las leyes nacionales de su propio país a este respecto. (Véase también el capítulo XII, *Control de la tripulación* y anexo IV, *Lista de referencia para casos de abordaje en la represión del tráfico ilícito*).

Hay que distinguir entre situaciones en que:

- La persona no necesita una autoridad jurídica especial para emplear la fuerza, por ejemplo, cuando se tiene que defender a sí misma o a otras personas contra una amenaza de muerte inminente o de lesiones graves, y
- Se requiere una autoridad jurídica para emplear la fuerza, por ejemplo, para detener a una nave que se niega a parar sus motores.

El empleo de la fuerza debe entenderse como una progresión desde el nivel más bajo al más alto justificado en todas las circunstancias. Como norma general, deberá emplearse la fuerza en la menor medida que se requiera.

##### Dignidad humana

En el cumplimiento de sus deberes, los funcionarios deberán respetar y proteger siempre la dignidad humana.

##### Armas de fuego

###### *Límites al empleo de las armas de fuego*

No deberán emplearse armas de fuego contra las personas excepto en las circunstancias siguientes y sólo cuando medios menos radicales sean insuficientes<sup>1</sup>:

- Cuando la ley nacional autoriza el uso de armas de fuego,

<sup>1</sup>Véanse los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, Resolución 45/121 de la Asamblea General, 18 de diciembre de 1990.

- Para defenderse a sí mismo o a otras personas contra la amenaza inminente de muerte o de daños graves,
- Para impedir un delito particularmente grave que implique una amenaza grave a la vida,
- Para detener a una persona que constituya una amenaza grave para la vida y ofrezca resistencia a los debidos esfuerzos para detener la amenaza,
- Para impedir la fuga de alguien que constituya una amenaza grave para la vida.

#### *Qué hacer antes de recurrir a las armas de fuego*

Quien recurra a las armas de fuego contra las personas en las circunstancias antes expuestas, deberá:

- Identificarse como agente de la autoridad pública,
- Dar una advertencia clara de la intención de emplear armas de fuego,
- Dar tiempo suficiente para que la advertencia sea obedecida, a menos que este proceder:
  - a) Ponga al propio agente en peligro grave,
  - b) Ponga a otras personas en peligro grave de muerte o de daños graves, o
  - c) Sea claramente inadecuado o inútil en atención a las circunstancias.

#### *Principios rectores del empleo de armas de fuego*

Cuando sea inevitable el empleo legítimo de la fuerza o de armas de fuego, los agentes de la autoridad pública deberán:

- Actuar con moderación y emplear la fuerza tan solo en la medida necesaria para alcanzar un objetivo legítimo,
- Respetar la vida humana y reducir al mínimo las lesiones personales,
- Producir los menores daños posibles en los bienes materiales,
- Tan pronto como sea posible, ayudar a los heridos y prestar la asistencia médica necesaria,
- Informar lo más pronto posible a la autoridad superior.

### **Arresto o detención**

#### *Definición*

Puede definirse el arresto o detención como “el acto de capturar a una persona por la presunta comisión de un delito”.

#### *Práctica del arresto*

No deberán realizarse arrestos ilegales o innecesarios. Los agentes de la autoridad deberán conocer los procedimientos para el arresto y la detención establecidos por sus leyes nacionales.

#### *Seguridad personal*

La seguridad personal debe ser siempre prioritaria. Recuérdese que el disparo de un arma puede ser peligroso por rebote, riesgo de incendio y pisos inestables. Se precisa una formación especializada para emplear armas sin peligro, con arreglo a las leyes nacionales.

## Directrices para las autoridades normativas

### *Ley nacional*

Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley deben adoptar y aplicar las leyes y reglamentos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios autorizados. Estas reglas deben especificar las circunstancias en las que los funcionarios están autorizados a llevar y emplear armas de fuego y determinar los tipos de armas y municiones permitidos. El empleo de la fuerza se limitará conforme al principio de proporcionalidad respecto a los objetivos legítimos perseguidos.

### *Tipos de armas*

Diferentes consideraciones se aplican al uso de armas de fuego en el mar y en tierra. Deberán establecerse por consiguiente diferentes criterios para la formación de funcionarios en el manejo de armas en el mar; por ejemplo, no deben emplearse armas cargadas durante la formación a bordo de las naves.

Los agentes de la autoridad deben ir equipados con varios tipos de armas que permitan un empleo diferenciado de la fuerza, incluidas armas incapacitadoras no letales, para reducir el uso de la fuerza mortífera o lesiva. Deben disponer también de material de autodefensa y seguridad personal como cascos y chalecos antibalas.

### *Formación*

Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley deben cuidar de que todos los agentes de la autoridad reciban formación y sean sometidos a pruebas con sujeción a criterios de capacitación en el empleo de la fuerza. Los agentes de la autoridad que necesiten llevar armas de fuego deberán ser autorizados a hacerlo únicamente tras recibir una formación especial completa al respecto.

### *Instrumentos internacionales*

Algunos tratados, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, imponen obligaciones legalmente vinculantes a las partes. Otros, como los Convenios de Ginebra, tienen la consideración de derecho internacional consuetudinario. En cambio, otras normas y reglas, como el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de hacer cumplir la Ley, ofrecen modelos de normas internacionales aceptadas como guías para los países.

Las autoridades normativas deben tener en cuenta los instrumentos internacionales aplicables, a saber:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966; entró en vigor el 23 de marzo de 1976),
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (adoptada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1984; entró en vigor el 26 de junio de 1987),
- Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Resolución 663 (XXIV) del Consejo Económico y Social, de 31 de julio de 1957),
- Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (Resolución 43/173 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1988),
- Código de Conducta para Funcionarios Encargados de hacer cumplir la Ley (Resolución 34/169 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1979),
- Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de hacer cumplir la Ley (Resolución 45/121 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1990).



## ANEXO X

### Ejemplos de acuerdos bilaterales y multilaterales

- A. Acuerdo del Consejo de Europa sobre Tráfico Ilícito por Mar, para la Aplicación del Artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Estrasburgo, 31 de enero de 1995 (francés e inglés).
- B. Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República de Costa Rica relativo a la cooperación para combatir el tráfico ilícito y el intercambio conexo de correspondencia (español e inglés).
- C. Acuerdo de 20 de febrero de 1997 entre el Gobierno de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América para combatir el tráfico ilícito por mar (español e inglés).
- D. Tratado entre el Reino de España y la República Portuguesa para la Represión del Tráfico Ilícito de Drogas por Mar (español y portugués, traducido al inglés).
- E. Tratado entre el Reino de España y la República Italiana para Combatir el Tráfico Ilícito de Drogas por Mar (español e italiano, traducido al inglés).
- F. Acuerdo de Cooperación para Reprimir el Tráfico Ilícito por Mar y por Aire de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas en la Región del Caribe (español, francés e inglés).

**A. Agreement on Illicit Traffic by Sea, Implementing Article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances**

*Council of Europe, European Treaty Series—No. 156, Strasbourg, 31 January 1995*

*Entry into force: 1 May 2002*

*States parties as at 28 August 2002: Austria, Cyprus, Germany, Hungary, Norway, Romania and Slovenia*

The member States of the Council of Europe, having expressed their consent to be bound by the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, done at Vienna on 20 December 1988, hereinafter referred to as “The Vienna Convention”,

*Considering* that the aim of the Council of Europe is to achieve a greater unity between its members;

*Convinced* of the need to pursue a common criminal policy aimed at the protection of society;

*Considering* that the fight against serious crime, which has become an increasingly international problem, calls for close cooperation on an international scale;

*Desiring* to increase their cooperation to the fullest possible extent in the suppression of illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances by sea, in conformity with the international law of the sea and in full respect of the principle of right of freedom of navigation;

*Considering*, therefore, that article 17 of the Vienna Convention should be supplemented by a regional agreement to carry out, and to enhance the effectiveness of the provisions of that article,

Have agreed as follows:

#### CHAPTER I. DEFINITIONS

##### **Article 1. Definitions**

For the purposes of this Agreement:

(a) “Intervening State” means a State Party which has requested or proposes to request authorization from another Party to take action under this Agreement in relation to a vessel flying the flag or displaying the marks of registry of that other State Party;

(b) “Preferential jurisdiction” means, in relation to a flag State having concurrent jurisdiction over a relevant offence with another State, the right to exercise its jurisdiction on a priority basis, to the exclusion of the exercise of the other State’s jurisdiction over the offence;

(c) “Relevant offence” means any offence of the kind described in article 3, paragraph 1, of the Vienna Convention;

(d) “Vessel” means a ship or any other floating craft of any description, including hovercrafts and submersible crafts.

#### CHAPTER II. INTERNATIONAL COOPERATION

##### **Section 1. General provisions**

##### **Article 2. General principles**

1. The Parties shall cooperate to the fullest extent possible to suppress illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances by sea, in conformity with the international law of the sea.
2. In the implementation of this Agreement the Parties shall endeavour to ensure that their actions maximize the effectiveness of law enforcement measures against illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances by sea.
3. Any action taken in pursuance of this Agreement shall take due account of the need not to interfere with or affect the rights and obligations of and the exercise of jurisdiction by coastal States, in accordance with the international law of the sea.
4. Nothing in this Agreement shall be so construed as to infringe the principle of non bis in idem, as applied in national law.
5. The Parties recognize the value of gathering and exchanging information concerning vessels, cargo and facts, whenever they consider that such exchange of information could assist a Party in the suppression of illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances by sea.
6. Nothing in this Agreement affects the immunities of warships and other government vessels operated for non-commercial purposes.

##### **Article 3. Jurisdiction**

1. Each Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the relevant offences when the offence is committed on board a vessel flying its flag.
2. For the purposes of applying this Agreement, each Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the relevant offences committed on board a vessel flying the flag or displaying the marks of registry or bearing any other indication of nationality of any other Party to this Agreement. Such jurisdiction shall be exercised only in conformity with this Agreement.
3. For the purposes of applying this Agreement, each Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the relevant offences committed on board a vessel which is without nationality, or which is assimilated to a vessel without nationality under international law.

4. The flag State has preferential jurisdiction over any relevant offence committed on board its vessel.
5. Each State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, or at any later date, by a declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, inform the other Parties to the agreement of the criteria it intends to apply in respect of the exercise of the jurisdiction established pursuant to paragraph 2 of this article.
6. Any State which does not have in service warships, military aircraft or other government ships or aircraft operated for non-commercial purposes, which would enable it to become an intervening State under this Agreement may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, by a declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe declare that it will not apply paragraphs 2 and 3 of this article. A State which has made such a declaration is under the obligation to withdraw it when the circumstances justifying the reservation no longer exist.

#### ***Article 4. Assistance to flag States***

1. A Party which has reasonable grounds to suspect that a vessel flying its flag is engaged in or being used for the commission of a relevant offence, may request the assistance of other Parties in suppressing its use for that purpose. The Parties so requested shall render such assistance within the means available to them.
2. In making its request, the flag State may, inter alia, authorize the requested Party, subject to any conditions or limitations which may be imposed, to take some or all of the actions specified in this Agreement.
3. When the requested Party agrees to act upon the authorization of the flag State given to it in accordance with paragraph 2, the provisions of this Agreement in respect of the rights and obligations of the intervening State and the flag State shall, where appropriate and unless otherwise specified, apply to the requested and requesting Party, respectively.

#### ***Article 5. Vessels without nationality***

1. A Party which has reasonable grounds to suspect that a vessel without nationality, or assimilated to a vessel without nationality under international law, is engaged in or being used for the commission of a relevant offence, shall inform such other Parties as appear most closely affected and may request the assistance of any such Party in suppressing its use for that purpose. The Party so requested shall render such assistance within the means available to it.
2. Where a Party, having received information in accordance with paragraph 1, takes action it shall be for that Party to determine what actions are appropriate and to exercise its jurisdiction over any relevant offences which may have been committed by any persons on board the vessel.
3. Any Party which has taken action under this article shall communicate as soon as possible to the Party which has provided information, or made a request for assistance, the results of any action taken in respect of the vessel and any persons on board.

### **Section 2. Authorization procedures**

#### ***Article 6. Basic rules on authorization***

Where the intervening State has reasonable grounds to suspect that a vessel, which is flying the flag or displaying the marks of registry of another Party or bears any other indications of nationality of the vessel, is engaged in or being used for the commission of a relevant offence, the intervening State may request the authorization of the flag State to stop and board the vessel in waters beyond the territorial sea of any Party, and to take some or all of the other actions specified in this Agreement. No such actions may be taken by virtue of this Agreement, without the authorization of the flag State.

### **Article 7. Decision on the request for authorization**

The flag State shall immediately acknowledge receipt of a request for authorization under article 6 and shall communicate a decision thereon as soon as possible and, wherever practicable, within four hours of receipt of the request.

### **Article 8. Conditions**

1. If the flag State grants the request, such authorization may be made subject to conditions or limitations. Such conditions or limitations may, in particular, provide that the flag State's express authorization be given before any specified steps are taken by the intervening State.

2. Each State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, by declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe declare that, when acting as an intervening State, it may subject its intervention to the condition that persons having its nationality who are surrendered to the flag State under article 15 and there convicted of a relevant offence, shall have the possibility to be transferred to the intervening State to serve the sentence imposed.

## **Section 3. Rules governing action**

### **Article 9. Authorized actions**

1. Having received the authorization of the flag State, and subject to the conditions or limitations, if any, made under article 8, paragraph 1, the intervening State may take the following actions:

- (i) (a) stop and board the vessel;
- (b) establish effective control of the vessel and over any person thereon;
- (c) take any action provided for in subparagraph (ii) of this article which is considered necessary to establish whether a relevant offence has been committed and to secure any evidence thereof;
- (d) require the vessel and any persons thereon to be taken into the territory of the intervening State and detain the vessel there for the purpose of carrying out further investigations;
- (ii) and, having established effective control of the vessel:
  - (a) search the vessel, anyone on it and anything in it, including its cargo;
  - (b) open or require the opening of any containers, and test or take samples of anything on the vessel;
  - (c) require any person on the vessel to give information concerning himself or anything on the vessel;
  - (d) require the production of documents, books or records relating to the vessel or any persons or objects on it, and make photographs or copies of anything the production of which the competent authorities have the power to require;
  - (e) seize, secure and protect any evidence or material discovered on the vessel.

2. Any action taken under paragraph 1 of this article shall be without prejudice to any right existing under the law of the intervening State of suspected persons not to incriminate themselves.

### **Article 10. Enforcement measures**

1. Where, as a result of action taken under article 9, the intervening State has evidence that a relevant offence has been committed which would be sufficient under its laws to justify its either arresting the persons concerned or detaining the vessel, or both, it may so proceed.

2. The intervening State shall, without delay, notify the flag State of steps taken under paragraph 1 above.
3. The vessel shall not be detained for a period longer than that which is strictly necessary to complete the investigations into relevant offences. Where there are reasonable grounds to suspect that the owners of the vessel are directly involved in a relevant offence, the vessel and its cargo may be further detained on completion of the investigation. Persons not suspected of any relevant offence and objects not required as evidence shall be released.
4. Notwithstanding the provisions of the preceding paragraph, the intervening State and the flag State may agree with a third State, Party to this Agreement, that the vessel may be taken to the territory of that third State and, once the vessel is in that territory, the third State shall be treated for the purposes of this Agreement as an intervening State.

#### **Article 11. Execution of action**

1. Actions taken under articles 9 and 10 shall be governed by the law of the intervening State.
2. Actions under article 9, paragraph 1 (a), (b) and (d), shall be carried out only by warships or military aircraft, or by other ships or aircraft clearly marked and identifiable as being on government service and authorized to that effect.
3. (a) An official of the intervening State may not be prosecuted in the flag State for any act performed in the exercise of his functions. In such a case, the official shall be liable to prosecution in the intervening State as if the elements constituting the offence had been committed within the jurisdiction of that State.  
(b) In any proceedings instituted in the flag State, offences committed against an official of the intervening State with respect to actions carried out under articles 9 and 10 shall be treated as if they had been committed against an official of the flag State.
4. The master of a vessel which has been boarded in accordance with this Agreement shall be entitled to communicate with the authorities of the vessel's flag State as well as with the owners or operators of the vessel for the purpose of notifying them that the vessel has been boarded. However, the authorities of the intervening State may prevent or delay any communication with the owners or operators of the vessel if they have reasonable grounds for believing that such communication would obstruct the investigations into a relevant offence.

#### **Article 12. Operational safeguards**

1. In the application of this Agreement, the Parties concerned shall take due account of the need not to endanger the safety of life at sea, the security of the vessel and cargo and not to prejudice any commercial or legal interest. In particular, they shall take into account:
  - (a) the dangers involved in boarding a vessel at sea, and give consideration to whether this could be more safely done at the vessel's next port of call;
  - (b) the need to minimize any interference with the legitimate commercial activities of a vessel;
  - (c) the need to avoid unduly detaining or delaying a vessel;
  - (d) the need to restrict the use of force to the minimum necessary to ensure compliance with the instructions of the intervening State.
2. The use of firearms against, or on, the vessel shall be reported as soon as possible to the flag State.
3. The death, or injury, of any person aboard the vessel shall be reported as soon as possible to the flag State. The authorities of the intervening State shall fully cooperate with the authorities of the flag State in any investigation the flag State may hold into any such death or injury.

#### **Section 4. Rules governing the exercise of jurisdiction**

##### ***Article 13. Evidence of offences***

1. To enable the flag State to decide whether to exercise its preferential jurisdiction in accordance with the provisions of article 14, the intervening State shall without delay transmit to the flag State a summary of the evidence of any offences discovered as a result of action taken pursuant to article 9. The flag State shall acknowledge receipt of the summary forthwith.
2. If the intervening State discovers evidence which leads it to believe that offences outside the scope of this Agreement may have been committed, or that suspect persons not involved in relevant offences are on board the vessel, it shall notify the flag State. Where appropriate, the Parties involved shall consult.
3. The provisions of this Agreement shall be so construed as to permit the intervening State to take measures, including the detention of persons, other than those aimed at the investigation and prosecution of relevant offences, only when:
  - (a) the flag State gives its express consent; or
  - (b) such measures are aimed at the investigation and prosecution of an offence committed after the person has been taken into the territory of the intervening State.

##### ***Article 14. Exercise of preferential jurisdiction***

1. A flag State wishing to exercise its preferential jurisdiction shall do so in accordance with the provisions of this article.
2. It shall notify the intervening State to this effect as soon as possible and at the latest within fourteen days from the receipt of the summary of evidence pursuant to article 13. If the flag State fails to do this, it shall be deemed to have waived the exercise of its preferential jurisdiction.
3. Where the flag State has notified the intervening State that it exercises its preferential jurisdiction, the exercise of the jurisdiction of the intervening State shall be suspended, save for the purpose of surrendering persons, vessels, cargoes and evidence in accordance with this Agreement.
4. The flag State shall submit the case forthwith to its competent authorities for the purpose of prosecution.
5. Measures taken by the intervening State against the vessel and persons on board may be deemed to have been taken as part of the procedure of the flag State.

##### ***Article 15. Surrender of vessels, cargoes, persons and evidence***

1. Where the flag State has notified the intervening State of its intention to exercise its preferential jurisdiction, and if the flag State so requests, the persons arrested, the vessel, the cargo and the evidence seized shall be surrendered to that State in accordance with the provisions of this Agreement.
2. The request for the surrender of arrested persons shall be supported by, in respect of each person, the original or a certified copy of the warrant of arrest or other order having the same effect, issued by a judicial authority in accordance with the procedure prescribed by the law of the flag State.
3. The Parties shall use their best endeavours to expedite the surrender of persons, vessels, cargoes and evidence.
4. Nothing in this Agreement shall be so construed as to deprive any detained person of his right under the law of the intervening State to have the lawfulness of his detention reviewed by a court of that State, in accordance with procedures established by its national law.
5. Instead of requesting the surrender of the detained persons or of the vessel, the flag State may request their immediate release. Where this request has been made, the intervening State shall release them forthwith.

### **Article 16. Capital punishment**

If any offence for which the flag State decides to exercise its preferential jurisdiction in accordance with article 14 is punishable by death under the law of that State, and if in respect of such an offence the death penalty is not provided by the law of the intervening State or is not normally carried out, the surrender of any person may be refused unless the flag State gives such assurances as the intervening State considers sufficient that the death penalty will not be carried out.

## **Section 5. Procedural and other general rules**

### **Article 17. Competent authorities**

1. Each Party shall designate an authority, which shall be responsible for sending and answering requests under articles 6 and 7 of this Agreement. So far as is practicable, each Party shall make arrangements so that this authority may receive and respond to the requests at any hour of any day or night.
2. The Parties shall furthermore designate a central authority which shall be responsible for the notification of the exercise of preferential jurisdiction under article 14 and for all other communications or notifications under this Agreement.
3. Each Party shall, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, communicate to the Secretary General of the Council of Europe the names and addresses of the authorities designated in pursuance of this article, together with any other information facilitating communication under this Agreement. Any subsequent change with respect to the name, address or other relevant information concerning such authorities shall likewise be communicated to the Secretary General.

### **Article 18. Communication between designated authorities**

1. The authorities designated under article 17 shall communicate directly with one another.
2. Where, for any reason, direct communication is not practicable, Parties may agree to use the communication channels of ICPO-Interpol or of the Customs Cooperation Council.

### **Article 19. Form of request and languages**

1. All communications under articles 4 to 16 shall be made in writing. Modern means of telecommunications, such as telefax, may be used.
2. Subject to the provisions of paragraph 3 of this article, translations of the requests, other communications and supporting documents shall not be required.
3. At the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, any Party may communicate to the Secretary General of the Council of Europe a declaration that it reserves the right to require that requests, other communications and supporting documents sent to it, be made in or accompanied by a translation into its own language or into one of the official languages of the Council of Europe or into such one of these languages as it shall indicate. It may on that occasion declare its readiness to accept translations in any other language as it may specify. The other Parties may apply the reciprocity rule.

### **Article 20. Authentication and legalization**

Documents transmitted in application of this Agreement shall be exempt from all authentication and legalization formalities.



### **Article 21. Content of request**

A request under article 6 shall specify:

- (a) the authority making the request and the authority carrying out the investigations or proceedings;
- (b) details of the vessel concerned, including, as far as possible, its name, a description of the vessel, any marks of registry or other signs indicating nationality, as well as its location, together with a request for confirmation that the vessel has the nationality of the requested Party;
- (c) details of the suspected offences, together with the grounds for suspicion;
- (d) the action it is proposed to take and an assurance that such action would be taken if the vessel concerned had been flying the flag of the intervening State.

