

HÉCTOR OLASOLO

Director Académico

ANDRÉS SÁNCHEZ SARMIENTO

FEDERICO FREYDELL MESA

Coordinadores

16

RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

PARTE I

**Mecanismos de aplicación y cooperación
internacional**



tirant
lo blanch

**PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA**

**RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN
TRANSNACIONAL DESDE EL
DERECHO INTERNACIONAL PENAL**

PARTE I

Mecanismos de aplicación y cooperación internacional

Volumen 16

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía del Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación
y miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal
de la Universidad Jaume I de Castellón*

MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Pontificia Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho
y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional e
Internacional en la Universidad de Colonia
(Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional
de la Universidad del Rosario (Colombia)
y Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMAN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política
de la Universidad de Mainz (Alemania)*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

PARTE I

Mecanismos de aplicación y
cooperación internacional

Volumen 16

Director Académico

HÉCTOR OLASOLO

Coordinadores

**FEDERICO FREYDELL MESA
ANDRÉS SÁNCHEZ SARMIENTO**



tirant lo blanch
Valencia, 2024

Copyright © 2024

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia

Directores:

HÉCTOR OLASOLO
CAROL PRONER

© V.V.AA.

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1056-423-7
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Directores de la colección:

HÉCTOR OLASOLO

Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos); Catedrático de Derecho internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional (CJI), el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR); Coordinador General de las Redes de Investigación “Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia” y “Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional”.

CAROL PRONER

Directora para América Latina del Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil); Codirectora de la Maestría en Derechos Humanos, Multiculturalidad y Desarrollo, Universidad Pablo Olavide y Universidad Internacional de Andalucía (España); Profesora de Derecho Internacional de la Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil).

Nota

El presente trabajo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación “La respuesta del Derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70817, financiado con recursos procedentes del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Francisco José de Caldas (Colombia) y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Este proyecto forma parte del Programa de Investigación “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), cuyo investigador principal es el profesor Héctor Olasolo (Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Colombia), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70593, y ejecutado por la Universidad del Rosario y la Pontificia Universidad Javeriana. Las obras colectivas de este Programa, que son realizadas a través de la Red de Investigación Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional (creada para la ejecución del Programa 70593 y ejecutado por la Universidad del Rosario y la Pontificia Universidad Javeriana), cuentan con financiación externa para su publicación del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos).

Agradecimientos

A la Dirección de Investigación e Innovación y las Facultades de Jurisprudencia y Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), así como a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia), al IIH (Países Bajos) y al Ministerio de Ciencia, Tecnología, e Innovación de Colombia (Minciencias) por la financiación recibida para desarrollar este proyecto.

A la Editorial Tirant lo Blanch y al IIH (Países Bajos), por haber hecho posible la creación de la Red de Investigación

Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional.

A Valentina Bocanegra Oyola, Daniel Camilo Guerrero Gutiérrez, Angie Paola Abril Rincón, Laura Tobón Vélez y Ana María Martínez Agudelo por su apoyo en la edición de la presente obra colectiva.

Índice

Director Académico	17
Coordinadores	18
Autores	19
Abreviaturas	27
Prólogo	31
<i>Sylvia H. Steiner</i> (Brasil) Magistrada de la Corte Penal Internacional (2003-2016)	
Introducción al Programa de Investigación 70593, a la Red sobre Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional y a su Grupo en Derecho Internacional Penal	37
<i>Héctor Olasolo</i> (España/Colombia)	

PARTE I PRIMERA APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL

Capítulo 1. El fenómeno de la corrupción transnacional y las aproximaciones criminológicas que reflejan sus distintos aspectos	59
<i>Héctor Olasolo</i> <i>Pablo Galain Palermo</i> <i>Luisa Villarraga Zschommler</i> <i>Sofía Linares Botero</i>	

PARTE II LOS MECANISMOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

II.1. LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES PENALES DE ÁMBITO UNIVERSAL

Capítulo 2. La función que podría desempeñar la Corte Penal Internacional para responder al fenómeno de la corrupción transnacional	137
<i>Héctor Olasolo</i> <i>Andrés Sánchez Sarmiento</i> <i>Pablo Galain Palermo</i>	

Capítulo 3. Una corte penal internacional per il reato di corruzione?..	211
---	-----

Pietro Insolera

Piergiuseppe Parisi

Emanuela Fronza

II.2. LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES PENALES DE ÁMBITO REGIONAL

Capítulo 4. La Sección Especializada en derecho internacional penal establecida por el Protocolo de Malabo en la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos	271
--	-----

Héctor Olasolo

Federico Freydel

Capítulo 5. La propuesta de creación de una Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Organizado Transnacional.....	327
---	-----

María Paula López Velásquez

II.3. LOS TRIBUNALES HÍBRIDOS

Capítulo 6. Los tribunales híbridos	349
---	-----

Tomás K. Manguel

Jeremías Brusau