### **Article 22. Information for owners and masters of vessels**

Each Party shall take such measures as may be necessary to inform the owners and masters of vessels flying their flag that States Parties to this Agreement may be granted the authority to board vessels beyond the territorial sea of any Party for the purposes specified in this Agreement and to inform them in particular of the obligation to comply with instructions given by a boarding party from an intervening State exercising that authority.

### **Article 23. Restriction of use**

The flag State may make the authorization referred to in article 6 subject to the condition that the information or evidence obtained will not, without its prior consent, be used or transmitted by the authorities of the intervening State in respect of investigations or proceedings other than those relating to relevant offences.

### **Article 24. Confidentiality**

The Parties concerned shall, if this is not contrary to the basic principles of their national law, keep confidential any evidence and information provided by another Party in pursuance of this Agreement, except to the extent that its disclosure is necessary for the application of the Agreement or for any investigations or proceedings.

## **Section 6. Costs and damages**

### **Article 25. Costs**

1. Unless otherwise agreed by the Parties concerned, the cost of carrying out any action under articles 9 and 10 shall be borne by the intervening State, and the cost of carrying out action under articles 4 and 5 shall normally be borne by the Party which renders assistance.
2. Where the flag State has exercised its preferential jurisdiction in accordance with article 14, the cost of returning the vessel and of transporting suspected persons and evidence shall be borne by it.

### **Article 26. Damages**

1. If, in the process of taking action pursuant to articles 9 and 10 above, any person, whether natural or legal, suffers loss, damage or injury as a result of negligence or some other fault attributable to the intervening State, it shall be liable to pay compensation in respect thereof.
2. Where the action is taken in a manner which is not justified by the terms of this Agreement, the intervening State shall be liable to pay compensation for any resulting loss, damage or injury. The intervening State shall also be liable to pay compensation for any such loss, damage or injury, if the suspicions prove to be unfounded and provided that the vessel boarded, the operator or the crew have not committed any act justifying them.

3. Liability for any damage resulting from action under article 4 shall rest with the requesting State, which may seek compensation from the requested State where the damage was a result of negligence or some other fault attributable to that State.

### CHAPTER III. FINAL PROVISIONS

#### **Article 27. Signature and entry into force**

1. This Agreement shall be open for signature by the member States of the Council of Europe which have already expressed their consent to be bound by the Vienna Convention. They may express their consent to be bound by this Agreement by:

- (a) signature without reservation as to ratification, acceptance or approval; or
- (b) signature subject to ratification, acceptance or approval, followed by ratification, acceptance or approval.

2. Instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Secretary General of the Council of Europe.

3. This Agreement shall enter into force on the first day of the month following the expiry of a period of three months after the date on which three member States of the Council of Europe have expressed their consent to be bound by the Agreement in accordance with the provisions of paragraph 1.

4. In respect of any signatory State which subsequently expresses its consent to be bound by it, the Agreement shall enter into force on the first day of the month following the expiry of a period of three months after the date of its consent to be bound by the Agreement in accordance with the provisions of paragraph 1.

#### **Article 28. Accession**

1. After the entry into force of this Agreement, the Committee of Ministers of the Council of Europe, after consulting the Contracting States to the Agreement, may invite any State which is not a member of the Council but which has expressed its consent to be bound by the Vienna Convention to accede to this Agreement, by a decision taken by the majority provided for in article 20.d of the Statute of the Council of Europe and by the unanimous vote of the representatives of the Contracting States entitled to sit on the Committee.

2. In respect of any acceding State, the Agreement shall enter into force on the first day of the month following the expiry of a period of three months after the date of deposit of the instrument of accession with the Secretary General of the Council of Europe.

#### **Article 29. Territorial application**

1. Any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, specify the territory or territories in respect of which its consent to be bound to this Agreement shall apply.

2. Any State may, at any later date, by a declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, extend its consent to be bound by the present Agreement to any other territory specified in the declaration. In respect of such territory the Agreement shall enter into force on the first day of the month following the expiry of a period of three months after the date of receipt of such declaration by the Secretary General.

3. In respect of any territory subject to a declaration under paragraphs 1 and 2 above, authorities may be designated under article 17, paragraphs 1 and 2.

4. Any declaration made under the preceding paragraphs may, in respect of any territory specified in such declaration, be withdrawn by a notification addressed to the Secretary General. The withdrawal shall become effective on the first day of the month following the expiry of a period of three months after the date of receipt of such notification by the Secretary General.

**Article 30. Relationship to other conventions and agreements**

1. This Agreement shall not affect rights and undertakings deriving from the Vienna Convention or from any international multilateral conventions concerning special matters.
2. The Parties to the Agreement may conclude bilateral or multilateral agreements with one another on the matters dealt with in this Agreement, for the purpose of supplementing or strengthening its provisions or facilitating the application of the principles embodied in it and in article 17 of the Vienna Convention.
3. If two or more Parties have already concluded an agreement or treaty in respect of a subject dealt with in this Agreement or have otherwise established their relations in respect of that subject, they may agree to apply that agreement or treaty or to regulate those relations accordingly, in lieu of the present Agreement, if it facilitates international cooperation.

**Article 31. Reservations**

1. Any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, declare that it avails itself of one or more of the reservations provided for in article 3, paragraph 6, article 19, paragraph 3 and article 34, paragraph 5. No other reservation may be made.
2. Any State which has made a reservation under the preceding paragraph may wholly or partly withdraw it by means of a notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe. The withdrawal shall take effect on the date of receipt of such notification by the Secretary General.
3. A Party which has made a reservation in respect of a provision of this Agreement may not claim the application of that provision by any other Party. It may, however, if its reservation is partial or conditional, claim the application of that provision insofar as it has itself accepted it.

**Article 32. Monitoring committee**

1. After the entry into force of the present Agreement, a monitoring committee of experts representing the Parties shall be convened at the request of a Party to the Agreement by the Secretary General of the Council of Europe.
2. The monitoring committee shall review the working of the Agreement and make appropriate suggestions to secure its efficient operation.
3. The monitoring committee may decide its own procedural rules.
4. The monitoring committee may decide to invite States not Parties to the Agreement as well as international organizations or bodies, as appropriate, to its meetings.
5. Each Party shall send every second year a report on the operation of the Agreement to the Secretary General of the Council of Europe in such form and manner as may be decided by the monitoring committee or the European Committee on Crime Problems. The monitoring committee may decide to circulate the information supplied or a report thereon to the Parties and to such international organizations or bodies as it deems appropriate.

**Article 33. Amendments**

1. Amendments to this Agreement may be proposed by any Party, and shall be communicated by the Secretary General of the Council of Europe to the member States of the Council of Europe and to every nonmember State which has acceded to or has been invited to accede to the Agreement in accordance with the provisions of article 28.
2. Any amendment proposed by a Party shall be communicated to the European Committee on Crime Problems, which shall submit to the Committee of Ministers its opinion on the proposed amendment.

3. The Committee of Ministers shall consider the proposed amendment and the opinion submitted by the European Committee on Crime Problems, and may adopt the amendment.
4. The text of any amendment adopted by the Committee of Ministers in accordance with paragraph 3 of this article shall be forwarded to the Parties for acceptance.
5. Any amendment adopted in accordance with paragraph 3 of this article shall come into force on the thirtieth day after all the Parties have informed the Secretary General of their acceptance thereof.

#### **Article 34. Settlement of disputes**

1. The European Committee on Crime Problems of the Council of Europe shall be kept informed of the interpretation and application of this Agreement.
2. In case of a dispute between Parties as to the interpretation or application of this Agreement, the Parties shall seek a settlement of the dispute through negotiation or any other peaceful means of their choice, including submission of the dispute to the European Committee on Crime Problems, to an arbitral tribunal whose decisions shall be binding upon the Parties, mediation, conciliation or judicial process, as agreed upon by the Parties concerned.
3. Any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, or on any later date, by a declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, declare that, in respect of any dispute concerning the interpretation or application of this Agreement, it recognizes as compulsory, without prior agreement, and subject to reciprocity, the submission of the dispute to arbitration in accordance with the procedure set out in the appendix to this Agreement.
4. Any dispute which has not been settled in accordance with paragraphs 2 or 3 of this article shall be referred, at the request of any one of the parties to the dispute, to the International Court of Justice for decision.
5. Any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, by a declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, declare that it does not consider itself bound by paragraph 4 of this article.
6. Any Party having made a declaration in accordance with paragraphs 3 or 5 of this article may at any time withdraw the declaration by notification to the Secretary General of the Council of Europe.

#### **Article 35. Denunciation**

1. Any Party may, at any time, denounce this Agreement by means of a notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe.
2. Such denunciation shall become effective on the first day of the month following the expiry of a period of three months after the date of receipt of the notification by the Secretary General.
3. The present Agreement shall, however, continue to remain effective in respect of any actions or proceedings based on applications or requests made during the period of its validity in respect of the denouncing Party.

#### **Article 36. Notifications**

The Secretary General of the Council of Europe shall notify the member States of the Council, any State which has acceded to this Agreement and the Secretary-General of the United Nations of:

- (a) any signature;
- (b) the deposit of any instrument of ratification, acceptance, approval or accession;
- (c) the name of any authority and any other information communicated pursuant to article 17;

- (d) any reservation made in accordance with article 31, paragraph 1;
- (e) the date of entry into force of this Agreement in accordance with articles 27 and 28;
- (f) any request made under article 32, paragraph 1, and the date of any meeting convened under that paragraph;
- (g) any declaration made under article 3, paragraphs 5 and 6, article 8, paragraph 2, article 19, paragraph 3 and article 34, paragraphs 3 and 5;
- (h) any other act, notification or communication relating to this Agreement.

In witness whereof the undersigned, being duly authorized thereto, have signed this Agreement.

Done at Strasbourg, this 31st day of January 1995, in English and in French, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Council of Europe. The Secretary General of the Council of Europe shall transmit certified copies to each member State of the Council of Europe and to any State invited to accede to this Agreement.

### **Appendix**

1. The Party to the dispute requesting arbitration pursuant to article 34, paragraph 3, shall inform the other Party in writing of the claim and of the grounds on which its claim is based.
2. The Parties concerned shall establish an arbitral tribunal.
3. The arbitral tribunal shall consist of three members. Each Party shall nominate an arbitrator. Both Parties shall, by common accord, appoint the presiding arbitrator.
4. Failing such nomination or such appointment by common accord within four months from the date on which the arbitration was requested, the necessary nomination or appointment shall be entrusted to the Secretary General of the Permanent Court of Arbitration.
5. Unless the Parties agree otherwise, the tribunal shall determine its own procedure.
6. Unless otherwise agreed between the Parties, the tribunal shall decide on the basis of the applicable rules of international law or, in the absence of such rules, *ex aequo et bono*.
7. The tribunal shall reach its decision by a majority of votes. Its decision shall be final and binding.

### **B. Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Costa Rica concerning Cooperation to Suppress Illicit Traffic and related exchange of correspondence**

*(Entry into force: 19 November 1999)*

#### PREAMBLE

The Government of the United States of America and the Government of the Republic of Costa Rica (hereinafter the Parties);

*Bearing in mind* the complex nature of the problem of illicit traffic by sea;

*Having regard* to the urgent need for international cooperation in suppressing illicit traffic by sea, which is recognized in the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs and its 1972 Protocol, in the 1971 Convention on Psychotropic Substances, in the 1988 United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (hereinafter the 1988 Convention), and in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea;

*Recalling* that the 1988 Convention requires the Parties to consider entering into bilateral agreements to carry out, or to enhance the effectiveness of, its provisions;

*Desiring* to promote greater cooperation between the Parties, and thereby enhance their effectiveness, in combating illicit traffic by sea;

*Conscious* of the fact that, in order to combat drug-related activities effectively and efficiently, the active participation of all States affected is needed, that is, consumer and producer States, States whose territories are used as trans-shipment points for narcotic drugs, and States used to launder the proceeds of drug trafficking;

*Taking into account* that the Government of Costa Rica does not have sufficient technical and material resources to assume an active and forceful role in international counter-narcotics activities;

*Recognizing* that the United States Coast Guard is a law enforcement body within the United States Department of Transportation; and

*Conscious* of the fact that Costa Rica is experiencing increased use of its maritime zones in the Pacific Ocean and Caribbean Sea for the trans-shipment of drugs;

Have agreed as follows:

## I. DEFINITIONS

In this Agreement, it shall be understood that:

1. *Illicit traffic* has the same meaning as in article 1 (*m*) of the 1988 Convention.
2. *Costa Rican waters and airspace* means the territorial sea and internal waters of Costa Rica, including Coco Island and the air space over Costa Rica.
3. *Law enforcement vessels* means ships of the Parties clearly marked and identifiable as being on government non-commercial service and authorized to that effect, including any boat and aircraft embarked on such ships, aboard which law enforcement officials are embarked.
4. *Law enforcement aircraft* means aircraft of the Parties engaged in law enforcement operations or operations in support of law enforcement activities clearly marked and identifiable as being on government non-commercial service and authorized to that effect.
5. *Law enforcement authorities* means for the Government of the Republic of Costa Rica, the Ministry of Public Security, the Maritime Surveillance Service, the Air Surveillance Service, and the Drug Control Police, without prejudice to the powers of the appropriate judicial authorities, and, for the Government of the United States of America, the United States Coast Guard.
6. *Law enforcement officials* means, for the Government of the United States of America, uniformed members of the United States Coast Guard, and for the Government of the Republic of Costa Rica, uniformed members of the Maritime Surveillance Service and the Air Surveillance Service of the Ministry of Public Security and clearly identifiable members of the Drug Control Police of that Ministry.
7. *Ship-rider* means one or more law enforcement officials, including boarding teams, of one Party authorized to embark on a law enforcement vessel of the other Party.
8. *Suspect vessel or aircraft* means a vessel or aircraft used for commercial or private purposes in respect of which there are reasonable grounds to suspect it is involved in illicit traffic.

## II. NATURE AND SCOPE OF AGREEMENT

1. The Parties shall cooperate in combating illicit traffic by sea to the fullest extent possible, consistent with available law enforcement resources and related priorities.
2. The Government of the United States of America shall continue to provide the Government of Costa Rica with available information collected by electronic, air and maritime surveillance means, on the presence of suspect vessels or aircraft in or over Costa Rican waters or airspace, so that the law enforcement authorities of Costa Rica may take appropriate control measures. The Parties undertake to agree on procedures for improving intelligence sharing.

## III. OPERATIONS IN AND OVER NATIONAL WATERS

Operations to suppress illicit traffic in and over the waters of a Party are subject to the authority of that Party.



IV. PROGRAMME FOR LAW ENFORCEMENT OFFICIALS  
ABOARD THE OTHER PARTY'S VESSELS

1. The Parties shall establish a joint law enforcement ship-rider programme between their law enforcement authorities. Each Party may designate a coordinator to organize its programme activities and to notify the other Party of the types of vessels and officials involved in the programme.
2. The Government of Costa Rica may designate qualified law enforcement officials to act as law enforcement ship-riders. The Government of Costa Rica may assign boarding teams to conduct boardings, searches and detentions from United States law enforcement vessels under the flag of Costa Rica of suspect Costa Rican vessels and other suspect vessels located in Costa Rican waters in accordance with paragraph 5, subject to subparagraphs (b) and (c) of paragraph 6. Subject to Costa Rican law, these ship-riders may, in appropriate circumstances:
  - (a) Embark on United States law enforcement vessels;
  - (b) Authorize the pursuit, by the United States law enforcement vessels on which they are embarked, of suspect vessels and aircraft fleeing into Costa Rican waters;
  - (c) Authorize the United States law enforcement vessels on which they are embarked to conduct patrols to suppress illicit traffic in Costa Rican waters; and
  - (d) Enforce the laws of Costa Rica in Costa Rican waters, or seaward therefrom in the exercise of the right of hot pursuit or otherwise in accordance with international law.
3. The Government of the United States of America may designate qualified law enforcement officials to act as law enforcement ship-riders. Subject to United States law, these ship-riders may, in appropriate circumstances:
  - (a) Embark on Costa Rican law enforcement vessels;
  - (b) Advise Costa Rican law enforcement officials in the conduct of boardings of vessels to enforce the laws of Costa Rica;
  - (c) Enforce, seaward of the territorial sea of Costa Rica, the laws of the United States where authorized to do so, in accordance with the principles of international law; and
  - (d) Authorize the Costa Rican vessels on which they are embarked to assist in the enforcement of the laws of the United States seaward of the territorial sea of Costa Rica, in accordance with the principles of international law.
4. The Government of the United States of America shall, whenever feasible, assign as ship-riders persons fluent in Spanish, and to have liaison officials fluent in Spanish on board United States law enforcement vessels on which Costa Rican ship-riders are embarked.
5. When a ship-rider is embarked on the other Party's vessel, and the enforcement action being carried out is pursuant to the ship-rider's authority, any search or seizure of property, any detention of a person, and any use of force pursuant to this Agreement, whether or not involving weapons, shall be carried out by the ship-rider, except as follows:
  - (a) Crewmembers of the other Party's vessel may assist in any such action if expressly requested to do so by the ship-rider and only to the extent and in the manner requested. Such request may only be made, agreed to, and acted upon in accordance with the applicable laws and policies; and
  - (b) Such crewmembers may use force in self-defence, in accordance with the applicable laws and policies.
6. The Government of the United States of America may only conduct operations to suppress illicit traffic in Costa Rican waters and airspace with the permission of the Government of the Republic of Costa Rica in any of the following circumstances:
  - (a) An embarked Costa Rican ship-rider so authorizes;
  - (b) In those exceptional occasions when a suspect vessel, detected seaward of Costa Rican waters, enters Costa Rican waters and no Costa Rican ship-rider is embarked in a United States law enforcement vessel, and no Costa Rican law enforcement vessel is immediately available to investigate, the United States law enforcement vessel may follow the suspect vessel into Costa Rican waters, in order to board the suspect vessel and secure



the scene, while awaiting expeditious instructions from Costa Rican law enforcement authorities and the arrival of Costa Rican law enforcement officials;

(c) In those equally exceptional occasions when a suspect vessel is detected within Costa Rican waters, and no Costa Rican ship-rider is embarked in a United States law enforcement vessel, and no Costa Rican law enforcement vessel is immediately available to investigate, the United States law enforcement vessel may enter Costa Rican waters, in order to board the suspect vessel and secure the scene, while awaiting expeditious instructions from Costa Rican law enforcement authorities and the arrival of Costa Rican law enforcement officials.

The United States shall provide prior notice to the Costa Rican law enforcement authority of action to be taken under subparagraphs (b) and (c) of this paragraph, unless not operationally feasible to do so. In any case, notice of the action shall be provided to the Costa Rican law enforcement authority without delay.

7. Law enforcement vessels of a Party operating with the authorization of the other Party pursuant to section IV of this Agreement shall, during such operations, fly, in the case of the United States of America, the Costa Rican flag, and in the case of Costa Rica, the United States Coast Guard ensign.

8. The Government of Costa Rica shall permit the mooring or stay of law enforcement vessels of the United States of America at national ports, after authorization by the Minister of Public Security, on the occasions and for the time necessary for the proper performance of the operations required under this Agreement.

9. The Government of the Republic of Costa Rica reserves the right to authorize, in accordance with the laws of Costa Rica, other operations to suppress illicit traffic not otherwise foreseen in this Agreement.

10. When aircraft of the Government of the United States of America (hereafter United States aircraft) are operating to suppress illicit traffic or supporting such operations, the Government of the Republic of Costa Rica shall permit those United States aircraft:

(a) To overfly its territory and waters with due regard for the laws and regulations of Costa Rica for the flight and manoeuvre of aircraft, subject to paragraph 11 of this section;

(b) To land and remain in national airports, after receiving authorization from the Minister of Public Security, on the occasions and for the time necessary for proper performance of the operations necessary under this Agreement; and

(c) To transmit orders from competent Costa Rican authorities to suspect aircraft to land in the territory of Costa Rica, subject to the laws of each Party.

11. The Government of the United States of America shall, in the interest of flight safety, observe the following procedures for facilitating flights within Costa Rican airspace by United States aircraft:

(a) In the event of planned law enforcement operations, the United States shall provide reasonable notice and communications frequencies to the appropriate Costa Rican aviation authorities responsible for air traffic control of planned flights by its aircraft over Costa Rican territory or waters;

(b) In the event of unplanned operations, which may include the pursuit of suspect aircraft into Costa Rican airspace pursuant to this Agreement, the Parties shall exchange information concerning the appropriate communications frequencies and other information pertinent to flight safety;

(c) Any aircraft engaged in law enforcement operations or operations in support of law enforcement activities in accordance with this Agreement shall comply with such air navigation and flight safety directions as may be required by Costa Rican aviation authorities, and with any written operating procedures developed for flight operations within its airspace under this Agreement.

## V. OPERATIONS SEAWARD OF THE TERRITORIAL SEA

1. Whenever United States law enforcement officials encounter a suspect vessel flying the Costa Rican flag or claiming to be registered in Costa Rica, located seaward of any State's territorial sea, this Agreement constitutes the authorization of the Government of

the Republic of Costa Rica for the boarding and search of the suspect vessel and the persons found on board by such officials.

2. If evidence of illicit traffic is found, United States law enforcement officials may detain the vessel and persons on board pending expeditious disposition instructions from the Government of the Republic of Costa Rica.

3. Except as expressly provided herein, this Agreement does not apply to or limit boardings of vessels seaward of any State's territorial sea, conducted by either Party in accordance with international law, whether based, *inter alia*, on the right of visit, the rendering of assistance to persons, vessels, and property in distress or peril, the consent of the vessel master, or an authorization from the flag State to take law enforcement action.

#### VI. JURISDICTION OVER DETAINED VESSELS

1. In all cases arising in Costa Rican waters, or concerning Costa Rican flag vessels seaward of any State's territorial sea, the Government of the Republic of Costa Rica shall have the primary right to exercise jurisdiction over a detained vessel, cargo and/or persons on board (including seizure, forfeiture, arrest, and prosecution), provided, however, that the Government of the Republic of Costa Rica may, subject to its Constitution and laws, waive its primary right to exercise jurisdiction and authorize the enforcement of United States law against the vessel, cargo and/or persons on board.

2. Instructions as to the exercise of jurisdiction pursuant to paragraph 1 shall be given without delay.

#### VII. IMPLEMENTATION

1. Operations to suppress illicit traffic pursuant to this Agreement shall be carried out only against suspect vessels and aircraft, including vessels and aircraft without nationality, and vessels assimilated to vessels without nationality.

2. A Party conducting a boarding and search pursuant to this Agreement shall promptly notify the other Party of the results thereof. The relevant Party shall timely report to the other Party, consistent with its laws, on the status of all investigations, prosecutions and judicial proceedings resulting from enforcement action taken pursuant to this Agreement where evidence of illicit traffic was found.

3. Each Party shall ensure that its law enforcement officials, when conducting boardings and searches and air interception activities pursuant to this Agreement, act in accordance with the applicable national laws and policies of that Party and with the applicable international law and accepted international practices.

4. Boardings and searches pursuant to this Agreement shall be carried out by law enforcement officials from law enforcement vessels or aircraft. The boarding and search teams may operate from such ships and aircraft of the Parties, and seaward of the territorial sea of any State, from such ships of other States as may be agreed upon by the Parties. The boarding and search team may carry standard law enforcement small arms.

5. While conducting air intercept activities pursuant to this Agreement, the Parties shall not endanger the lives of persons on board and the safety of civil aircraft.

6. All use of force pursuant to this Agreement shall be in strict accordance with the applicable laws and policies and shall in all cases be the minimum reasonably necessary under the circumstances, except that neither Party shall use force against civil aircraft in flight. Nothing in this Agreement shall impair the exercise of the inherent right of self-defense by law enforcement or other officials of either Party.

7. When carrying out operations pursuant to this Agreement, in accordance with the 1988 Convention, the Parties shall take due account of the possible advantage of conducting boarding and search operations in safer conditions at the closest Costa Rican port to minimize any prejudice to the legitimate commercial activities of the suspect vessel or aircraft, or its flag State or any other interested State; the need not to delay unduly the suspect aircraft or vessel; the need not to endanger the safety of life at sea without endangering the safety of the law enforcement officials or their vessels or aircraft; and the need not to endanger the security of the suspect vessel, aircraft or cargo.

8. To facilitate implementation of this Agreement, each Party shall ensure the other Party is fully informed of its respective applicable laws and policies, particularly those pertaining to the use of force. Each Party shall ensure that all of its law enforcement officials are knowledgeable concerning the applicable laws and policies of both Parties.
9. Assets seized in consequence of any operation undertaken in Costa Rican waters pursuant to this Agreement shall be disposed of in accordance with the laws of Costa Rica. Assets seized in consequence of any operation undertaken seaward of the territorial sea of Costa Rica pursuant to this Agreement shall be disposed of in accordance with the laws of the seizing Party. To the extent permitted by its laws and upon such terms as it deems appropriate, a Party may, in any case, transfer forfeited assets or proceeds of their sale to the other Party. Each transfer generally will reflect the contribution of the other Party to facilitating or effecting the forfeiture of such assets or proceeds.
10. The law enforcement authority of one Party (the first Party) may request, and the law enforcement authority of the other Party may authorize, law enforcement officials of the other Party to provide technical assistance to law enforcement officials of the first Party in their boarding and investigation of suspect vessels located in the territory or waters of the first Party.
11. Any injury to or loss of life of a law enforcement official of a Party shall normally be remedied in accordance with the laws of that Party. Any other claim submitted for damage, injury, death or loss resulting from an operation carried out under this Agreement shall be processed, considered, and if merited, resolved in favour of the claimant by the Party whose officials conducted the operation, in accordance with the domestic law of that Party, and in a manner consistent with international law. If any loss, injury or death is suffered as a result of any action taken by the law enforcement or other officials of one Party in contravention of this Agreement, or any improper or unreasonable action is taken by a Party pursuant thereto, the Parties shall, without prejudice to any other legal rights which may be available, consult at the request of either Party to resolve the matter and decide any questions relating to compensation.
12. Disputes arising from the interpretation or implementation of this Agreement shall be settled by mutual agreement of the Parties.
13. The Parties agree to consult, on at least an annual basis, to evaluate the implementation of this Agreement and to consider enhancing its effectiveness, including the preparation of amendments to this Agreement that take into account increased operational capacity of the Costa Rican law enforcement authorities and officials. In case a difficulty arises concerning the operation of this Agreement, either Party may request consultations with the other Party to resolve the matter.
14. Nothing in this Agreement is intended to alter the rights and privileges due any individual in any legal proceeding.
15. Nothing in this Agreement shall prejudice the position of either Party with regard to the international law of the sea.

#### VIII. ENTRY INTO FORCE AND DURATION

1. This Agreement shall enter into force upon exchange of notes indicating that the necessary internal procedures of each Party have been completed.
2. In the case of Costa Rica, as stipulated in article 121 (5) of the Constitution, the Legislative Assembly and the actual act of approval shall grant permission for the operations described in section IV of this Agreement for a period of 10 years from the time of ratification. One month prior to the expiration of the initial authorization period set forth in the foregoing paragraph, the Legislative Assembly shall indicate, using the procedures set forth in its regulations, whether an extension is granted for a similar period. The same procedure shall apply to subsequent extensions.
3. This Agreement shall be registered with the Secretary-General of the United Nations for purposes of publication in accordance with article 102 of the Charter of the United Nations.
4. This Agreement may be terminated at any time by either Party upon written notification to the other Party through the diplomatic channel. Such termination shall take effect one year from the date of notification.

5. This Agreement shall continue to apply after termination with respect to any administrative or judicial proceedings arising out of actions taken pursuant to this Agreement during the time that it was in force.

In witness whereof, the undersigned, being duly authorized by their respective Governments, have signed this Agreement.

Done at San José, Costa Rica, this first day of December of 1998, in duplicate in the English and Spanish languages, each text being equally authentic.

For the Government of the  
United States of America:

*[Signed]*

Thomas J. Dodd

Thomas J. Dodd

Ambassador

Embassy of the

United States of America

For the Government of the  
Republic of Costa Rica:

*[Signed]*

J. F. Lizano

Juan Rafael Lizano Saenz

Minister of Government,

Police and Public Security

Republic of Costa Rica

Signed in the presence of and witnessed by:

*[Signed]*

M. A. Rodriguez

Dr. Manuel Angel Rodriguez Echeverria

President of the Republic of Costa Rica

**Protocol to the Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Costa Rica concerning Cooperation to Suppress Illicit Traffic**

(Entry into force: 19 November 1999)

The Government of the United States of America and the Government of the Republic of Costa Rica, hereinafter the Parties;

*Recalling* the Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Costa Rica concerning Cooperation to Suppress Illicit Traffic, signed at San Jose, 1 December 1998, hereinafter the Agreement;

*Noting* the Decision No. 04156-99 of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of Costa Rica, given at 2 June 1999, at 4:33 p.m., in which the Chamber concluded that paragraph 2 of section VIII of the Agreement was unconstitutional;

*Desiring* to modify the Agreement so as to rectify it in accordance with the Chamber's decision;

Have agreed as follows:

**Article I**

The paragraph 2 of section VIII of the Agreement shall be amended to read in its entirety as follows:

*"Whenever it may be required by article 121, subparagraph 5, of the Political Constitution of Costa Rica, the Government of Costa Rica shall seek and obtain from the Legislative Assembly its approval for activities described in paragraphs 8 and 10 (b) of section IV of this Agreement."*

**Article II**

This Protocol shall enter into force at the same time and in the same manner as the Agreement.

In witness whereof the undersigned, being duly authorized by their respective Governments, have signed this Protocol.

Done at San José, this second day of July 1999, in duplicate in the English and Spanish languages, each text being equally authentic.

For the Government of the  
United States of America:

*[Signed]*  
Thomas J. Dodd  
Ambassador

For the Government of the  
Republic of Costa Rica:

*[Signed]*  
Roberto Rojas  
Minister for Foreign Affairs

Signed in the presence of and witnessed by:

*[Signed]*  
J. F. Lizano  
Minister of Government, Police and Public Security  
Republic of Costa Rica

### Related correspondence

EMBASSY OF THE  
UNITED STATES OF AMERICA

San Jose, 2 July 1999

Note No. 90

Excellency,

I have the honor to refer to the Agreement between our two Governments concerning Cooperation to Suppress Illicit Traffic, signed at San José on 1 December 1998 (the Agreement), and to the Decision No. 04156-99 of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of Costa Rica, issued on 2 June 1999, at 4:33 p.m., in which the Chamber found sections IV (3), IV (10), and VII (11) of the Agreement are not unconstitutional provided they are interpreted as set forth in the whereas clauses of the Chamber's Decision.

My Government understands:

1. In reference to paragraph 3 of section IV of the Agreement, as well as provided in paragraph 1 of section VI of the Agreement, the Government of the Republic of Costa Rica, in accordance with its Political Constitution and laws, has the primary right to exercise jurisdiction over Costa Rican as well as foreign persons detained on board a vessel that is located within Costa Rican territorial sea and is suspected of being engaged in illicit traffic.
2. The aircraft of the Government of the United States of America to which paragraph 10 of section IV of the Agreement refers are law enforcement aircraft as defined in paragraph 4 of section I of the Agreement; and
3. Paragraph 11 of section VII involves no surrender of Costa Rican criminal jurisdiction.

I would appreciate confirmation by diplomatic note that the Government of the Republic of Costa Rica shares the afore-stated understandings.

Accept, Excellency, the renewed assurances of my highest consideration.

*[Signed]*  
Thomas J. Dodd  
Ambassador

His Excellency  
Roberto Rojas  
Minister for Foreign Affairs  
of the Republic of Costa Rica

In reply, by Diplomatic note no. 821-99 ST-PE dated July 5, 1999, the Foreign Minister, after quoting the Embassy's note no. 90, wrote:

With respect to the above, I have the honour to inform you that the Government of the Republic of Costa Rica shares the understandings enumerated in the note number 90 written above, which express the decision number 04156-99 of the Constitutional Chamber of 2 June, 1999.

*[Signed]*  
Roberto Rojas  
Minister for Foreign Affairs

**C. Agreement of 20 February 1997 between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Colombia to Suppress Illicit Traffic by Sea**

PREAMBLE

The Government of the United States of America and the Government of the Republic of Colombia (hereinafter “the Parties”);

*Bearing in mind* the complex nature of the problem of illicit traffic by sea;

*Having regard* to the urgent need for international cooperation in suppressing illicit traffic by sea, which is recognized in the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs and its 1972 Protocol, in the 1971 Convention on Psychotropic Substances, in the 1988 United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (hereinafter “the 1988 Convention”), and in international maritime law;

*Recalling* that the 1988 Convention requires the Parties to consider entering into bilateral agreements to carry out, or to enhance the effectiveness of, its provisions;

*Desiring* to promote greater cooperation between the Parties, and thereby enhance their effectiveness, in combating illicit traffic by sea;

*Taking into account* the recommendations of the report of the meetings of the Working Group on Maritime Cooperation, held at Vienna from 19 to 23 September 1994 and from 20 to 24 February 1995, and endorsed by the Commission on Narcotic Drugs at its thirty-eighth session, Vienna, 14 to 23 March 1995;

*Recognizing* the respect for sovereignty and principles of international law accepted by the Parties;

*Reaffirming* their commitment to fight effectively against illicit traffic by sea through continued mutual cooperation in technical, economic, and training and equipment matters;

*Recognizing* also the need to strengthen bilateral procedures involving boarding and search of vessels which are suspected of engaging in illicit traffic by sea;

Have agreed as follows:

DEFINITIONS

For the purposes of this Agreement, it shall be understood that:

- (a) “Illicit traffic” has the same meaning as that term is defined in the 1988 Convention, and includes traffic by sea in narcotic drugs, psychotropic substances and precursor and essential chemicals;
- (b) “Law enforcement officials” are: for the Government of the Republic of Colombia, uniformed members of the Colombian Navy; and for the Government of the United States of America, uniformed members of the United States Coast Guard;
- (c) “Law enforcement vessels” are: warships and other ships of the Parties, clearly marked and identifiable as being on government service, including any boat and aircraft embarked on such ships, aboard which law enforcement officials are embarked.

OBJECT AND SCOPE OF THE AGREEMENT

1. The Parties shall cooperate in combating illicit traffic by sea to the fullest extent possible consistent with available resources and the priorities for the use of these resources, through the application of procedures for boarding and search of private or commercial vessels of the nationality of one of the Parties and which meet the conditions set forth in this Agreement.
2. As provided in article 2, paragraph 3 of the 1988 Convention, a Party shall not undertake in the territory of the other Party the exercise of jurisdiction and performance of functions which are exclusively reserved for the authorities of the other Party by its domestic law.



## OPERATIONS IN OR OVER NATIONAL WATERS

Operations to suppress illicit traffic in and over waters within which each Party exercises sovereignty in accordance with its domestic law are carried out by the authorities of that Party.

### DETECTION AND MONITORING

1. Each Party recognizes the necessity that the detection and tracking of suspect vessels and aircraft located in its territorial waters and airspace be conducted and maintained by its authorities so that suspect vessels and aircraft can be brought by them under their control.
2. To this end, the Parties undertake to develop procedures and identify and employ technical equipment needed to improve timely communication between their operations centres and the sharing of tactical information, and to identify and employ other assets, so that detection and tracking of suspect vessels and aircraft, located in the territorial waters and airspace of each Party, is conducted and maintained by their authorities and that suspect vessels and aircraft can be brought by them under their control.
3. Each Party recognizes the necessity that the detection and tracking of suspect vessels and aircraft entering or exiting its territorial sea and airspace be conducted and maintained by its authorities so that suspect vessels and aircraft can be brought under their control.
4. To this end, the Parties undertake to develop procedures and identify and employ technical equipment needed to improve timely communication between their operations centers and the sharing of tactical information, and to identify and employ other assets, so that detection and tracking of suspect vessels and aircraft, entering or exiting the territorial sea and airspace of each Party, is conducted and maintained by their authorities and that suspect vessels and aircraft can be brought under their control.

### SCOPE OF APPLICATION

This Agreement regulates the boarding and search of private or commercial vessels of the nationality or registry of one of the Parties, which are found seaward of the territorial sea of any State, and which either of the Parties has reasonable grounds to suspect are involved in illicit traffic.

### IMPLEMENTATION

1. Whenever law enforcement officials of one Party find a vessel meeting the conditions under paragraph 6 claiming registration in the other Party, the competent authority of the former Party may request the competent authority of the other Party to verify the vessel's registry, and in case it is confirmed, its authorization to board and search the vessel.
2. The reply to the request for boarding and search shall be provided by the requested Party to the requesting Party at the earliest possible opportunity and, in each particular case, in conformity with the procedures referred to in paragraph 14. In replying, the requested Party may take into account whether it has a unit available to carry out the boarding and search in a timely and effective manner. If the requested Party has not responded to the request for authorization to board and search within three (3) hours of receipt of the request, it shall be understood that the authorization has been granted. In no case shall it be understood that the authorization refers to the conduct of boardings and searches of vessels of a flag other than of the requested State. If the vessel is not of the flag of the requested Party, the requesting Party may proceed in accordance with international law.
3. For application of the above provisions, the competent authority for Colombia shall be the Ministry of National Defense, through the Colombian Navy Operations Centre, and, for the United States of America, the appropriate United States Coast Guard Operations Center.



4. The boarding and search authorized by the flag State shall be conducted by law enforcement officials embarked in law enforcement vessels. Law enforcement officials of a Party may embark in and conduct boardings and searches from warships, or other ships clearly marked and identifiable as being on government service (including embarked boats and aircraft) of any other State to which the Parties mutually agree, provided that, when they conduct any actions permitted by this Agreement, such ships, boats and aircraft operate under the responsibility, authority and control of law enforcement officials of that Party.
5. Each Party shall ensure that its law enforcement officials, when conducting boardings and searches pursuant to this Agreement, act in accordance with international law, including this Agreement, with its domestic law, and with internationally accepted practices. When conducting a boarding and search, law enforcement officials shall take due account of the need not to endanger the safety of life at sea, the security of the suspect vessel and its cargo, or to prejudice the commercial and legal interests of the flag State or any other interested State. Such officials shall also bear in mind the need to observe norms of courtesy, respect, and consideration for the persons on board the suspect vessel.
6. When conducting boardings and searches in accordance with this Agreement, law enforcement officials shall avoid the use of force in any way, including the use of firearms, except in the exercise of the right of self-defence, and also in the following cases:
  - (a) To compel the suspect vessel to stop when the vessel has ignored the respective Party's standard warnings to stop;
  - (b) To maintain order on board the suspect vessel during the boarding and search or while the vessel is preventively held, when the crew or persons on board resist, impede the boarding and search or try to destroy evidence of illicit traffic or the vessel, or when the vessel attempts to flee during the boarding and search or while the vessel is preventively held.
7. Law enforcement officials of the Party authorized to conduct the boarding and search may carry conventional small arms and will only discharge them when it is not possible to apply less extreme measures. In all cases where the discharge of firearms is required, it will be necessary to have the previous authorization of the flag State except when indirect warning shots are required as a signal for the vessel to stop, or in the exercise of the right of self-defence.
8. Whenever force is used, including the use of firearms, at all times it shall be the minimum reasonably necessary and proportional under the circumstances.
9. Once the operation has been concluded, regardless of the results, the Party which conducted the boarding and search shall immediately submit a detailed report to the other Party of what happened in accordance with the procedures referred to in paragraph 14. At the request of a Party, the other Party shall timely report, consistent with its laws, on the status of all investigations, prosecutions and judicial proceedings resulting from boardings and searches conducted in accordance with this Agreement where evidence of illicit traffic was found. The Parties shall provide each other the assistance provided for in article 7 of the 1988 Convention relating to investigations, prosecutions, and judicial proceedings which result from boardings and searches conducted in accordance with this Agreement where evidence of illicit traffic is found.
10. The authorities designated by each Party shall establish the necessary operational procedures for effective implementation of this Agreement. These procedures may be revised by the designated authorities. The procedures shall be consistent with the terms of this Agreement and may not modify or expand them.
11. Each Party shall, to the extent possible, inform the owners and masters of its private and commercial vessels of the circumstances under which officials may come aboard their vessels pursuant to this Agreement or otherwise in accordance with international law.

#### LAW ENFORCEMENT

1. In those cases where evidence of illicit traffic is found in Colombian flag vessels located outside the internal waters, territorial sea and exclusive economic zone of

Colombia established in accordance with Colombian law, outside the maritime boundaries of Colombia established in treaties signed by Colombia, and seaward of the territorial sea of any other State, the criminal law of the flag State shall apply, except when the domestic law of Colombia provides that the other Party has jurisdiction because it previously initiated criminal action for the same offense. This paragraph shall be implemented in accordance with the procedures referred to in paragraph 14 of this Agreement.

2. In those cases where evidence of illicit traffic is found in United States territory, waters, or airspace, or concerning United States flag vessels seaward of any nation's territorial sea, the Government of the United States shall have the right to exercise jurisdiction over the preventively held vessel, the persons on board and cargo, provided however, that the Government of the United States may, subject to its constitution and laws, authorize the enforcement of Colombian law against the vessel, persons on board and cargo.

3. The Parties, to the extent permitted by their laws and regulations, and taking into consideration agreements in force between them, may share those forfeited assets which result from boardings and searches conducted in accordance with this Agreement where evidence of illicit traffic is found, or the proceeds of their sale.

#### FINAL PROVISIONS

1. Any claim submitted for damage, injury, or loss resulting from an operation carried out under this Agreement shall be processed, considered, and, if merited, resolved in favor of the claimant by the Party whose authorities conducted the operation, in accordance with the domestic law of that Party, and in a manner consistent with international law. Neither Party thereby waives any rights it may have under international law to raise a claim with the other through diplomatic channels.

2. The requested State shall always decide independently on any request for the authorization to board and search vessels of its flag or registry.

3. Situations not provided for by this Agreement will be determined in accordance with international law.

4. Nothing in this Agreement is intended to alter the rights and privileges in any legal proceeding under United States law, and the rights and guarantees in any legal proceeding under Colombian law, due any individual.

5. Nothing in this Agreement is intended to prejudice the position of either Party with regard to the international law of the sea.

6. For the purpose of verifying compliance with this Agreement, the Parties shall meet once a year, and either Party may request consultations when it deems necessary.

7. Disputes arising from the interpretation or implementation of this Agreement shall be settled by mutual agreement of the Parties.

8. This Agreement shall enter into force upon signature by both Parties and be of indefinite duration. However, this Agreement may be terminated by either Party upon written notification through diplomatic channels, such termination to take effect six (6) months from the date of notification. The termination of this Agreement shall not affect the application of the relevant provisions of this Agreement with respect to any administrative proceedings, investigations, prosecutions or judicial proceedings arising out of any boardings and searches conducted pursuant to this Agreement prior to such termination.

IN WITNESS WHEREOF, the undersigned, being duly authorized by their respective Governments, have signed this Agreement.

Done at the city of Santafé de Bogotá, in duplicate, on the twentieth day of February 1997, in the English and Spanish languages, each text being equally authentic.

For the Government of the  
United States of America

For the Government of  
the Republic of Colombia

#### **D. Treaty between the Kingdom of Spain and the Portuguese Republic for the Suppression of Illicit Drug Traffic by Sea**

The Kingdom of Spain and the Portuguese Republic,

*Motivated* by a common determination to combat illicit trafficking in narcotic drugs and psychotropic substances,

*Conscious* of the fact that one of the routes used for the distribution of such substances is illicit drug traffic by sea,

*Desiring* to suppress such traffic, while respecting the principle of freedom of navigation,

*Bearing in mind* the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, done at Vienna on 20 December 1988 (hereinafter referred to as “the Convention”), Agreement No. 156 of the Council of Europe on Illicit Traffic by Sea, Implementing Article 17 of the Convention, done at Strasbourg on 31 January 1995 (hereinafter referred to as “the Agreement”) and the United Nations Convention on the Law of the Sea, of 10 December 1982,

*Have decided* to conclude a bilateral Treaty in conformity with article 17, paragraph 9, of the Convention, and to this end

Have agreed as follows:

#### **Article 1. Definitions**

For the purposes of this Treaty:

(a) “Intervening State” means a State Party which has requested or proposes to request authorization to take measures foreseen in this Treaty in relation to a vessel flying the flag or displaying the marks of registry of another State Party;

(b) “Preferential jurisdiction” means that when two States Parties have concurrent jurisdiction over a relevant offence, the flag State shall have the right to exercise its jurisdiction to the exclusion of the exercise of the other State Party’s jurisdiction;

(c) “Relevant offence” means any of the offences described in article 3, paragraph 1, of the Convention;

(d) “Vessel” means a ship or any other type of seagoing craft, including hovercrafts and submersible crafts.

#### **Article 2. Purpose**

The Contracting Parties shall cooperate to the fullest extent possible in suppressing illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances by sea, in conformity with the international law of the sea.

#### **Article 3. Jurisdiction**

1. Each Party shall exercise exclusive jurisdiction over acts committed in its territorial waters, free trade zones or free ports, including any acts initiated or intended to be completed in the other State.

2. In the case of acts committed outside the territorial waters of one of the two States, the flag State of the vessel on board which or by means of which the said acts were committed shall have preferential jurisdiction.

#### **Article 4. Rights of the Parties**

1. Where there are reasonable grounds to suspect the commission of any of the offences referred to in article 1, each Party shall recognize the other Party’s right of representation, whereby the latter’s warships, military aircraft and other ships and aircraft clearly marked and identifiable as being on government service or duly authorized to that effect,

may lawfully intervene in regard to vessels of the other State which are operating outside its territorial waters.

2. In exercising the right of representation referred to in paragraph 1, government ships or aircraft may pursue, stop and board a vessel, examine documents, question persons who are on board the vessel and search the vessel, and, if the suspicions are confirmed, proceed to seize the drug, arrest the persons presumed responsible and lead the vessel to the nearest port or the one most suitable for it to be laid up in case the return of the vessel proves necessary.
3. Nothing in this Treaty shall affect the immunity of warships and other government vessels operated for noncommercial purposes.

#### **Article 5. Intervention**

1. Where there are reasonable grounds to suspect that a vessel is engaged in illicit traffic, this fact shall be notified to the flag State, which shall respond as promptly as possible, in principle within four hours of receipt of the request, by transmitting all available information regarding the said vessel.
2. If these suspicions on the part of the intervening State are confirmed by this information, that State may intervene on board the vessel in order to take the measures foreseen in article 4.
3. Where intervention is not immediate, the intention to commence intervention shall be notified to the competent authority of the flag State, which shall respond by authorizing or denying that request, as far as possible within four hours of its receipt.
4. If circumstances prevent such prior authorization being obtained in a timely manner, the measures foreseen in article 4 may be taken, the master of the government ship or captain of the government aircraft being required to notify the competent authority of the flag State of his action without delay.

#### **Article 6. Operational safeguards**

1. All acts performed in application of this Treaty shall take due account of the need not to endanger the safety of persons or the security of the vessel and cargo, and not to prejudice the commercial interests of third parties.
2. The vessel shall be laid up no longer than strictly necessary and shall be returned to the flag State as soon as its presence ceases to be required.
3. Any persons arrested shall be guaranteed the same rights as those enjoyed by national citizens, in particular the right to an interpreter and to legal counsel.
4. The conditions of custody shall be subject to judicial supervision and to the time limits established by the laws of the intervening State.
5. The master of a vessel which has been detained shall be entitled to communicate with his authorities from the same vessel that is the subject of the intervention and immediately after reaching port, and shall also be entitled to communicate with his Consul and receive a visit from the latter.
6. If the intervention was performed without it being confirmed that there were sufficient grounds for its performance, the intervening State may be liable for any damages suffered, unless it intervened at the request of the flag State.

#### **Article 7. Waiver of jurisdiction**

1. Each State shall have preferential jurisdiction over its vessels, but may waive such jurisdiction in favour of the intervening State.
2. After taking the first measures, the intervening State shall transmit to the flag State a summary of the evidence collected in regard to all relevant offences committed, providing advance notification, if possible, by facsimile; the flag State shall be required to respond within fourteen days as to whether it intends to exercise its jurisdiction or to waive it, and shall be entitled to request additional information if it deems it necessary.

3. If the period specified in the previous paragraph elapses without any decision having been communicated, it shall be presumed that the flag State waives the exercise of its jurisdiction.
4. If the flag State decides to exercise its preferential jurisdiction, the vessel, cargo and evidence shall be returned to that State without delay and the vessel escorted to the boundary of the territorial waters of the intervening State.
5. The surrender of the arrested persons shall not require any formal extradition procedure, a personalized judicial warrant of arrest or other equivalent order in conformity with the fundamental principles of the legal system of each Party being sufficient. The intervening State shall certify the period of detention undergone.
6. Instead of surrender, the flag State may request the immediate release of the arrested persons or of the vessel, in which event the intervening State shall order their release forthwith.
7. The period of custody undergone in one of the States Parties shall be deducted from the penalty imposed by the State which exercised its jurisdiction.

#### ***Article 8. Competent authorities***

1. Without prejudice to the general areas of competence of the Ministries of Foreign Affairs of the two Parties, communications provided for under this Treaty should be channeled, as a general rule, through the respective Ministries of Justice.
2. In cases of particular urgency, the competent authorities of the intervening State may address themselves directly to the Ministry of Justice of the flag State or to the competent authorities designated by that Ministry.
3. The Parties shall designate, through an Exchange of Notes, liaison officers and competent authorities for the purposes of this Treaty.

#### ***Article 9. Subsidiary application of treaty law***

Matters not expressly covered by this Treaty shall be subject to the subsidiary application of the principles set forth in the treaty instruments in effect between the Parties and to the principles set forth in the Agreement.

#### ***Article 10. Settlement of disputes***

1. The Parties agree to settle their disputes as to the interpretation or application of this Treaty, including those relating to compensation for damages, through direct negotiation between their respective Ministries of Justice and of Foreign Affairs.
2. Where it is not possible to reach agreement by the means referred to in the previous paragraph, specific disputed matters of a legal nature shall be submitted to the European Committee on Crime Problems of the Council of Europe and the negotiations shall be resumed in the light of the opinion of that entity.
3. The Parties agree to exclude in their reciprocal relations, within the framework of this Treaty, the competence of the International Court of Justice.

#### ***Article 11. Final provisions***

1. This Treaty is subject to ratification.
2. This Treaty shall enter into force thirty days following the date on which each of the Parties has communicated to the other that the necessary internal procedures for its entry into force have been completed.
3. This Treaty is concluded for an indefinite period and may be denounced at any time by either Party upon written notification through the diplomatic channel, such termination to take effect one hundred and eighty days from the date of receipt of the denunciation.

DONE at \_\_\_\_\_, in duplicate, this \_\_\_\_ day of \_\_\_\_\_, 1998 in the Spanish and Portuguese languages, both texts being equally authentic.

FOR THE KINGDOM OF SPAIN

FOR THE PORTUGUESE REPUBLIC

**E. Treaty between the Kingdom of Spain and the Italian Republic  
to Combat Illicit Drug Trafficking at Sea**

[Original: Spanish]

The Kingdom of Spain and the Italian Republic,

*Concerned* by the growing illicit international traffic in narcotic drugs and psychotropic substances and its impact on rising crime rates in their countries,

*Aware* that the sea is one of the channels of distribution of these substances,

*Desiring* to cooperate by means of a bilateral treaty with the worldwide objective of eradicating this type of traffic, thus complementing the Vienna Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances and the Geneva Convention on the High Seas of 29 April 1958,

*Have decided* to conclude a treaty to combat illicit trafficking in narcotic drugs and psychotropic substances.

And to this end have agreed as follows:

**Article 1. Definitions**

1. Solely for the purposes of this Treaty:

(a) "Ship" means any seagoing craft or surface vessel that contains or transports goods and/or persons;

(b) "Warship" means any duly authorized ship conforming to the definition in article 8, paragraph 2, of the Geneva Convention on the High Seas of 29 April 1958, the actions of which must be coordinated by the competent national authorities;

2. Solely for the purposes covered by articles 4, 5 and 6, the expressions "flag displayed by the ship" and "under whose flag the ship was sailing" signify not only a ship sailing under the flag of its own State, but also a ship flying no flag but belonging to a natural person or legal entity in one of the Parties.

**Article 2. Offences**

1. Each Contracting Party shall treat as an offence, and punish accordingly, all acts committed on board ships or through the use of any other boat or surface vessel which are not excluded from the scope of this Treaty under the terms of article 3, connected with the possession of narcotic drugs and psychotropic substances, as defined by the international treaties by which the Parties are bound, for the purposes of distribution, transport, storage, sale, manufacture or processing.

2. Attempting to commit an offence, failing to commit an offence for reasons beyond the control of the perpetrator, participation and complicity are likewise punishable.

**Article 3. Ships excluded from the scope of the Treaty**

This Treaty shall apply neither to warships nor to non-commercial public service vessels used by either of the Parties.

**Article 4. Jurisdiction**

1. Each Party shall exercise sole jurisdiction over acts committed in its territorial waters, free zones or free ports, even if the said acts were initiated or terminated in the other State.

2. Should there be a discrepancy with regard to the extent of the territorial waters of each Contracting Party, solely for the purposes of this Treaty the limit of the territorial waters of each Party shall correspond to the maximum limit stipulated by the law of one of the Parties.



3. In the case of acts covered by article 2 committed outside the territorial waters of one of the States, preferential jurisdiction shall be exercised by the State under whose flag the ship was sailing, on board which or by means of which the offence was committed.

#### **Article 5. Right of intervention**

1. Should there be reasonable grounds to suspect that offences covered by article 2 are being committed, each Party recognizes the other's right to intervene as its agent in waters outside its own territorial limits, in respect of ships displaying the flag of the other State. On ships sailing under national flags, police powers granted by the respective legal systems remain valid.

2. In exercising this authority, warships or military aircraft, or any other duly authorized ship or aircraft visibly displaying exterior markings and identifiable as ships or aircraft in the service of the State of one of the Parties, may pursue, arrest and board the ship, check documents, question persons on board, and if reasonable suspicion remains, search the ship, seize drugs and arrest the persons involved and, where appropriate, escort the ship to the nearest suitable port, informing—if possible before, otherwise immediately on arrival—the State under whose flag the ship is sailing.

3. This authority shall be exercised in accordance with the general rules of international law.

4. When action is taken pursuant to this article, the Parties concerned shall take due account of the need not to endanger the safety of life at sea or the security of the ship and its cargo, or to damage the commercial and legal interests of the flag State in question, or of any other interested State.

5. In any event, if a Party intervenes without adequate grounds for suspicion, it may be held liable for any loss or damage incurred, unless the intervention was at the request of the State under whose flag the ship was sailing.

6. In the event of the legal action over liability for any loss or damage arising from intervention as described under points 1 and 2 of paragraph 4, or over the extent of compensation, each Party recognizes the jurisdiction of the International Chamber of Commerce in London.

#### **Article 6. Renunciation of jurisdiction**

1. If a Party has carried out any of the measures provided for in article 5, it may request the State under whose flag the ship was sailing to renounce its preferential jurisdiction.

2. The State under whose flag the ship was sailing shall examine the request in good faith and, in arriving at its decision, shall take into consideration, among other criteria, the place of seizure, the conditions under which evidence was obtained, any correlation between proceedings, the nationality of those involved and their place of residence.

3. If the State under whose flag the ship was sailing renounces its preferential jurisdiction, it shall provide the other State with the information and documents in its possession.

4. If it decides to exercise its jurisdiction, the other State shall transfer to it any documents obtained, items to be used in evidence, the persons arrested, and any other element relevant to the case.

5. The decision to exercise jurisdiction must be notified to the requesting Party within 60 days of the date of receipt of the request.

6. The necessary urgent legal measures which custom requires be carried out and the request to renounce the exercise of preferential jurisdiction shall be governed by the legal system of the intervening State.

7. If the deadline provided for in the present article expires without any decision having been notified, jurisdiction will be deemed to have been renounced.

8. In addition to the usual channels of communication, the Parties shall specify which of their central authorities are empowered to forward requests for exercise of jurisdiction.



### **Article 7. Judicial assistance**

1. Judicial assistance shall be provided in accordance with the relevant international treaties by which the Parties are bound.
2. Periods spent in remand on the territory of one of the States Parties shall be deducted from the sentence passed by the State exercising jurisdiction.

### **Article 8. Repeated offences**

1. Verdicts reached by the courts of one of the parties against its own nationals for offences covered by this Treaty, and for any other offence concerning traffic in narcotic drugs or psychotropic substances and those handed down against persons who are in any case subject to the jurisdiction of either Party, shall be taken into consideration by the courts of the other Party when dealing with repeated offences.
2. On request, the Parties shall communicate to each other in good time any verdicts as referred to in the previous paragraph handed down on nationals of the other Party or on any other person convicted of offences in connection with narcotic drugs or psychotropic substances.

### **Article 9. Final provisions**

1. This Treaty shall be ratified and the instruments of ratification shall be exchanged as soon as possible at Madrid.
2. This Treaty shall come into force on the thirtieth day following the exchange of instruments of ratification and shall remain in force for an unlimited period, unless one of the Parties notifies the other Party through the diplomatic channels that it wishes to terminate the Treaty, in which case termination shall take effect six months after the date of receipt of notification.
3. When exchanging instruments of ratification, the Parties shall specify their central authorities as provided for in article 6, paragraph 4.

IN WITNESS WHEREOF, the undersigned, duly authorized by their Governments, have signed this Treaty.

Done at Madrid on 23 March 1990, in duplicate, in Spanish and Italian, both texts being equally authentic.

This Treaty shall enter into force on 7 May 1994, thirty days following the exchange of instruments of ratification, pursuant to article 9, paragraph 2.

The exchange of instruments took place at Madrid on 8 April 1994.

### **F. Agreement concerning Cooperation in Suppressing Illicit Maritime and Air Trafficking in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances in the Caribbean Area**

The Parties to this Agreement,

*Bearing in mind* the complex nature of the problem of illicit maritime drug traffic in the Caribbean area;

*Desiring* to increase their cooperation to the fullest extent in the suppression of illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances by sea in accordance with international law of the sea, respecting freedom of navigation and overflight;

*Recognizing* that the Parties to this Agreement are also Parties to the 1988 United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (hereinafter "the 1988 Convention");

*Having regard* to the urgent need for international cooperation in suppressing illicit traffic by sea, which is recognized in the 1988 Convention;

*Recalling* that the 1988 Convention requires Parties to consider entering into bilateral or regional agreements or arrangements to carry out, or enhance the effectiveness of the provisions of article 17 of that Convention;

*Recalling further* that some of the Parties have consented to be bound by the 1996 Treaty Establishing the Regional Security System, the 1989 Memorandum of Understanding Regarding Mutual Assistance and Cooperation for the Prevention and Repression of Customs Offences in the Caribbean Zone, which established the Caribbean Customs Law Enforcement Council, and the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea;

*Recognizing* that the nature of illicit traffic urgently requires the Parties to foster regional and subregional cooperation;

*Desiring* to promote greater cooperation among the Parties, and thereby enhance their effectiveness in combating illicit traffic by and over the sea in the Caribbean area, in a manner consistent with the principles of sovereign equality and territorial integrity of States including non-intervention in the domestic affairs of other States;

*Recalling* that the Regional Meeting on Drug Control Coordination and Cooperation in the Caribbean held in Barbados in 1996 recommended the elaboration of a Regional Maritime Agreement;

Have agreed as follows:

#### NATURE AND SCOPE OF AGREEMENT

##### **Article 1. Definitions**

In this Agreement:

(a) “illicit traffic” has the same meaning as that term is defined in the 1988 United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (hereinafter “the 1988 Convention”).

(b) “competent national authority” means the authority or authorities designated pursuant to paragraph 7 of article 17 of the 1988 Convention or what has been otherwise notified to the Depositary.

(c) “law enforcement authority” means the competent law enforcement entity or entities identified to the Depositary by each Party which has responsibility for carrying out the maritime or air law enforcement functions of that Party pursuant to this Agreement.

(d) “law enforcement officials” means the uniformed and other clearly identifiable members of the law enforcement authority of each Party.

(e) “law enforcement vessels” means vessels clearly marked and identifiable as being on government service, used for law enforcement purposes and duly authorized to that effect, including any boat and aircraft embarked on such vessels, aboard which law enforcement officials are embarked.

(f) “law enforcement aircraft” means aircraft clearly marked and identifiable as being on government service, used for law enforcement purposes and duly authorized to that effect, aboard which law enforcement officials are embarked.

(g) “aircraft in support of law enforcement operations” means aircraft clearly marked and identifiable as being on government service of one Party, providing assistance to a law enforcement aircraft or vessel of that Party, in a law enforcement operation.

(h) “waters of a Party” means the territorial sea and the archipelagic waters of that Party.

(i) “air space of a Party” means the air space over the territory (continental and insular) and waters of that Party.

(j) “Caribbean area” means the Gulf of Mexico, the Caribbean Sea and the Atlantic Ocean west of longitude 45 degrees West, north of latitude 0 degrees (the Equator) and south of latitude 30 degrees North, with the exception of the territorial sea of States not Party to this Agreement.

(k) “suspect aircraft” means any aircraft in respect of which there are reasonable grounds to suspect that it is engaged in illicit traffic.

(l) “suspect vessel” means any vessel in respect of which there are reasonable grounds to suspect that it is engaged in illicit traffic.

### **Article 2. Objectives**

The Parties shall cooperate to the fullest extent possible in combating illicit maritime and air traffic in and over the waters of the Caribbean area, consistent with available law enforcement resources of the Parties and related priorities, in conformity with the international law of the sea and applicable agreements, with a view to ensuring that suspect vessels and suspect aircraft are detected, identified, continuously monitored, and where evidence of involvement in illicit traffic is found, suspect vessels are detained for appropriate law enforcement action by the responsible law enforcement authorities.

### **Article 3. Regional and subregional cooperation**

1. The Parties shall take the steps necessary within available resources to meet the objectives of this Agreement, including, on a cost-effective basis, the enhancement of regional and subregional institutional capabilities and the coordination and implementation of cooperation.
2. In order to meet the objectives of this Agreement, each Party is encouraged to cooperate closely with the other Parties, consistent with the relevant provisions of the 1988 Convention.
3. The Parties shall cooperate, directly or through competent international, regional or subregional organizations, to assist and support States party to this Agreement in need of such assistance and support, to the extent possible, through programmes of technical cooperation on suppression of illicit traffic. The Parties may undertake, directly or through competent international, regional or subregional organizations, to provide assistance to such States for the purpose of augmenting and strengthening the infrastructure needed for effective control and prevention of illicit traffic.
4. In order to enable Parties to better fulfil their obligations under this Agreement, they are encouraged to request and provide operational technical assistance from and to each other.

### **Article 4. Facilitation of cooperation**

1. Each Party is encouraged to accelerate the authorizations for law enforcement vessels and law enforcement aircraft, aircraft in support of law enforcement operations, and law enforcement officials of the other Parties to enter its waters, air space, ports and airports in order to carry out the objectives of this Agreement, in accordance with its provisions.
2. The Parties shall facilitate effective coordination between their law enforcement authorities and promote the exchange of law enforcement officials and other experts, including, where appropriate, the posting of liaison officers.
3. The Parties shall facilitate effective coordination among their civil aviation and law enforcement authorities to enable rapid verification of aircraft registrations and flight plans.
4. The Parties shall assist one another to plan and implement training of law enforcement officials in the conduct of maritime law enforcement operations covered in this Agreement, including combined operations and boarding, searching and detention of vessels.

## MARITIME AND AIR LAW ENFORCEMENT OPERATIONS

### **Article 5. Suspect vessels and suspect aircraft**

Law enforcement operations to suppress illicit traffic pursuant to this Agreement shall be carried out only against suspect vessels and suspect aircraft, including those aircraft and vessels without nationality, and those assimilated to ships without nationality.

### **Article 6. Verification of nationality**

1. For the purpose of this Agreement, a vessel or aircraft has the nationality of the State whose flag it is entitled to fly or in which the vessel or aircraft is registered, in accordance with domestic laws and regulations.
2. Requests for verification of nationality of vessels claiming registration in, or entitlement to fly the flag of one of the Parties, shall be processed through the competent national authority of the flag State Party.
3. Each request should be conveyed orally and later confirmed by written communication, and shall contain, if possible, the name of the vessel, registration number, nationality, homeport, grounds for suspicion, and any other identifying information.
4. Requests for verification of nationality shall be answered expeditiously and all efforts shall be made to provide such answer as soon as possible, but in any event within four (4) hours.
5. If the claimed flag State Party refutes the claim of nationality made by the suspect vessel, then the Party that requested verification may assimilate the suspect vessel to a ship without nationality in accordance with international law.

### **Article 7. National measures with regard to suspect vessels and suspect aircraft**

1. Each Party undertakes to establish the capability at any time to:
  - (a) respond to requests for verification of nationality;
  - (b) authorize the boarding and search of suspect vessels;
  - (c) provide expeditious disposition instructions for vessels detained on its behalf;
  - (d) authorize the entry into its waters and air space of law enforcement vessels and law enforcement aircraft and aircraft in support of law enforcement operations of the other Parties.
2. Each Party shall notify the Depository of the authority or authorities defined in article 1 to whom requests should be directed under paragraph 1 of this article.

### **Article 8. Authority of law enforcement officials**

1. When law enforcement officials are within the waters or territory, or on board a law enforcement vessel or law enforcement aircraft, of another Party, they shall respect the laws and naval and air customs and traditions of the other Party.
2. In order to carry out the objectives of this Agreement, each Party authorizes its designated law enforcement and aviation officials, or its competent national authority if notified to the Depository, to permit the entry of law enforcement vessels, law enforcement aircraft and aircraft in support of law enforcement operations, under this Agreement into its waters and air space.

### **Article 9. Designation and authority of embarked law enforcement officials**

1. Each Party (the designating Party) shall designate qualified law enforcement officials to act as embarked law enforcement officials on vessels of another Party.
2. Each Party may authorize the designated law enforcement officials of another Party to embark on its law enforcement vessel. That authorization may be subject to conditions.
3. Subject to the domestic laws and regulations of the designating Party, when duly authorized, these law enforcement officials may:
  - (a) embark on law enforcement vessels of any of the Parties;
  - (b) enforce the laws of the designating Party to suppress illicit traffic in the waters of the designating Party, or seaward of its territorial sea in the exercise of the right of hot pursuit or otherwise in accordance with international law;

(c) authorize the entry of the law enforcement vessels on which they are embarked into and navigation within the waters of the designating Party;

(d) authorize the law enforcement vessels on which they are embarked to conduct counter-drug patrols in the waters of the designating Party;

(e) authorize law enforcement officials of the vessel on which the law enforcement officials of the designating Party are embarked to assist in the enforcement of the laws of the designating Party to suppress illicit traffic; and

(f) advise and assist law enforcement officials of other Parties in the conduct of boardings of vessels to enforce the laws of those Parties to suppress illicit traffic.

4. When law enforcement officials are embarked on another Party's law enforcement vessel, and the enforcement action being carried out is pursuant to the authority of the law enforcement officials, any search or seizure of property, any detention of a person, and any use of force pursuant to this Agreement, whether or not involving weapons, shall, without prejudice to the general principles of article 11, be carried out by these law enforcement officials. However:

(a) crew members of the other Party's vessel may assist in any such action if expressly requested to do so by the law enforcement officials and only to the extent and in the manner requested. Such a request may only be made, agreed to, and acted upon if the action is consistent with the applicable laws and procedures of both Parties; and

(b) such crew members may use force in accordance with article 22 and their domestic laws and regulations.

5. Each Party shall notify the Depositary of the authority responsible for the designation of embarked law enforcement officials.

6. Parties may conclude agreements or arrangements between them to facilitate law enforcement operations carried out in accordance with this article.

#### **Article 10. Boarding and search**

1. Boarding and searches pursuant to this Agreement shall be carried out only by teams of authorized law enforcement officials from law enforcement vessels.

2. Such boarding and search teams may operate from law enforcement vessels and law enforcement aircraft of any of the Parties, and from law enforcement vessels and law enforcement aircraft of other States as agreed among the Parties.

3. Such boarding and search teams may carry arms.

4. A law enforcement vessel of a Party shall clearly indicate when it is operating under the authority of another Party.

### LAW ENFORCEMENT OPERATIONS IN AND OVER TERRITORIAL WATERS

#### **Article 11. General principles**

1. Law enforcement operations to suppress illicit traffic in and over the waters of a Party are subject to the authority of that Party.

2. No Party shall conduct law enforcement operations to suppress illicit traffic in the waters or airspace of any other Party without the authorization of that other Party, granted pursuant to this Agreement or according to its domestic legal system. A request for such operations shall be decided upon expeditiously. The authorization may be subject to directions and conditions that shall be respected by the Party conducting the operations.

3. Law enforcement operations to suppress illicit traffic in and over the waters of a Party shall be carried out by, or under the direction of, the law enforcement authorities of that Party.

4. Nothing in this Agreement shall be construed as authorizing a law enforcement vessel, or law enforcement aircraft of one Party, independently to patrol within the waters or airspace of any other Party.

**Article 12. Assistance by vessels for suppression of illicit traffic**

1. Subject to paragraph 2 of this article, a law enforcement vessel of a Party may follow a suspect vessel into the waters of another Party and take actions to prevent the escape of the vessel, board the vessel and secure the vessel and persons on board awaiting an expeditious response from the other Party if either:

(a) the Party has received authorization from the authority or authorities of the other Party defined in article 1 and notified pursuant to article 7; or

(b) on notice to the other Party, when no embarked law enforcement official or law enforcement vessel of the other Party is immediately available to investigate. Such notice shall be provided prior to entry into the waters of the other Party, if operationally feasible, or failing this as soon as possible.

2. Parties shall elect either the procedure set forth in paragraph 1 (a) or 1 (b), and shall so notify the Depositary of their election. Prior to receipt of notification by the Depositary, Parties shall be deemed to have elected the procedure set forth in paragraph 1 (a).

3. If evidence of illicit traffic is found, the authorizing Party shall be promptly informed of the results of the search. The suspect vessel, cargo and persons on board shall be detained and taken to a designated port within the waters of the authorizing Party unless otherwise directed by that Party.

4. Subject to paragraph 5, a law enforcement vessel of a Party may follow a suspect aircraft into another Party's waters in order to maintain contact with the suspect aircraft if either:

(a) the Party has received authorization from the authority or authorities of the other Party defined in article 1 and notified pursuant to article 7; or

(b) on notice to the other Party, when no embarked law enforcement official or law enforcement vessel or law enforcement aircraft of the other Party is immediately available to maintain contact. Such notice shall be provided prior to entry into the waters of the other Party, if operationally feasible, or failing this as soon as possible.

5. Parties shall elect either the procedure set forth in paragraph 4 (a) or 4 (b), and shall so notify the Depositary of their election. Prior to receipt of notification by the Depositary, Parties shall be deemed to have elected the procedure set forth in paragraph 4 (a).

**Article 13. Assistance by aircraft for suppression of illicit traffic**

1. A Party may request aircraft support from other Parties for assistance, including monitoring and surveillance, in suppressing illicit traffic.

2. Any assistance under this article within the air space of the requesting Party shall be conducted in accordance with the laws of the requesting Party and only in the specified areas and to the extent requested and authorized.

3. Prior to the commencement of any assistance, the Party desiring to assist in such activities (the requested Party) may be required to provide reasonable notice, communication frequencies and other information relative to flight safety to the appropriate civil aviation authorities of the requesting Party.

4. The requested Parties shall, in the interest of safe air navigation, observe the following procedures for notifying the appropriate aviation authorities of such overflight activity by participating aircraft:

(a) In the event of planned bilateral or multilateral law enforcement operations, the requested Party shall provide reasonable notice and communications frequencies to the appropriate authorities, including authorities responsible for air traffic control, of each Party of planned flights by participating aircraft in the airspace of that Party.

(b) In the event of unplanned law enforcement operations, which may include the pursuit of suspect aircraft into another Party's airspace, the law enforcement and appropriate civil aviation authorities of the Parties concerned shall exchange information concerning the appropriate communications frequencies and other information pertinent to the safety of air navigation.



(c) Any aircraft engaged in law enforcement operations or activities in support of law enforcement operations shall comply with such air navigation and flight safety directions as may be required by each concerned Party's aviation authorities, in the measure in which it is going across the airspace of those Parties.

5. The requested Parties shall maintain contact with the designated law enforcement officials of the requesting Party and keep them informed of the results of such operations so as to enable them to take such action as they may deem appropriate.

6. Subject to paragraph 7 of this article, the requesting Party shall authorize aircraft of a requested Party, when engaged in law enforcement operations or activities in support of law enforcement operations, to fly over its territory and waters; and, subject to the laws of the authorizing Party and of the requested Party, to relay to suspect aircraft, upon the request of the authorizing Party, orders to comply with the instructions and directions from its air traffic control and law enforcement authority, if either:

(a) authorisation has been granted by the authority or authorities of the Party requesting assistance defined in article 1, notified pursuant to article 7; or

(b) advance authorisation has been granted by the Party requesting assistance.

7. Parties shall elect either the procedure set forth in paragraph 6 (a) or 6 (b), and shall so notify the Depositary of their election. Prior to receipt of notification by the Depositary, Parties shall be deemed to have elected the procedure set forth in paragraph 6 (a).

8. Nothing in this Agreement shall affect the legitimate rights of aircraft engaged in scheduled or charter operations for the carriage of passengers, baggage or cargo or general aviation traffic.

9. Nothing in this Agreement shall be construed as authorizing aircraft of any Party to enter the airspace of any State not party to this Agreement.

10. Nothing in this Agreement shall be construed as authorizing an aircraft of one Party independently to patrol within the airspace of any other Party.

11. While conducting air activities pursuant to this Agreement, the Parties shall not endanger the lives of persons on board or the safety of civil aviation.

#### ***Article 14. Other situations***

1. Nothing in this Agreement shall preclude any Party from otherwise expressly authorizing law enforcement operations by any other Party to suppress illicit traffic in its territory, waters or airspace, or involving vessels or aircraft of its nationality suspected of illicit traffic.

2. Parties are encouraged to apply the relevant provisions of this Agreement whenever evidence of illicit traffic is witnessed by the law enforcement vessels and law enforcement aircraft of the Parties.

#### ***Article 15. Extension to internal waters***

Upon signing, ratification, acceptance or approval of this Agreement, or at any time thereafter, a Party may notify the Depositary that it has extended the application of this Agreement to some or all of its internal waters directly adjacent to its territorial sea or archipelagic waters, as specified by the Party.

### OPERATIONS SEAWARD OF THE TERRITORIAL SEA

#### ***Article 16. Boarding***

1. When law enforcement officials of one Party encounter a suspect vessel claiming the nationality of another Party, located seaward of any State's territorial sea, this Agreement constitutes the authorization by the claimed flag State Party to board and search the suspect vessel, its cargo and question the persons found on board by such officials in order to determine if the vessel is engaged in illicit traffic, except where a Party has notified the Depositary that it will apply the provisions of paragraph 2 or 3 of this article.



2. Upon signing, ratification, acceptance or approval of this Agreement, a Party may notify the Depositary that vessels claiming the nationality of that Party located seaward of any State's territorial sea may only be boarded upon express consent of that Party. This notification will not set aside the obligation of that Party to respond expeditiously to requests from other Parties pursuant to this Agreement, according to its capability. The notification can be withdrawn at any time.
3. Upon signing, ratification, acceptance or approval of this Agreement, or at any time thereafter, a Party may notify the Depositary that Parties shall be deemed to be granted authorization to board a suspect vessel located seaward of the territorial sea of any State that flies its flag or claims its nationality and to search the suspect vessel, its cargo and question the persons found on board in order to determine if the vessel is engaged in illicit traffic, if there is no response or the requested Party can neither confirm nor deny nationality within four (4) hours following receipt of an oral request pursuant to article 6. The notification can be withdrawn at any time.
4. A flag State Party that has notified the Depositary that it shall adhere to paragraph 2 or 3 of this article, having received a request to verify the nationality of a suspect vessel, may authorize the requesting Party to take all necessary actions to prevent the escape of the suspect vessel.
5. When evidence of illicit traffic is found as the result of any boarding conducted pursuant to this article, the law enforcement officials of the boarding Party may detain the vessel, cargo and persons on board pending expeditious disposition instructions from the flag State Party. The boarding Party shall promptly inform the flag State Party of the results of the boarding and search conducted pursuant to this article, in accordance with paragraph 1 of article 26 of this Agreement.
6. Notwithstanding the foregoing paragraphs of this article, law enforcement officials of one Party may board a suspect vessel located seaward of the territorial sea of any State, claiming the nationality of another Party for the purpose of locating and examining the documents of that vessel when:
  - (a) it is not flying the flag of that other Party;
  - (b) it is not displaying any marks of its registration;
  - (c) it is claiming to have no documentation regarding its nationality on board; and
  - (d) there is no other information evidencing nationality.
7. In the case of a boarding conducted pursuant to paragraph 6 of this article, should any documentation or evidence of nationality be found, paragraph 1, 2 or 3 of this article shall apply as appropriate. Where no evidence of nationality is found, the boarding Party may assimilate the vessel to a ship without nationality in accordance with international law.
8. The boarding and search of a suspect vessel in accordance with this article is governed by the laws of the boarding Party.

#### ***Article 17. Other boardings under international law***

Except as expressly provided herein, this Agreement does not apply to or limit boarding of vessels, conducted by any Party in accordance with international law, seaward of any State's territorial sea, whether based, *inter alia*, on the right of visit, the rendering of assistance to persons, vessels, and property in distress or peril, or an authorization from the flag State to take law enforcement action.

### IMPLEMENTATION

#### ***Article 18. Identification of point of contact***

In designating the authorities and officials as defined in article 1 that exercise responsibilities under this Agreement, each Party is encouraged to identify a single point of contact with the capability to receive, process and respond to requests and reports at any time.

**Article 19. Maritime law enforcement cooperation and coordination  
Programmes for the Caribbean area**

1. The Parties shall establish regional and subregional maritime law enforcement cooperation and coordination programmes among their law enforcement authorities. Each Party shall designate a coordinator to organize its participation and to identify the vessels, aircraft and law enforcement officials involved in the programme to the other Parties.
2. The Parties shall endeavour to conduct scheduled bilateral, subregional and regional operations to exercise the rights and obligations under this Agreement.
3. The Parties undertake to assign qualified personnel to regional and subregional coordination centres established for the purpose of coordinating the detection, surveillance and monitoring of vessels and aircraft and interception of vessels engaged in illicit traffic by and over the sea.
4. The Parties are encouraged to develop standard operating procedures for law enforcement operations pursuant to this Agreement and consult, as appropriate, with other Parties with a view to harmonizing such standard operating procedures for the conduct of joint law enforcement operations.

**Article 20. Authority and conduct of law enforcement and other officials**

1. Subject to its constitutional principles and the basic concepts of its legal system, each Party shall take such measures as may be necessary under its domestic law to ensure that foreign law enforcement officials, when conducting actions in its water under this Agreement, are deemed to have like powers to those of its domestic law enforcement officials.
2. Consistent with its legal system, each Party shall take appropriate measures to ensure that its law enforcement officials, and law enforcement officials of other Parties acting on its behalf, are empowered to exercise the authority of law enforcement officials as prescribed in this Agreement.
3. In accordance with the provisions in article 8 and without prejudice to the provisions in article 11, each Party shall ensure that its law enforcement officials, when conducting boardings and searches of vessels, and air activities pursuant to this Agreement, act in accordance with their applicable national laws and procedures and with international law and accepted international practices.
4. In taking such action under this Agreement, each Party shall take due account of the need not to endanger the safety of life at sea, the security of the vessel and cargo, and not to prejudice any commercial or legal interest. In particular, they shall take into account:
  - (a) the dangers involved in boarding a vessel at sea, and give consideration as to whether this could be more safely done in port; and
  - (b) the need to avoid unduly detaining or delaying a vessel.

**Article 21. Assistance by vessels**

1. Each Party may request another Party to make available one or more of its law enforcement vessels to assist the requesting Party effectively to patrol and conduct surveillance with a view to the detection and prevention of illicit traffic by sea and air in the Caribbean area.
2. When responding favourably to a request pursuant to paragraph 1 of this article, each requested Party shall provide to the requesting Party via secure communication channels:
  - (a) the name and description of its law enforcement vessels;
  - (b) the dates at which, and the periods for which, they will be available;
  - (c) the names of the Commanding Officers of the vessels; and
  - (d) any other relevant information.

### **Article 22. Use of force**

1. Force may only be used if no other feasible means of resolving the situation can be applied.
2. Any force used shall be proportional to the objective for which it is employed.
3. All use of force pursuant to this Agreement shall in all cases be the minimum reasonably necessary under the circumstances.
4. A warning shall be issued prior to any use of force except when force is being used in self-defence.
5. In the event that the use of force is authorized and necessary in the waters of a Party, law enforcement officials shall respect the laws of that Party.
6. In the event that the use of force is authorized and necessary during a boarding and search seaward of the territorial sea of any Party, the law enforcement officials shall comply with their domestic laws and procedures and the directions of the flag State.
7. The discharge of firearms against or on a suspect vessel shall be reported as soon as practicable to the flag State Party.
8. Parties shall not use force against civil aircraft in flight.
9. The use of force in reprisal or as punishment is prohibited.
10. Nothing in this Agreement shall impair the exercise of the inherent right of self-defence by law enforcement or other officials of any Party.

### **Article 23. Jurisdiction over offences**

Each Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences it has established in accordance with article 3, paragraph 1, of the 1988 Convention, when:

- (a) the offence is committed in waters under its sovereignty or where applicable in its contiguous zone;
- (b) the offence is committed on board a vessel flying its flag or an aircraft which is registered under its laws at the time the offence is committed;
- (c) the offence is committed on board a vessel without nationality or assimilated to a ship without nationality under international law, which is located seaward of the territorial sea of any State;
- (d) the offence is committed on board a vessel flying the flag or displaying the marks of registry or bearing any other indication of nationality of another Party, which is located seaward of the territorial sea of any State.

### **Article 24. Jurisdiction over detained vessels and persons**

1. In all cases arising in the waters of a Party, or concerning a Party's flag vessels seaward of any State's territorial sea, that Party has jurisdiction over a detained vessel, cargo and persons on board including seizure, forfeiture, arrest, and prosecution. Subject to its Constitution and its laws, the Party in question may consent to the exercise of jurisdiction by another State in accordance with international law and in conformity with any condition set by it.
2. Each Party shall ensure compliance with its notification obligations under the Vienna Convention on Consular Relations.

### **Article 25. Dissemination**

1. To facilitate implementation of this Agreement, each Party shall ensure that the other Parties are fully informed of its respective applicable laws and procedures, particularly those pertaining to the use of force.

2. When engaged in law enforcement operations under this Agreement, the Parties shall ensure that their law enforcement officials are knowledgeable concerning the pertinent operational procedures of other Parties.

**Article 26. Results of enforcement action**

1. A Party conducting a boarding and search pursuant to this Agreement shall promptly inform the other Party of the results thereof.
2. Each Party shall, on a periodic basis and consistent with its laws, inform the other Party on the stage which has been reached of all investigations, prosecutions and judicial proceedings resulting from law enforcement operations taken pursuant to this Agreement where evidence of illicit traffic was found on vessels or aircraft of that other Party. In addition, the Parties shall provide each other with information on results of such prosecutions and judicial proceedings, in accordance with their national legislation.
3. Nothing in this article shall require a Party to disclose details of the investigations, prosecutions and judicial proceedings or the evidence relating thereto; or affect rights or obligations of Parties derived from the 1988 Convention or other international agreements and instruments.

**Article 27. Asset seizure and forfeiture**

1. Assets seized, confiscated or forfeited in consequence of any law enforcement operation undertaken in the waters of a Party pursuant to this Agreement shall be disposed of in accordance with the laws of that Party.
2. Should the flag State Party have consented to the exercise of jurisdiction by another State pursuant to article 24, assets seized, confiscated or forfeited in consequence of any law enforcement operation of any Party pursuant to this Agreement shall be disposed of in accordance with the laws of the boarding Party.
3. To the extent permitted by its laws and upon such terms as it deems appropriate, a Party may, in any case, transfer forfeited property or proceeds of their sale to another Party or intergovernmental bodies specializing in the fight against illicit traffic in and abuse of narcotic drugs and psychotropic substances.

**Article 28. Claims**

Claims against a Party for damage, injury or loss resulting from law enforcement operations pursuant to this Agreement, including claims against its law enforcement officials, shall be resolved in accordance with international law.

FINAL PROVISIONS

**Article 29. Preservation of rights and privileges**

1. Nothing in this Agreement shall be construed as altering the rights and privileges due to any individual in any legal proceeding.
2. Nothing in this Agreement shall be construed as altering the immunities to which vessels and aircraft are entitled under international law.
3. For the purposes of this Agreement, in no case shall law enforcement vessels or law enforcement aircraft be considered suspect vessels or suspect aircraft.

**Article 30. Effect on claims concerning territory or maritime boundaries**

Nothing in this Agreement shall prejudice the position of any Party under international law, including the law of the sea; nor affect the claims to territory or maritime boundaries of any Party or any third State; nor constitute a precedent from which rights can be derived.

**Article 31. Relationship to other agreements**

1. The Parties are encouraged to conclude bilateral or multilateral agreements with one another on the matters dealt with in this Agreement, for the purpose of confirming or supplementing its provisions or strengthening the application of the principles embodied in article 17 of the 1988 Convention.
2. Nothing in this Agreement shall alter or affect in any way the rights and obligations of a Party which arise from agreements in force between it and one or more other Parties on the same subject.

**Article 32. Meetings of the parties**

1. There shall be a meeting of the Parties at the end of the second year following the year in which this Agreement enters into force. After this term, subsequent meetings of the Parties shall be held no sooner than ninety (90) days after a request of fifty per cent of the Parties made in conformity with the usual diplomatic practice.
2. Meetings of the Parties shall examine, inter alia, compliance with the Agreement, and adopt, if necessary, measures to enhance its effectiveness, and review measures in the field of regional and subregional cooperation and coordination of future actions.
3. Meetings of the Parties convened pursuant to paragraph 2 of this article shall consider amendments to this Agreement proposed in accordance with article 33.
4. All decisions taken by the meetings of the Parties shall be by consensus.

**Article 33. Amendments**

1. Any Party may at any time after entry into force of the Agreement for that Party propose an amendment to this Agreement by providing the text of such a proposal to the Depositary. The Depositary shall promptly circulate any such proposal to all Parties and Signatories.
2. An amendment shall be adopted at a meeting of the Parties by consensus of the Parties therein represented.
3. An amendment shall enter into force thirty days after the Depositary has received instruments of acceptance or approval from all of the Parties.

**Article 34. Settlement of disputes**

If there should arise between two or more Parties a question or dispute relating to the interpretation or application of this Agreement, those Parties shall consult together with a view to the settlement of the dispute by negotiation, inquiry, mediation, conciliation, arbitration, recourse to regional bodies, judicial process or other peaceful means of their choice.

**Article 35. Signature**

This Agreement shall be open for signature by any State party to the 1988 Convention that is located in the Caribbean area, or any State that is responsible for the foreign relations of a territory located in the Caribbean area, at San José, Costa Rica, on \_\_\_\_, 2003.

**Article 36. Entry into force**

1. States may, in accordance with their national procedures, express their consent to be bound by this Agreement by:
  - (a) signature without reservation as to ratification, acceptance or approval; or
  - (b) signature subject to ratification, acceptance or approval, followed by ratification, acceptance or approval.

2. This Agreement shall enter into force 30 days after five States have expressed their consent to be bound in accordance with paragraph 1 of this article.
3. For each State consenting to be bound after the date of entry into force of this Agreement, the Agreement shall enter into force for that State 30 days after the deposit of its instrument expressing its consent to be bound.

#### ***Article 37. Reservations and exceptions***

Subject to its Constitution and laws and in accordance with international law, a Party may make reservations to this Agreement, except when they are incompatible with the object and purpose of the Agreement. No reservations may be made regarding articles 2, 12, 13 and 16.

#### ***Article 38. Declarations and statements***

Article 37 does not preclude a State, when signing, ratifying, accepting or approving this Agreement, from making declarations or statements, however phrased or named, with a view, inter alia, to the harmonization of its laws and regulations with the provisions of this Agreement, provided that such declarations or statements do not purport to exclude or to modify the legal effect of the provisions of this Agreement in their application to that State.

#### ***Article 39. Territorial application***

This Agreement shall only apply to the Caribbean area, as defined in article 1, paragraph (j).

#### ***Article 40. Suspension***

Parties to this Agreement may temporarily suspend in specified areas under their sovereignty their obligations under this Agreement if such suspension is required for imperative reasons of national security. Such suspension shall take effect only after having been duly published.

#### ***Article 41. Withdrawal***

1. Any Party may withdraw from this Agreement. Withdrawal will take effect twelve months after receipt of the notification of withdrawal by the Depositary.
2. This Agreement shall continue to apply after withdrawal with respect to any administrative or judicial proceedings arising out of actions taken pursuant to this Agreement in respect of the withdrawing Party.

#### ***Article 42. Depositary***

1. The original of this Agreement shall be deposited with the Government of the Republic of Costa Rica, which shall serve as the Depositary.
2. The Depositary shall transmit certified copies of the Agreement to all signatories.
3. The Depositary shall inform all signatories and parties to the Agreement of:
  - (a) all designations of law enforcement authorities pursuant to article 1, paragraph (c).
  - (b) all designations of authorities to whom requests for verification of registration are to be made, and for authorization to enter national waters and air space and board and search, and for disposition instructions, pursuant to articles 6 and 7.
  - (c) all officials designated as being responsible for the designation of embarked law enforcement officials pursuant to article 9, paragraph 5.

(d) all notification of elections regarding authorization for pursuit or entry into territorial waters and airspace to effect boardings and searches pursuant to article 12.

(e) all notification of elections regarding authorization for aircraft support pursuant to article 13.

(f) all declarations of territorial applicability under article 15.

(g) all notifications of elections not to provide advance authorization for boarding pursuant to article 16, paragraphs 2 and 3.

(h) all proposals to amend the Agreement made pursuant to article 33.

(i) all signatures, ratifications, acceptances, and approvals deposited pursuant to article 36.

(j) the dates of entry into force of the Agreement pursuant to article 36.

(k) all reservations made pursuant to article 37.

(l) all declarations made pursuant to article 38.

(m) all declarations made pursuant to article 40.

(n) all notifications of withdrawal pursuant to article 41.

4. The Depositary shall register this Agreement with the United Nations pursuant to article 102 of the Charter of the United Nations.

IN WITNESS WHEREOF, the undersigned, being duly authorized by their respective Governments, have signed this Agreement.

DONE AT San José, this \_\_\_\_\_ day of \_\_\_\_\_ 2003, in the English, French and Spanish languages, each text being duly authentic.



## ANEXO XI

### Presencia constructiva, derecho de persecución y uso de la fuerza (Ejemplos de decisiones judiciales recientes)

- A. Uso de la fuerza: El caso M/V Saiga (No. 2) (Tribunal Internacional del Derecho del Mar) (Extractos)
- B. Derecho de persecución y presencia constructiva: Regina v. Rumbaut (Canadá) (Extractos)
- C. Derecho de persecución y presencia constructiva: Regina v. Sunila y Solayman (Canadá) (Extractos)
- D. Derecho de persecución: Regina v. Mills y otros (Reino Unido) (Extractos)

#### A. USE OF FORCE: THE M/V "SAIGA" (NO. 2) CASE (EXTRACTS)

##### The International Tribunal for the Law of the Sea

##### JUDGMENT

In the M/V "SAIGA" (No. 2) case  
*between*  
 Saint Vincent and the Grenadines,  
*and*  
 Guinea

The Tribunal, composed as above, after deliberation, *delivers the following Judgment:*

##### INTRODUCTION

1. On 13 January 1998, the agent of Saint Vincent and the Grenadines filed in the Registry of the Tribunal a request for the prescription of provisional measures in accordance with article 290, paragraph 5, of the United Nations Convention on the Law of the Sea (hereinafter "the Convention") concerning the arrest and detention of the vessel M/V Saiga (hereinafter "the Saiga"). The request was accompanied by a copy of the notification submitted by Saint Vincent and the Grenadines to the Republic of Guinea on 22 December 1997 (hereinafter "the notification of 22 December 1997") instituting arbitral proceedings in accordance with annex VII to the Convention in respect of a dispute relating to the Saiga. A certified copy of the request was sent on the same day by the Registrar of the Tribunal to the Minister for Foreign Affairs of Guinea in Conakry and also in care of the Ambassador of Guinea to Germany.

2. On 13 January 1998, the Registrar was notified of the appointment of Mr. Bozo Dabinovic, Commissioner for Maritime Affairs of Saint Vincent and the Grenadines, as agent of Saint Vincent and the Grenadines. On 20 January 1998, the appointment of Mr. Hartmut von Brevern, Attorney at Law, Hamburg, as agent of Guinea, was notified to the Registrar.

the pursuit to be legitimate under the Convention. In this case, the Tribunal finds that several of these conditions were not fulfilled.

147. With regard to the pursuit alleged to have commenced on 27 October 1997, the evidence before the Tribunal indicates that, at the time the order for the joint mission of the Customs and Navy of Guinea was issued, the authorities of Guinea, on the basis of information available to them, could have had no more than a suspicion that a tanker had violated the laws of Guinea in the exclusive economic zone. The Tribunal also notes that, in the circumstances, no visual or auditory signals to stop could have been given to the Saiga. Furthermore, the alleged pursuit was interrupted. According to the evidence given by Guinea, the small patrol boat P35 that was sent out on 26 October 1997 on a northward course to search for the Saiga was recalled when information was received that the Saiga had changed course. This recall constituted a clear interruption of any pursuit, whatever legal basis might have existed for its commencement in the first place.

148. As far as the pursuit alleged to have commenced on 28 October 1998 is concerned, the evidence adduced by Guinea does not support its claim that the necessary auditory or visual signals to stop were given to the Saiga prior to the commencement of the alleged pursuit, as required by article 111, paragraph 4, of the Convention. Although Guinea claims that the small patrol boat (P35) sounded its siren and turned on its blue revolving light signals when it came within visual and hearing range of the Saiga, both the master who was on the bridge at the time and Mr. Niassa who was on the deck, categorically denied that any such signals were given. In any case, any signals given at the time claimed by Guinea cannot be said to have been given at the commencement of the alleged pursuit.

149. The Tribunal has already concluded that no laws or regulations of Guinea applicable in accordance with the Convention were violated by the Saiga. It follows that there was no legal basis for the exercise of the right of hot pursuit by Guinea in this case.

150. For these reasons, the Tribunal finds that Guinea stopped and arrested the Saiga on 28 October 1997 in circumstances which did not justify the exercise of the right of hot pursuit in accordance with the Convention.

151. The Tribunal notes that Guinea, in its pleadings and submissions, suggests that the actions against the Saiga could, at least in part, be justified on the ground that the Saiga supplied gas oil to the fishing vessels in the contiguous zone of the Guinean island of Alcatraz. However, in the course of the oral proceedings, Guinea stated:

“The bunkering operation of the ship in the Guinean contiguous zone is also of no relevance in this context, although it may be relevant to the application of the criminal law. The relevant area here is the customs radius. This is a functional zone established by Guinean customs law within the realm of the contiguous zone and a part of the Guinean exclusive economic zone. One can describe it as a limited customs protection zone based on the principles of customary international law which are included in the exclusive economic zone but which are not a part of the territory of Guinea.”

152. The Tribunal has not based its consideration of the question of the legality of the pursuit of the Saiga on the suggestion of Guinea that a violation of its customs laws occurred in the contiguous zone. The Tribunal would, however, note that its conclusion on this question would have been the same if Guinea had based its action against the Saiga solely on the ground of an infringement of its customs laws in the contiguous zone. For, even in that case, the conditions for the exercise of the right of hot pursuit, as required under article 111 of the Convention, would not have been satisfied for the reasons given in paragraphs 147 and 148.

#### USE OF FORCE

153. Saint Vincent and the Grenadines claims that Guinea used excessive and unreasonable force in stopping and arresting the Saiga. It notes that the Saiga was an unarmed tanker almost fully laden with gas oil, with a maximum speed of 10 knots. It also notes that the authorities of Guinea fired at the ship with live ammunition, using solid shots from large-caliber automatic guns.

3. In accordance with article 24, paragraph 3, of the Statute of the Tribunal (hereinafter “the Statute”), States Parties to the Convention were notified of the request for the prescription of provisional measures by a note verbale from the Registrar dated 20 February 1998. Pursuant to the Agreement on Cooperation and Relationship between the United Nations and the Tribunal, the Registrar notified the Secretary-General of the United Nations of the request on 20 February 1998.

4. By a letter dated 20 February 1998, the agent of Guinea notified the Tribunal of the exchange of letters of the same date (hereinafter “the 1998 Agreement”) constituting an agreement between Guinea and Saint Vincent and the Grenadines, both of which are parties to the Convention, to transfer the arbitration proceedings, instituted by Saint Vincent and the Grenadines by the notification of 22 December 1997, to the International Tribunal for the Law of the Sea.

#### FACTUAL BACKGROUND

31. The Saiga is an oil tanker. At the time of its arrest on 28 October 1997, it was owned by Tabona Shipping Company Ltd. of Nicosia, Cyprus, and managed by Seascot Ship Management Ltd. of Glasgow, Scotland. The ship was chartered to Lemania Shipping Group Ltd. of Geneva, Switzerland. The Saiga was provisionally registered in Saint Vincent and the Grenadines on 12 March 1997. The master and crew of the ship were all of Ukrainian nationality. There were also three Senegalese nationals who were employed as painters. The Saiga was engaged in selling gas oil as bunker and occasionally water to fishing and other vessels off the coast of West Africa. The owner of the cargo of gas oil on board was Addax BV of Geneva, Switzerland.

32. Under the command of Captain Orlov, the Saiga left Dakar, Senegal, on 24 October 1997 fully laden with approximately 5,400 metric tons of gas oil. On 27 October 1997, between 0400 and 1400 hours and at a point 10°25'03"N and 15°42'06"W, the Saiga supplied gas oil to three fishing vessels, the *Giuseppe Primo* and the *Kriti*, both flying the flag of Senegal, and the *Eleni S*, flying the flag of Greece. This point was approximately 22 nautical miles from Guinea's island of Alcatraz. All three fishing vessels were licensed by Guinea to fish in its exclusive economic zone. The Saiga then sailed in a southerly direction to supply gas oil to other fishing vessels at a pre-arranged place. Upon instructions from the owner of the cargo in Geneva, it later changed course and sailed towards another location beyond the southern border of the exclusive economic zone of Guinea.

33. At 0800 hours on 28 October 1997, the Saiga, according to its log book, was at a point 09°00'01"N and 14°58'58"W. It had been drifting since 0420 hours while awaiting the arrival of fishing vessels to which it was to supply gas oil. This point was south of the southern limit of the exclusive economic zone of Guinea. At about 0900 hours the Saiga was attacked by a Guinean patrol boat (P35). Officers from that boat and another Guinean patrol boat (P328) subsequently boarded the ship and arrested it. On the same day, the ship and its crew were brought to Conakry, Guinea, where its master was detained. The travel documents of the members of the crew were taken from them by the authorities of Guinea and armed guards were placed on board the ship. On 1 November 1997, two injured persons from the Saiga, Mr. Sergey Klyuyev and Mr. Djibril Niasse, were permitted to leave Conakry for Dakar for medical treatment. Between 10 and 12 November 1997, the cargo of gas oil on board the ship, amounting to 4,941.322 metric tons, was discharged on the orders of the Guinean authorities. Seven members of the crew and two painters left Conakry on 17 November 1997, one crew member left on 14 December 1997 and six on 12 January 1998. The master and six crew members remained in Conakry until the ship was released on 28 February 1998.

34. An account of the circumstances of the arrest of the Saiga was drawn up by Guinean customs authorities in a “Procès-Verbal” bearing the designation “PV29” (hereinafter “PV29”). PV29 contains a statement of the master obtained by interrogation by the Guinean authorities. A document, “*Conclusions présentées au nom de l'Administration des Douanes par le Chef de la Brigade Mobile Nationale des Douanes*” (Conclusions presented in the name of the Customs Administration by the Head of the National Mobile Customs Brigade), issued on 14 November 1997 under the signature of the Chief of the National Mobile Customs Brigade, set out the basis of the action against the master. The criminal charges against the master were specified in a schedule of summons (*cédule de citation*), issued on 10 December 1997 under the authority of the Public Prosecutor (*Procureur de la*

*République*), which additionally named the State of Saint Vincent and the Grenadines as civilly responsible to be summoned (*civilement responsable à citer*). Criminal proceedings were subsequently instituted by the Guinean authorities against the master before the Tribunal of First Instance (*tribunal de première instance*) in Conakry.

35. On 13 November 1997, Saint Vincent and the Grenadines submitted to this Tribunal a request for the prompt release of the *Saiga* and its crew under article 292 of the Convention. On 4 December 1997, the Tribunal delivered its judgment on the request. The Judgment ordered that Guinea promptly release the *Saiga* and its crew upon the posting of a reasonable bond or security by Saint Vincent and the Grenadines. The security consisted of the gas oil discharged from the *Saiga* by the authorities of Guinea plus an amount of \$400,000 to be posted in the form of a letter of credit or bank guarantee or, if agreed by the parties, in any other form.

36. On 17 December 1997, judgment was rendered by the Tribunal of First Instance in Conakry against the master. The Tribunal of First Instance cited, as the basis of the charges against the master, articles 111 and 242 of the Convention, articles 361 and 363 of the Penal Code of Guinea (hereinafter “the Penal Code”), article 40 of the Merchant Marine Code of Guinea (hereinafter the “Merchant Marine Code”), articles 34, 316 and 317 of the Customs Code of Guinea (hereinafter “the Customs Code”) and articles 1 and 8 of Law L/94/007/CTRN of 15 March 1994 concerning the fight against fraud covering the import, purchase and sale of fuel in the Republic of Guinea (hereinafter “Law L/94/007”). The charge against the master was that he had “imported, without declaring it, merchandise that is taxable on entering national Guinean territory, in this case diesel oil, and that he refused to comply with injunctions by agents of the Guinean Navy, thus committing the crimes of contraband, fraud and tax evasion”.

37. The Tribunal of First Instance in Conakry found the master guilty as charged and imposed on him a fine of 15,354,024,040 Guinean francs. It also ordered the confiscation of the vessel and its cargo as a guarantee for payment of the penalty.

38. The master appealed to the Court of Appeal (*cour d'appel*) in Conakry against his conviction by the Tribunal of First Instance. On 3 February 1998, judgment was rendered by the Court of Appeal. The Court of Appeal found the master guilty of the offence of “illegal import, buying and selling of fuel in the Republic of Guinea” which it stated was punishable under Law L/94/007. The Court of Appeal imposed a suspended sentence of six months imprisonment on the master, a fine of 15,354,040,000 Guinean francs and ordered that all fees and expenses be at his expense. It also ordered the confiscation of the cargo and the seizure of the vessel as a guarantee for payment of the fine.

39. On 11 March 1998, the Tribunal delivered the order prescribing provisional measures, referred to in paragraph 8. Prior to the issue of its order, the Tribunal was informed, by a letter dated 4 March 1998 sent on behalf of the agent of Saint Vincent and the Grenadines, that the *Saiga* had been released from detention and had arrived safely in Dakar, Senegal. According to the deed of release signed by the Guinean authorities and the master, the release was in execution of the Judgment of the Tribunal of 4 December 1997.

#### HOT PURSUIT

139. Saint Vincent and the Grenadines contends that, in arresting the *Saiga*, Guinea did not lawfully exercise the right of hot pursuit under article 111 of the Convention. It argues that since the *Saiga* did not violate the laws and regulations of Guinea applicable in accordance with the Convention, there was no legal basis for the arrest. Consequently, the authorities of Guinea did not have “good reason” to believe that the *Saiga* had committed an offence that justified hot pursuit in accordance with the Convention.

140. Saint Vincent and the Grenadines asserts that, even if the *Saiga* violated the laws and regulations of Guinea as claimed, its arrest on 28 October 1997 did not satisfy the other conditions for hot pursuit under article 111 of the Convention. It notes that the alleged pursuit was commenced while the ship was well outside the contiguous zone of Guinea. The *Saiga* was first detected (by radar) in the morning of 28 October 1997 when the ship was either outside the exclusive economic zone of Guinea or about to leave that zone. The arrest took place after the ship had crossed the southern border of the exclusive economic zone of Guinea.

141. Saint Vincent and the Grenadines further asserts that, wherever and whenever the pursuit was commenced, it was interrupted. It also contends that no visual and auditory signals were given to the ship prior to the commencement of the pursuit, as required by article 111 of the Convention.

142. Guinea denies that the pursuit was vitiated by any irregularity and maintains that the officers engaged in the pursuit complied with all the requirements set out in article 111 of the Convention. In some of its assertions, Guinea contends that the pursuit was commenced on 27 October 1997 soon after the authorities of Guinea had information that the Saiga had committed or was about to commit violations of the customs and contraband laws of Guinea and that the pursuit was continued throughout the period until the ship was spotted and arrested in the morning of 28 October 1997. In other assertions, Guinea contends that the pursuit commenced in the early morning of 28 October 1997 when the Saiga was still in the exclusive economic zone of Guinea. In its assertions, Guinea relies on article 111, paragraph 2, of the Convention.

143. Guinea states that at about 0400 hours on 28 October 1997 the large patrol boat P328 sent out radio messages to the Saiga ordering it to stop and that they were ignored. It also claims that the small patrol boat P35 gave auditory and visual signals to the Saiga when it came within sight and hearing of the ship. The Guinean officers who arrested the ship testified that the patrol boat sounded its siren and switched on its blue revolving light signals.

144. Guinea admits that the arrest took place outside the exclusive economic zone of Guinea. However, it points out that since the place of arrest was not in the territorial sea either of the ship's flag State or of another State, there was no breach of article 111 of the Convention.

145. The relevant provisions of article 111 of the Convention which have been invoked by the parties are as follows:

***“Article 111. “Right of hot pursuit”***

“1. The hot pursuit of a foreign ship may be undertaken when the competent authorities of the coastal State have good reason to believe that the ship has violated the laws and regulations of that State. Such pursuit must be commenced when the foreign ship or one of its boats is within the internal waters, the archipelagic waters, the territorial sea or the contiguous zone of the pursuing State, and may only be continued outside the territorial sea or the contiguous zone if the pursuit has not been interrupted. It is not necessary that, at the time when the foreign ship within the territorial sea or the contiguous zone receives the order to stop, the ship giving the order should likewise be within the territorial sea or the contiguous zone. If the foreign ship is within a contiguous zone, as defined in article 33, the pursuit may only be undertaken if there has been a violation of the rights for the protection of which the zone was established.

“2. The right of hot pursuit shall apply mutatis mutandis to violations in the exclusive economic zone or on the continental shelf, including safety zones around continental shelf installations, of the laws and regulations of the coastal State applicable in accordance with this Convention to the exclusive economic zone or the continental shelf, including such safety zones.

“3. The right of hot pursuit ceases as soon as the ship pursued enters the territorial sea of its own State or of a third State.

“4. Hot pursuit is not deemed to have begun unless the pursuing ship has satisfied itself by such practicable means as may be available that the ship pursued or one of its boats or other craft working as a team and using the ship pursued as a mother ship is within the limits of the territorial sea, or, as the case may be, within the contiguous zone or the exclusive economic zone or above the continental shelf. The pursuit may only be commenced after a visual or auditory signal to stop has been given at a distance which enables it to be seen or heard by the foreign ship.”

146. The Tribunal notes that the conditions for the exercise of the right of hot pursuit under article 111 of the Convention are cumulative; each of them has to be satisfied for



154. Guinea denies that the force used in boarding, stopping and arresting the Saiga was either excessive or unreasonable. It contends that the arresting officers had no alternative but to use gunfire because the Saiga refused to stop after repeated radio messages to it to stop and in spite of visual and auditory signals from the patrol boat P35. Guinea maintains that gunfire was used as a last resort, and denies that large-caliber ammunition was used. Guinea places the responsibility for any damage resulting from the use of force on the master and crew of the ship.

155. In considering the force used by Guinea in the arrest of the Saiga, the Tribunal must take into account the circumstances of the arrest in the context of the applicable rules of international law. Although the Convention does not contain express provisions on the use of force in the arrest of ships, international law, which is applicable by virtue of article 293 of the Convention, requires that the use of force must be avoided as far as possible and, where force is unavoidable, it must not go beyond what is reasonable and necessary in the circumstances. Considerations of humanity must apply in the law of the sea, as they do in other areas of international law.

156. These principles have been followed over the years in law enforcement operations at sea. The normal practice used to stop a ship at sea is first to give an auditory or visual signal to stop, using internationally recognized signals. Where this does not succeed, a variety of actions may be taken, including the firing of shots across the bows of the ship. It is only after the appropriate actions fail that the pursuing vessel may, as a last resort, use force. Even then, appropriate warning must be issued to the ship and all efforts should be made to ensure that life is not endangered (S.S. "I'm Alone" case (Canada/United States, 1935), U.N.R.I.A.A., Vol. III, p. 1609; The Red Crusader case (Commission of Enquiry, Denmark—United Kingdom, 1962), I.L.R., Vol. 35, p. 485). The basic principle concerning the use of force in the arrest of a ship at sea has been reaffirmed by the Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks. Article 22, paragraph 1 (*f*), of the Agreement states:

1. The inspecting State shall ensure that its duly authorized inspectors:

(*f*) avoid the use of force except when and to the degree necessary to ensure the safety of the inspectors and where the inspectors are obstructed in the execution of their duties. The degree of force used shall not exceed that reasonably required in the circumstances.

157. In the present case, the Tribunal notes that the Saiga was almost fully laden and was low in the water at the time it was approached by the patrol vessel. Its maximum speed was 10 knots. Therefore it could be boarded without much difficulty by the Guinean officers. At one stage in the proceedings Guinea sought to justify the use of gunfire with the claim that the Saiga had attempted to sink the patrol boat. During the hearing, the allegation was modified to the effect that the danger of sinking to the patrol boat was from the wake of the Saiga and not the result of a deliberate attempt by the ship. But whatever the circumstances, there is no excuse for the fact that the officers fired at the ship itself with live ammunition from a fast-moving patrol boat without issuing any of the signals and warnings required by international law and practice.

158. The Guinean officers also used excessive force on board the Saiga. Having boarded the ship without resistance, and although there is no evidence of the use or threat of force from the crew, they fired indiscriminately while on the deck and used gunfire to stop the engine of the ship. In using firearms in this way, the Guinean officers appeared to have attached little or no importance to the safety of the ship and the persons on board. In the process, considerable damage was done to the ship and to vital equipment in the engine and radio rooms. And, more seriously, the indiscriminate use of gunfire caused severe injuries to two of the persons on board.

159. For these reasons, the Tribunal finds that Guinea used excessive force and endangered human life before and after boarding the Saiga, and thereby violated the rights of Saint Vincent and the Grenadines under international law.

**B. HOT PURSUIT AND CONSTRUCTIVE PRESENCE: REGINA v. RUMBAUT  
(EXTRACTS)**

Decision on *voir dire* held to determine admissibility of evidence seized on board the Cypriot vessel "M. V. Pacifico" on 22 February 1994.

New Brunswick Court of Queen's Bench

Court File No. B/M/118/97

Judge: Deschenes J.

10 June 1998; 2 July 1998

*Summary*

At the accused's trial for conspiracy to import cocaine, the Crown sought to introduce in evidence certain items found aboard a foreign vessel after it was arrested in international waters and brought to Halifax by the Canadian authorities. The police observed a vessel, conceded by the accused to be empty of drugs when it departed, leaving the Canadian shore and meeting a foreign vessel, registered in Cyprus, just outside Canada's territorial waters. Upon the return of the Canadian vessel to the Nova Scotia shore, 170 bales of cocaine weighing over 5,000 kilograms were seized from it. A Canadian military vessel arrested the foreign vessel in international waters. While the vessel was being escorted to the Nova Scotia shore, Canadian authorities requested authorization from the Director of the Cypriot Department of Merchant Shipping pursuant to the relevant provisions of the 1988 United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988, 28 I.L.M. 493, to board, search and take appropriate action if evidence of involvement in illicit traffic was found. After the Cypriot Government's consent was given, arrest and search warrants were obtained from Canadian courts.

On a *voir dire* to determine the admissibility of evidence seized from the foreign vessel, held, the evidence was admissible.

Article 17 (3) of the 1988 United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances provides that a party which has reasonable grounds to suspect that a vessel flying the flag or displaying marks of registry of another party is engaged in illicit traffic may so notify the flag State, request confirmation of registry and, if confirmed, request authorization from the flag State to take appropriate measures in regard to that vessel. The accused argued that, pursuant to this provision, Canada had no right to order the foreign vessel to stop, nor to board it until it had obtained authorization from the Cypriot Government. Assuming that this provision represented the domestic law of Canada, it could not have any applicability under the circumstances, nor did the words of the provision allow the type of interpretation which the accused sought to place upon it. Prior to boarding the foreign vessel in international waters, the Canadian authorities did not know which flag the vessel was flying although they believed that the vessel had been engaged in illicit traffic. The Canadian authorities could not request confirmation of registry nor authorization from the flag State to take appropriate measures in regard to the intercepted vessel. The Convention in general and article 17 in particular do not and did not prevent Canadian authorities from entering into hot pursuit of the foreign vessel in accordance with the international law of the sea. In fact, article 17, paragraph 11 clearly recognized the continued applicability of the general rules relating to the exercise of criminal jurisdiction at sea under certain circumstances.

The accused also argued that the customary international law of the sea did not authorize any of the actions taken by the Canadian authorities. Neither the Geneva Convention on the High Seas, 1958, 450 U.N.T.S. 11 (Geneva Convention), nor the United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982, 21 I.L.M. 1261 (Montego Bay Convention), have been ratified by the Canadian Parliament and are not, as such, part of Canadian domestic law. However, article 23 of the Geneva Convention and article 111 of the Montego Bay Convention as they relate to the issue of extended constructive presence are declaratory of existing customary international law which is part of the Canadian domestic law. Pursuant to the doctrine of constructive presence, a mother or hovering ship is deemed to be inside territorial waters when boats belonging to her are within territorial waters and if they are violating the laws of the State in whose water they are present, such that there is a right of hot pursuit against the mother ship. The doctrine of extended constructive presence arises when the pursued ship is working as a team with another ship which is itself within



territorial waters. The pursuit, the arrest, the boarding and subsequent seizure of the items on board the foreign vessel were performed in accordance with the established law of the sea and Canada's domestic laws. Even assuming that the conduct of the Canadian authorities in arresting the foreign vessel in international waters was not authorized by customary international law, the admission in evidence of items seized from it would not constitute an abuse of the process of this court.

### ***Judgment***

Deschenes J.: The accused is a Spanish national being tried for conspiracy to import cocaine in Canada. The Crown has moved to introduce in evidence certain items found aboard the Pacifico after it was arrested some 100 nautical miles in international waters and brought to port in Halifax, Nova Scotia, on 2 February 1994. Before proceeding to a recitation of the factual background, it is necessary to discuss briefly the position of the Attorney General of Canada with respect to certain Conventions and to explain the general position taken by the accused.

Firstly, the position of the Attorney General of Canada is that the two Conventions which are at the centre of the discussion herein namely, the Geneva Convention on the High Seas, 1958, 450 U.N.T.S. 11, and the United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982, 21 I.L.M. 1261 (Montego Bay Convention), although not binding upon Cyprus and Canada, are nevertheless declaratory of customary international law and that the actions of the Canadian authorities in this case were fully justified under the rules of customary international law.

Secondly, the accused has taken no issue with many of the technical requirements of the rules relating to hot pursuit in international waters except to argue that, in this case, hot pursuit was simply not allowed by and was contrary to article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988, 28 I.L.M. 493, and not justified under customary international law as the Pacifico, or one of its boats, never entered Canadian territorial waters.

Thirdly, for the purposes of this *voir dire*, it was agreed that Canada's territorial waters extend 12 miles from its coast and that when the Pacifico met with the Lady Teri-Anne on 22 February 1994, both vessels were in fact outside Canada's territorial waters.

### **The contention of both parties and the legal issues with respect to "extended or extensive constructive presence"**

The accused has also argued that the customary international law of the sea did not authorize any of the actions taken by Canadian authorities in this case and that such actions amounted to nothing less than "high-seas kidnapping". He further contended that such unlawful arrest accompanied by threats of the use of force, was so reprehensible in terms of breach of international law that to allow the items seized as a result of such actions to be received as evidence against the accused would amount to an abuse of process. Hence, the accused maintains that the Court must use its supervisory jurisdiction and exclude the evidence sought to be adduced.

Bearing in mind the international conventions previously mentioned, the decisions of Mills, Kirchhoff and Sunila and the cases referred to in those decisions, along with the opinions of experts as derived from the available sources such as text books, I adopt the opinions expressed in Mills and Kirchhoff and find that the 1958 and 1982 Conventions are merely declaratory of the doctrine of extended or extensive constructive presence as part of customary international law of the sea and thus part of Canada's domestic law.

Looking at article 23 and article 111's requirements as they relate to this case, I would conclude that:

1. The hot pursuit was exercised by a military vessel or warship (Terra Nova) authorized to that effect. In fact, the accused did not take issue with that fact.
2. The hot pursuit was undertaken by the Terra Nova only after the Terra Nova had good reasons to believe, after the arrest and boarding of the Lady Teri-Anne at the Shelburne wharf by the Royal Canadian Mounted Police (RCMP), that the Pacifico had violated the laws of Canada by working as a team with the Lady Teri-Anne who was then in Canadian territorial waters with five tons of cocaine which had been unloaded from the Pacifico

onto the Lady Teri-Anne, albeit outside of Canada's territorial waters. Under such circumstances, the Pacifico had not only worked as a team with the Lady Teri-Anne but had also been used as a mother ship by the Lady Teri-Anne. On this point, I would adopt the views expressed by Poulantzas (at p. 250) that the wording covers "other crafts coming usually from the shore and not belonging to the ship" and would also find that the words used do encompass a single pre-arranged unloading of illicit drugs as took place in this case.

3. The pursuit of the Pacifico was never interrupted and at no time did the Pacifico enter the territorial sea of any other State. The accused did not take issue with such facts.

4. The arrest of the Pacifico was only effected after an auditory signal to stop had been given and had been heard by the Pacifico. The accused did not take issue with such facts.

The pursuit, the arrest, the boarding and subsequent seizure of the items on board the Pacifico was performed in accordance with the established law of the sea and Canada's domestic laws. The allegations by the accused that the process of the Court is being abused by receiving the items seized on board the Pacifico are without merit.

I might also add that even if I were in error in my analysis of Canada's obligations under international law, I would not use this Court's supervisory jurisdiction to exclude the evidence on the basis of abuse of process. In the Court's view, even assuming for the purposes of the argument that the conduct of the Canadian authorities in arresting the Pacifico in international waters was not authorized by customary international law, the admission in evidence of items seized on board the Pacifico would not, in my view, constitute an abuse of the process of this Court. On the contrary, my view is that the conduct of the Canadian authorities in this case was prompted by their belief that their actions were governed by customary international law and all of their actions were designed to avoid or minimize infringements of the freedoms of the high seas.

In my opinion, however, the Court's jurisdiction could be exercised to exclude such evidence if I were of the view that it was appropriate "in order to prevent the Court's process from being enlisted in a proceeding which would damage its integrity" (See *R. v. Light* (1993), 78 C.C.C. (3d) 221 (B.C.C.A.) at p. 245).

In *Regina v. Dunphy* (1996), 140 Nfld. & P.E.I.R. 8 (Nfld. S.C.), the Court refused to admit evidence obtained by Royal Canadian Mounted Police officers who had completed a hot pursuit onto the harbor at St-Pierre de Miquelon, a foreign jurisdiction, and had observed contraband tobacco on board the pursued vessel. The Court concluded that to admit the evidence would be to endorse behavior clearly in breach of international law and comity.

In this case, however, contrary to the facts in *Dunphy*, there is no evidence that even the Cypriot Government contested the arrest of the Pacifico, nor was the behavior of the Canadian authorities in clear violation or breach of international obligations.

I would apply the same principles which I applied in *R. v. Rumbaut* [1998] N.B.J. No. 153 (QL) (N.B.Q.B.), 4 May 1998 [reported 125 C.C.C. (3d) 368] and conclude that even assuming that the arrest of the Pacifico was in breach of the customary law of the sea, there is no evidence of improper motive or bad faith or of an act so wrong that it violates the conscience of the community such that it would genuinely be unfair and indecent to admit the evidence.

The items seized on the Pacifico shall be admitted in evidence. Judgment accordingly.

### **C. HOT PURSUIT AND CONSTRUCTIVE PRESENCE: REGINA v. SUNILA AND SOLAYMAN (EXTRACTS)**

Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division

Judges: Clarke C.J.N.S., Hart and Jones J.J.A.

2 January 1986

#### *Summary*

The accused were charged with conspiracy to import a narcotic, importing a narcotic and possession of a narcotic for the purpose of trafficking and sought to quash the charges as a result of their arrest on the high seas by the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) with the aid of the Canadian Navy. The evidence indicated that the police had a Canadian

vessel under surveillance and that it was observed to rendezvous with the accused's ship in Canadian territorial waters at which time a quantity of narcotics was transferred from the accused's ship to the Canadian vessel. The accused's ship then returned to the high seas. The authorities were aware that the two ships were in communication with each other and therefore delayed arresting the accused's ship until the Canadian vessel had reached port and imported narcotics. The accused's ship was kept under continuous surveillance by military aircraft until she was intercepted by a Canadian naval vessel which had RCMP officers on board. Once the seizure of the Canadian vessel had been made, the accused's ship was boarded and the accused arrested. An application by the accused to quash the charges on the basis that, inter alia, their rights under ss. 8 and 9 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms were violated was dismissed. On appeal by the accused, held, the appeal should be dismissed.

The seizure of the ship and the arrest of the accused was lawful in this case. In the circumstances there was authority under the Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, for the seizure of the ship and the crew for having committed an offence within the territorial waters of Canada and under the principles of international law that seizure was properly made after pursuit of the accused's ship onto the high seas. International law has always recognized the right of a State to pursue and arrest a foreign ship on the high seas and to return that ship to its ports to answer charges committed by the ship and her crew within the State's territorial waters. The conduct of the authorities in this case complied with the international law relating to pursuit of ships onto the high seas as codified in the Geneva Convention on the High Seas, 1958. While Canada has not yet ratified that treaty, it does serve as international recognition of the principles affecting the law of the sea. In particular, the circumstances fell within article 23 of the convention in that the accused's ship was acting as a mother ship of the Canadian vessel and the Canadian vessel was within Canadian waters when the pursuit of the accused's ship took place by a naval vessel. While the accused's ship was many miles into the international sea when she was ordered to heave to by the naval vessel, under the circumstances it would have been unreasonable for any communication to have been made with the accused's ship before the destroyer was within range to effectively prevent her escape. The accused's ship had not entered the waters of any other State and the naval vessel had been pursuing her continuously from the time the offence of importation had actually been completed by the Canadian vessel. The arrest of the vessel and its crew was properly conducted and properly brought within the jurisdiction of the Canadian courts. Accordingly, in arresting the ship and the crew there was no breach of any provision of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Appeal by the accused from a judgment of Glube C.J.T.D., dismissing an application to quash charges of conspiracy to import a narcotic and importing a narcotic and possession of a narcotic for the purposes of trafficking.

### Judgment

Hart J. A.: This is an appeal from the decision of Glube C.J.T.D., dated 8 August 1985, in chambers, whereby she refused to grant a remedy under s. 24 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms quashing the outstanding charges against the appellants under the Criminal Code and the Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, because of an alleged breach of s. 8 (unreasonable search or seizure) and s. 9 (arbitrary imprisonment) of the Charter and further refused to grant bail to the appellants pending their preliminary hearing. At the time of her decision the preliminary hearing was already under way and subsequently resulted in the committal for trial of the appellants on three charges contrary to the Criminal Code and the Narcotic Control Act:

- (a) Conspiracy to import a narcotic into Canada;
- (b) Importing a narcotic into Canada; and
- (c) Possession of a narcotic for the purpose of trafficking.

Their trial is scheduled to begin 20 January 1986, in the Supreme Court, Trial Division.

The appellants' claim to the right to be released from all charges arose from the fact that they and their ship were arrested on the high seas by the RCMP with the aid of the Canadian Navy and brought back to the province to face the charges against them. They claim the arrest was illegal and the only suitable remedy was to quash the charges against them.

The Attorney General of Canada, on the other hand, claims that the police were justified in pursuing the appellants' ship and making the arrests, since that ship acted as a mother ship which entered Canadian waters and unloaded substantial quantities of narcotics to a smaller vessel, which then proceeded into a port in Nova Scotia and completed the importation of its cargo into Canada.

### **Factual background**

Normally one nation does not have the right to arrest the ships and citizens of another on the high seas, and a fairly extensive review of the factual situation is therefore necessary to determine whether the actions of the Canadian authorities in this situation were justified.

The RCMP were expecting an attempt to import a large quantity of narcotics into Canada as a result of information received from an informer and had been maintaining surveillance for some time on a motor vessel, the Lady Sharell, resting at Liverpool, Nova Scotia.

On 13 May 1985, the Lady Sharell left Liverpool with a crew of four members. She headed directly towards a position off Sable Island, Nova Scotia, where she remained under continuous surveillance by military aircraft for approximately 10 days.

While at sea the Lady Sharell held a rendezvous with only one vessel, later identified as the Ernestina. During this rendezvous 13.4 tons of cannabis resin were transferred from the Ernestina to the Lady Sharell and 15 \$1,000 Canadian bills were transferred from the Lady Sharell to the Ernestina. The rendezvous occurred in the territorial sea of Canada off Sable Island under cover of darkness between 10.58 p.m. on 22 May 1985, and 12.15 a.m. on 23 May 1985, a period slightly in excess of one hour. In total the Ernestina spent only about five hours within the limits of the territorial sea of Canada.

When the transfer was completed the Ernestina headed back onto the high seas, but military aircraft maintained an active and continuous radar surveillance until she was later intercepted by Her Majesty's Canadian Ship (HMCS) Iroquois. In the meantime surveillance was maintained upon the Lady Sharell, which departed Sable Island after the rendezvous and sailed directly to Lockeport, Nova Scotia, arriving on 24 May 1985, at approximately 6.00 a.m., at which time the police boarded her and seized 13.4 tons of cannabis resin.

While the Lady Sharell was en route to Lockeport on 23 May 1985, and the Ernestina had re-entered the open seas, the RCMP obtained search warrants to search the Ernestina, the Lady Sharell and the organization's communication base at Jordan Falls. Arrangements were also made at this time with Maritime Command for the assistance of a naval vessel, HMCS Iroquois, to pursue and intercept the Ernestina. Visual radar surveillance was continuously maintained but direct contact with either vessel by the police was not considered advisable until the Lady Sharell had arrived in port and completed the importation and her cargo had been seized.

On 24 May 1985, while at sea aboard HMCS Iroquois in pursuit of the Ernestina, Staff Sergeant L. Warren of the RCMP was advised of the seizure of the cannabis resin from the Lady Sharell in Lockeport Harbor. HMCS Iroquois then made contact with the Ernestina and requested her to stop for boarding. Shortly thereafter, at 11.45 a.m., Staff Sergeant L. Warren was the first to board the Ernestina.

The primary issue for decision by the chambers judge was whether or not the Canadian authorities were entitled under these circumstances to arrest the Ernestina and her crew and return them to Canada to stand trial on the charges alleged against them under the Criminal Code and the Narcotic Control Act. She decided that the police had reasonable and probable cause for believing that the crew members had, shortly before, committed an indictable offence in Canada and that they were justified in pursuing the ship into international waters for the purpose of their arrest. She held that under the international treaties, to which Canada was a party, the action of the police was justified and that there was no breach of the Canadian Charter in the conduct of the operation. The ship was lawfully searched and the appellants were lawfully arrested.

Glube C.J.T.D. went further and held that even if there had been a breach of international law in the arrest of the appellants that they were before Canadian courts and

therefore subject to their jurisdiction. As authority for this proposition she referred to *The Ship North v. The King* (1906), 37 S.C.R. 385, and several other authorities. In the result she held that the appellants were validly held in custody in Canada and that the magistrate's subsequent refusal to admit them to bail was justified and that they should therefore remain in custody pending their trial.

The appellants now appeal to this Court on the following grounds:

1. Royal Canadian Mounted Police.
2. That the learned Chambers Judge erred in holding that the Royal Canadian Mounted Police had lawful authority to stop *M. V. Ernestina*, to search it and its occupants, and seize various articles.
3. That the learned Chambers Judge erred in finding that the Appellants' rights under section 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms were not infringed or denied.
4. That the learned Chambers Judge erred in holding that the Appellants were lawfully arrested and were not unlawfully in detention.
5. That the learned Chambers Judge erred in holding that the Appellants' rights under section 9 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms were not infringed or denied.

The appellants argued that there was no authority to arrest them on the high seas unless the police could bring themselves within the concept of "hot pursuit" and that they had not done so. They said that they were in fact kidnapped by the Canadian authorities and forced against their will to return to a Canadian port to face the charges against them.

Today the international law relating to the pursuit of ships onto the high seas after an offence has been committed within the territorial waters of a State has been codified in an international treaty known as the Geneva Convention on the High Seas, 1958, 450 U.N.T.S. 11. Although Canada was a signatory to this Convention in 1958 and the Convention came into force in 1962, after the required number of countries had signed, Canada has not yet ratified the treaty. It does serve, however, as an international recognition of the principles affecting the law of the sea, and in its preamble states:

"The States Parties to this Convention,

"Desiring to codify the rules of international law relating to the high seas,

"Recognizing that the United Nations Conference on the Law of the Sea, held at Geneva from 24 February to 27 April, 1958, adopted the following provisions as generally declaratory of established principles of international law,

"Have agreed as follows:"

By article 23 of the Convention, the right of hot pursuit on the high seas is stated as follows:

"1. The hot pursuit of a foreign ship may be undertaken when the competent authorities of the coastal State have good reason to believe that the ship has violated the laws and regulations of that State. Such pursuit must be commenced when the foreign ship or one of its boats is within the internal waters or the territorial sea or the contiguous zone of the pursuing State and may only be continued outside the territorial sea or the contiguous zone if the pursuit has not been interrupted. It is not necessary that, at the time when the foreign ship within the territorial sea or the contiguous zone receives the order to stop, the ship giving the order should likewise be within the territorial sea or the contiguous zone. If the foreign ship is within a contiguous zone, as defined in article 24 of the Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, the pursuit may only be undertaken if there has been a violation of the rights for the protection of which the zone was established.

"2. The right of hot pursuit ceases as soon as the ship pursued enters the territorial sea of its own country or of a third State.

"3. Hot pursuit is not deemed to have begun unless the pursuing ship has satisfied itself by such practicable means as may be available that the ship pursued or one of its boats or other craft working as a team and using the ship pursued as a mother ship are within the limits of the territorial sea, or as the case may be within the contiguous zone. The pursuit may only be commenced after a visual or auditory signal to stop has been given at a distance which enables it to be seen or heard by the foreign ship.



“4. The right of hot pursuit may be exercised only by warships or military aircraft, or other ships or aircraft on government service specially authorized to that effect.

“5. Where hot pursuit is effected by an aircraft:

“(a) The provisions of paragraph 1 to 3 of the present article shall apply *mutatis mutandis*;

“(b) The aircraft giving the order to stop must itself actively pursue the ship until a ship or aircraft of the coastal State, summoned by the aircraft, arrives to take over the pursuit, unless the aircraft is itself able to arrest the ship. It does not suffice to justify an arrest on the high seas that the ship was merely sighted by the aircraft as an offender or suspected offender, if it was not both ordered to stop and pursued by the aircraft itself or other aircraft or ships which continue the pursuit without interruption.

“6. The release of a ship arrested within the jurisdiction of a State and escorted to a port of that State for the purposes of an inquiry before the competent authorities, may not be claimed solely on the ground that the ship, in the course of its voyage, was escorted across a portion of the high seas, if the circumstances rendered this necessary.

“7. Where a ship has been stopped or arrested on the high seas in circumstances which do not justify the exercise of the right of hot pursuit, it shall be compensated for any loss or damage that may have been thereby sustained.”

I am satisfied that the *Ernestina* was a mother ship of the *Lady Sharell* and that the *Lady Sharell* was within Canadian waters when the pursuit of the *Ernestina* took place by HMCS *Iroquois*. It is true that the *Ernestina* was many miles into the international sea when she was ordered to heave to by the *Iroquois*, but under the circumstances it would have been unreasonable for any communication to be made with the *Ernestina* before the destroyer was within range to effectively prevent her escape. The *Ernestina* had not entered the waters of any other State and the *Iroquois* had been pursuing her continuously from the time the offence of importation had been actually completed by the *Lady Sharell*. Under the doctrine of necessity and reasonableness enunciated in *The Ship North* by the Supreme Court of Canada, the arrest of the *Ernestina* was properly conducted and she and her crew were properly brought within the jurisdiction of the courts of this province. I would hold therefore, as did the Chambers Judge, Chief Justice Glube, that in arresting the *Ernestina* and her crew there was no breach of any provision of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, since an offence had been committed within the territorial waters of Canada and the ship was properly pursued under the principles of international law. It is therefore unnecessary to deal with any of the other issues raised on this appeal.

I should point out that Canada is also a party to the Single Convention on Narcotic Drugs, 1953, 570 U.N.T.S. 557, adopted by a conference of the United Nations, which came into force in 1975 and was accepted by this country in 1976. Honduras is also a party to this Convention. In the Convention by article 35 (c) the parties agree to:

“(c) Co-operate closely with each other and with the competent international organizations of which they are members with a view to maintaining a coordinated campaign against the illicit traffic;

Other provisions of the convention which relate to the matter before the court are found in article 36:

“1. Subject to its constitutional limitations, each Party shall adopt such measures as will ensure that cultivation, production, manufacture, extraction, preparation, possession, offering, offering for sale, distribution, purchase, sale, delivery on any terms whatsoever, brokerage, dispatch, dispatch in transit, transport, importation and exportation of drugs contrary to the provisions of this Convention, and any other action which in the opinion of such Party may be contrary to the provisions of this Convention, shall be punishable offences when committed intentionally, and that serious offences shall be liable to adequate punishment particularly by imprisonment or other penalties or deprivation of liberty.

“2. Subject to the constitutional limitations of a Party, its legal systems and domestic law,

“(iv) Serious offences heretofore referred to committed either by nationals or by foreigners shall be prosecuted by the Party in whose territory the offence was committed, or by the Party in whose territory the offender is found if extradition is not acceptable in conformity with the law of the Party to which application is made, and if such offender has not already been prosecuted and judgment given.

“3. The provisions of this article shall be subject to the provisions of the criminal law of the Party concerned on questions of jurisdiction.

“4. Nothing contained in this article shall affect the principle that the offences to which it refers shall be defined, prosecuted and punished in conformity with the domestic law of a Party.”

International approval to the seizure of ships is contained in article 37, which states:

“37. Any drugs, substances and equipment used in or intended for the commission of any of the offences, referred to in article 36, shall be liable to seizure and confiscation.”

Under international law the only party having the right to complain about the seizure of the Ernestina was the Government of Honduras, and the fact that that Government is a party to the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, may very well be the reason why no protest was made to Canada over this incident.

For all of these reasons I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

#### **D. HOT PURSUIT: REGINA v. MILLS AND OTHERS**

Ruling on jurisdiction and abuse of process issues

##### *Summary*

Six defendants, Seggerman, Jannsen, Charlin, Artesan, Baric and Grbac apply to stay these proceedings on the grounds of abuse of process. They are all foreign nationals and were arrested at sea in international waters on the MV Poseidon. I have first to decide whether I have jurisdiction to hear and determine this application; the Crown has argued that no domestic court in the United Kingdom has authority to hear the application or, if that be wrong, the application should have been made to the High Court which has exclusive jurisdiction. I have, however, been invited, whatever my decision on those submissions, to deal with the substantive arguments on the application to stay and to rule on both matters.

The substantive application by these defendants is to stay the proceedings because they were wrongly arrested on the high seas in breach of international law. They argue that, applying the principles contained in the decision of the House of Lords in Regina v. Horseferry Road Magistrates Court ex-parte Bennet L1994J 1AC 42, the court should intervene and refuse to countenance behaviour by the executive that threatened either basic human rights or the rule of law, even though the matters complained of would not prevent the defendants having a fair trial.

##### **Judgment**

I have heard evidence over a period of five days, interrupted by the need for me to review decisions made on ex-parte applications by the Crown to withhold disclosure of documents on the grounds of public interest. I start by setting out the facts relating to the issue of abuse of process as they were agreed or as I find them to be.

The fourteen defendants on the indictment are charged with conspiracy to import cannabis into the United Kingdom. The quantities are considerable, over 6 tons with a street value in excess of £24 million. Those drugs were imported by sea from Morocco in a well-organized operation. They were shipped in MV Poseidon, a diving support vessel



registered in St. Vincent. The Poseidon is a 200-foot long diving support vessel of 953 registered tons.

### **Factual background**

#### *Phase one*

On 5 November the defendant Maezele, who has pleaded guilty, inspected the Delvan, a British registered fishing trawler of 50 tons, which was lying in Cork Harbour in the Republic of Ireland. It was crewed by undercover customs and police officers. He had been introduced to the Delvan by contacts made by the defendant Mills, who has also pleaded guilty, with another undercover police officer. The Delvan was deemed suitable and set sail from Cork at 1404 on 9 November with a crew of five undercover officers and with Maezele.

A naval task force commanded by Commander Durston, who was one of the witnesses giving evidence before me was deployed in support of the operation being mounted by the Customs and Excise. This force consisted of Her Majesty's Ship (HMS) Avenger, a frigate, and Royal Fleet Auxiliary (RFA) Olna ....

At 2311 on 9 November HMS Avenger established radar contact with the Poseidon which was then at 49°16'N 010°08'W in international waters ....

By 1025 on 10 November the Poseidon and the Delvan had rendezvoused at 50° 00'N 009° 00'W, a position some 100 miles west of the Scillies and 100 miles south of Ireland in international waters. The rendezvous was monitored on radar by HMS Avenger and lasted from 1025 to 1440 when the Delvan opened from the Poseidon. During the rendezvous some 3 tons of cannabis were transferred to the Delvan. The whole cargo could not be transferred because of the weather. At all times during the operation both vessels remained in international waters.

At 1440 Delvan adopted a course of 110° in the general direction of the south coast of the United Kingdom. From 0130 on 11 November the Delvan was monitored by the Customs cutter Seeker which had sailed from Plymouth on 10 November under orders to search for and maintain surveillance on the Delvan. At that time radar contact was made and a few minutes later the Delvan entered United Kingdom territorial waters in which she remained until entering port .... The Delvan entered Littlehampton Harbour and moored at 2100. She unloaded her cargo of drugs and Maezele disembarked. The Delvan left Littlehampton at 2110.

#### *Phase two: arrest of mothership is authorized*

That order was received by the task force at 2315.

The Poseidon had proceeded on a course of 210° roughly south west back into the Atlantic from the rendezvous. It was under the continued surveillance of the Avenger which remained some 25 miles astern again out of range of Poseidon .... The course sailed and observations of the position of the Poseidon which are shown on the chart produced to me were not disputed by the defendants, indeed were confirmed by the courses marked on the chart seized from the Poseidon when she was arrested. At the time when the authority to arrest the Poseidon was received she was in international waters and had never entered the territorial waters of any State. I am satisfied that at no time after the transfer operation did the Poseidon have any contact with any other vessel which would have enabled it to trans-ship any cargo or person ....

I heard evidence from both Commander Durston and Mr. Hector about the advance preparations made for the arrest of the Poseidon in anticipation of authority being given. I also heard evidence about the weather conditions. Commander Durston told me that the relative size and construction of the ships in the Naval task force and the Poseidon precluded a boarding direct from one vessel to another. This evidence I unreservedly accept. The risks of damage would have been great in the prevailing weather conditions, the Delvan had herself suffered damage whilst alongside the Poseidon.

Commander Durston told me that he had considered a transfer of the boarding party by boat and he conducted a trial to see if this was feasible. He concluded that it was not and chose the alternative of landing the boarding party from helicopters.

Three helicopters were used for boarding. Commander Durston first attempted to call the Poseidon by name by very high frequency (VHF) radio on channel 16 on two separate occasions commencing at 0733, but received no reply.

I received evidence from Mr. Montalto about the radio equipment carried by Poseidon. VHF radio sets were positioned on either side of the bridge adjacent to the bridge deck doors. They were in working order; they were used by the naval prize party on the voyage back to the United Kingdom after the vessels arrest .... No evidence was given by any of the defendants and I conclude that messages sent on VHF radio could have been heard on the bridge of the Poseidon.

... I find that no boarding took place until after an order to stop had been given. That is wholly consistent with the sequence of five messages sent by the Lynx helicopter to the Poseidon. It was not disputed that all the crew were arrested and later transhipped to the Avenger.

I heard considerable evidence about the negotiations between the Customs and Excise and the Ministry of Defence about the provision of naval assistance in the arrest of the Poseidon. I was also told about the discussion between the lawyers in the two departments about the legal position. I understand that this is the first occasion on which an operation of this nature had been mounted in international waters. I have seen the written advice given by Ms. Bolt of the Customs and Excise solicitors office to Mr. Delahunty. I am satisfied that having received that advice he endeavoured to act within it. He was quite frank in his evidence, he told me that his priority was to let the Delvan land its cargo at a United Kingdom port so that he could seize the drugs and arrest the United Kingdom shore party. It was clear to me that the arrest of the Poseidon was secondary to that aim. That is supported by the reference in the message from the Ministry of Defence sent at 2313 to Phase two. Delahunty believed that the delay between the entry of the Delvan into United Kingdom territorial waters and the order to arrest the Poseidon given at 2313 on 12 November was justified both operationally and in law. It was not argued that he acted in bad faith in delaying the arrest.

Soon after the defendants had first been brought before the magistrates the Crown gave notice to them by letter dated 8 December 1993 that they had been arrested in international waters in exercise of the right of "hot pursuit" contained in international law which is to be found in the Geneva Convention on the High Seas of 1958

### **Hot pursuit**

Bearing those considerations in mind, I have been referred to numerous decisions in foreign jurisdictions and to the writings of a number of authors on the topic of hot pursuit.

One description of "hot pursuit" is to be found in "The International Law of the Sea" by O'Connell:

"Hot pursuit may be defined as the legitimate chase of a foreign vessel on the high seas following a violation of the law of the pursuing State committed by the vessel within the pursuing State's jurisdiction, provided that the chase commences immediately and the vessel evades visit and search within the jurisdiction, and provided that the chase is carried on without interruption onto the high seas."

It is clear that the right has existed for many years and was well established in the nineteenth century. O'Connell suggests that it had a jurisdictional basis stemming from the territorial concept of "fresh pursuit", the right of the sheriff to pursue an offender fleeing out of his county into the jurisdiction of another, with the attendant fiction that, for jurisdictional reasons, an arrest made after pursuit was made at the place where the pursuit commenced.

The Geneva Convention on the High Seas of 1958 codified the right in article 23 in the following terms:

"1. The hot pursuit of a foreign ship may be undertaken when the competent authorities of the coastal State have good reason to believe that the ship has violated the laws and regulations of that State. Such pursuit must be commenced when the foreign ship or one of its boats is within the internal waters or the territorial

sea or the contiguous zone of the pursuing State, and may only be continued outside the territorial sea or the contiguous zone if the pursuit has not been interrupted. It is not necessary that, at the time when the foreign ship within the territorial sea or the contiguous zone receives the order to stop, the ship giving the order should likewise be within the territorial sea or the contiguous zone. If the foreign ship is within a contiguous zone, as defined in article 24 of the Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, the pursuit may only be undertaken if there has been a violation of the rights for the protection of which the zone was established.

“2. The right of hot pursuit ceases as soon as the ship pursued enters the territorial sea of its own country or of a third State.

“3. Hot pursuit is not deemed to have begun unless the pursuing ship has satisfied itself by such practicable means as may be available that the ship pursued or one of its boats or other craft working as a team and using the ship pursued as a mother ship are within the limits of the territorial sea, or as the case may be within the contiguous zone. The pursuit may only be commenced after a visual or auditory signal to stop has been given at a distance which enables it to be seen or heard by the foreign ship.

“4. The right of hot pursuit may be exercised only by warships or military aircraft, or other ships or aircraft on government service specially authorized to that effect.”

It is convenient to deal with hot pursuit in the terms set out in the Convention. Article 23 imposes a number of qualifications upon the exercise of the right and I will deal with each separately.

#### *Offence in territorial waters*

The first precondition to the exercise of the right of hot pursuit is a reasonable belief by the United Kingdom authorities that a violation of the law of the United Kingdom had taken place within its territorial waters. There was clear and, for the purpose of this application, undisputed evidence that the Poseidon had been involved in the transshipment on the high seas to the Delvan of a considerable quantity of drugs and that those drugs had been taken by the Delvan to and unloaded at Littlehampton.

In its original form the right of hot pursuit could be exercised only if the offence itself had taken place in territorial waters. An example of such a situation is to be found in the Canadian decision of *The Ship North v. the King* 1906 37 Canadian SCR in which case the North had been observed fishing within Canadian territorial waters, was chased out into the high sea and there arrested. The arrest was upheld. This is reflected in article 23 (1) that provides that the hot pursuit must commence when the foreign ship or one of its boats is present within territorial waters.

#### *The doctrine of constructive presence*

The era of prohibition in the United States was fruitful for smugglers and for arrests at sea. A practice of boats hovering just outside the three-mile limit grew up, goods being smuggled ashore in the boats of the hovering vessel. The mother or hovering ship is deemed to be inside territorial waters because boats belonging to her are within territorial waters and if they are violating the laws of the State in whose waters they are present there is a right of hot pursuit against the mother ship.

The doctrine was upheld in the 1922 decision of the Massachusetts District Court, *The Grace and Ruby* 283, Federal Reporter 283. In that case goods were smuggled ashore in a boat taken ashore with the assistance of the crew of the foreign vessel. The court held that the act of unloading the contraband was not complete until the goods had been unloaded ashore and the fact the ship remained outside the three-mile limit did not make the seizure illegal.

*The doctrine of extended constructive presence*

This arises when the pursued ship is working as a team with another ship—not being one of its boats—which is itself within territorial waters. It is described in article 23 (3) of the Convention in the following words:

“... the ship pursued or one of its boats or other craft working as a team and using the ship pursued as a mother ship ....”

This doctrine was first recognized in the 1923 decision of the Federal Circuit Court of Appeals, *The Henry L. Marshall* 292, Federal Reporter 486. The Henry Marshall unloaded its cargo of alcohol outside the three-mile limit into small boats, not part of its equipment, which had come out from the shore and was arrested. The seizure was upheld. The ship was a British vessel and the United Kingdom Government disputed the seizure, but the position was ultimately regularized by a treaty by which the United Kingdom agreed not to object to searches and seizures carried out within defined situations within the American jurisdiction.

After the ratification of the Geneva Convention in 1962 the doctrine was considered in the Italian Courts in *The Pubs* 1977 International Year Book of International Law at page 587. In that case there had been trans-shipment in international waters of cigarettes to a daughter ship which had come from Italian territorial waters. The daughter ship was pursued to and arrested in territorial waters. It was held that the right of hot pursuit which began immediately on the arrest of the daughter ship was extendible to the mother ship.

The doctrine was further upheld by the Nova Scotia Supreme Court in *Regina v. Sunila and Solayman*. In that case a trans-shipment of 13.4 tons of cannabis resin had taken place within territorial waters and the mother ship had returned to the high seas. She was arrested in international waters after the daughter ship had arrived in port and completed her importation.

All the cases to which I have referred above were cases in which the daughter ship had come from the shore of the pursuing State and returned to those shores. The defendants submit these circumstances were not present in this instant case. The *Delvan*, ship to which the goods were trans-shipped by the *Poseidon*, had departed from Cork in the Irish Republic before the rendezvous in international waters. It then made passage to British territorial waters before landing its cargo at Littlehampton. O’Connell at page 1093 in his commentary on the doctrine says:

“This paragraph [paragraph 3 of article 23] is not, like paragraph 1, operative to establish the rule, but circumstantial as to its application; and it makes pursuit conditional on team work and use of the vessel as a mother ship, which are not conditions unusual in trans-shipment.”

The defendants contend that the unity of control which O’Connell has identified as an essential feature of the doctrine is absent when the daughter ship departs from a port in a different jurisdiction to its port of destination and therefore it cannot be said that the *Poseidon* and the *Delvan* were acting together as a team.

The essential element in all the cases to which I have been referred is the transfer of the drugs or other contraband into territorial waters from the mother ship by the daughter ship as part of a pre-arranged plan. I must remind myself that the charges against the defendants are based on conspiracy. That offence will be made out only if the jury accepts that the defendants were part of that conspiracy. In my judgement the location of the port of departure of the mother ship is irrelevant. It is clear to me that the policy consideration behind doctrine is the prevention of the commission of crimes in the territorial waters of the State which exercises the right to hot pursuit. That consideration would be defeated if the point of departure was relevant, mother ships hovering outside territorial waters could never be arrested if the daughter ship departed from a different jurisdiction to her ultimate destination.

*Immediacy*

The defendants submitted that hot pursuit should have commenced immediately the *Delvan* entered United Kingdom territorial waters at 0130 on 11 November. Article 23 in the Convention is silent on the time at which the pursuit must commence.

Poulantzas in "The Right of Hot Pursuit in International Law" published in 1969 said:

"The right of hot pursuit represents a traditional limitation to the freedom of the high seas and should only be used for exceptional and urgent circumstances which necessitate very quick action on the part of the coastal State. If the period of time between committing an infringement by a foreign vessel and the commencement of the pursuit is not short, then the right of hot pursuit cannot any longer be justified under international law. However, the element of immediacy should not be interpreted *stricto sensu*, but in a broader sense."

Another commentator, Craig Allen, writing in 1989, in "Doctrine of Hot Pursuit" dealt with immediacy in the following terms:

"The term 'hot pursuit' suggests that any pursuit must follow closely upon a violation. Immediate commencement of hot pursuit is not an inflexible requirement. Pursuit need not be commenced the moment a violation is detected; however, an unreasonable delay between detection of the violation and commencement of the pursuit will cast doubt on the pursuit's legitimacy."

Initiation of pursuit may justifiably be delayed for violations involving vessels constructively present within coastal state waters. In constructive presence cases, the violation is complete only when the contact vessel consummates its violation of coastal state law. This may require that the pursuit be delayed a day or more. As long as the contact vessel remains within the coastal state's waters, however, pursuit of the mother ship may be delayed until the contact vessel's violation is complete."

It is necessary to consider also the historic justification for both immediacy and continuity of pursuit. Before the installation in ships of modern tracking devices it was essential that the pursuing vessel maintained contact with the offending ship to be able to demonstrate that it had not arrested an innocent vessel exercising its right to navigate freely on the high seas. Similar considerations applied historically to the exercise on land of the right of "fresh pursuit", the sheriff's officers needed to be able to prove that they had arrested the true offender. Those practical considerations do not apply today when modern and accurate tracking devices are available at sea. The undisputed evidence shows that the identity and position of the Poseidon was known at all times to HMS Avenger.

In 1986 the Nova Scotia Supreme court held in *Regina v. Sunila and Solayman* that delay in commencing hot pursuit until after the daughter ship was justified. Hart J. A. said:

"Visual radar surveillance was continuously maintained but direct contact with either vessel by the police was not considered advisable until the Lady Sharrel [the daughter ship] had arrived in port and the offence of importation had been completed."

After considering the terms of article 23 he went on to say:

"It is true that the Ernestina [the mother ship] was many miles into the international sea when she was ordered to heave to by the Iroquois [the pursuing warship] but under the circumstances it would have been unreasonable for any communication to be made with the Ernestina before the destroyer was in range to effectively prevent her escape."

The arrest was upheld.

In this instant case the delay in commencing the pursuit of the Poseidon until after the arrival of the Delvan in Littlehampton and the completion of the importation does not, in my judgement, mean that the right of hot pursuit was lost. The decision to delay was made for justifiable reasons and, as the Poseidon had been under effective surveillance since the time of the trans-shipment there was no risk of the arrest of an innocent vessel. The offence in this case is conspiracy to evade the ban on the importation of drugs or to supply drugs. In *Regina v. Wall* 1974 2 All ER 245 it was held that, although in general acts committed abroad could not be the subject of criminal proceedings in England, steps taken abroad were for purpose of the fraudulent evasion and it followed that the defendant in that case was knowingly concerned in the fraudulent evasion of the ban. Similarly the offence of conspiracy was not necessarily complete until the drugs landed in Littlehampton. It was therefore arguable that the right to hot pursuit had not arisen until that time. In my judgement Mr. Delahunty was entitled to delay the issue of order for arrest of the Poseidon until the drugs had been landed in the United Kingdom at 2130.

There followed a delay until first light on 13 November. For the reasons which I have given earlier I am satisfied the commander of the Naval Forces was justified, having regard to all the ambient conditions, sea state and light, to delay the commencement of the hot pursuit until then because the purpose of the pursuit, boarding and arrest was not capable of fulfilment at the earlier time and in those circumstances.

Article 23 (3) provides that there are two conditions precedent to the commencement of hot pursuit:

(a) The presence of the ship pursued or the daughter ship within territorial waters; and

(b) The giving of a visual or auditory signal to stop at a distance which enables it to be seen or heard.

The signal to stop ensures that the offending ship is aware that it has been detected, identified and is being ordered to heave to for boarding. The pursuing vessel is entitled to open fire if its order is not complied with (see *United States v. Striefel* 1982, *American Maritime Cases* 1155). A signal will go some way to prevent unnecessary damage or injury. Having accepted that the delay in commencing the pursuit was justified the delay in sending the signal to stop was also justified.

The defendants argue that a signal sent by radio did not comply with the condition precedent in article 23 (3). The position has not been considered in any decided case and the commentators are divided.

It is clear from *Poulantzas* at page 204 that both the Hague Codification Conference of 1930 and the Geneva Conference of 1958 accepted that signals by radio should not be regarded as lawful for the commencement of the pursuit. It was thought that this exclusion was justified to prevent abuse from radio signals sent from a considerable distance. He accepted that wireless could be used by the pursuing ship in order to be assured that the auditory or visual signals had been understood.

*McDougal and Burke* (*The Public Order of the Oceans*, 1987) were of the opinion that the kind of signal given to a suspect directing it to stop and submit to a search seemed unimportant as long as it was followed in good time by the actual appearance of the arresting vessel. They went on to add that what was to be avoided was the imposition of delay, because the signal is given by a craft which is unable within a reasonable period to impose effective control over the violator.

This view was followed by *Craig Allen* in 1989, he said:

“Most modern publicists agree that enforcing craft should be permitted to give the initial signal by radio, even before the pursuing vessel comes within sight. Where it is clear by the offending vessel’s acknowledgement or otherwise that the vessel received and understood a signal to stop given by radio, such a signal meets the underlying policy goal of providing adequate notice to the vessel.”

The presence of three helicopters hovering close to the *Poseidon* would only have added emphasis to the radio signals sent by the *Lynx* helicopter.

Modern technology has moved on since 1958 and the law must take account of those changes. *Mr. Montalto* told me that VHF radio is now the standard method of communication between vessels at sea, which are required by international radio regulations to keep a watch on channel 16. I hold that the messages sent by this medium comply with the preconditions of the Convention to the exercise of the right of hot pursuit.

I hold that the *Poseidon* was properly arrested in international waters under the terms of the Geneva Convention and in accordance with the provisions of the international law of the sea.

For these reasons I disallowed the defendants’ application to stay the indictment on the grounds of abuse of process.





NACIONES UNIDAS  
*Oficina contra la Droga y el Delito*

Centro Internacional de Viena, P.O. Box 500, A-1400 Viena, Austria  
Tel: (+43-1) 26060-0, Fax: (+43-1) 26060-5866, [www.unodc.org](http://www.unodc.org)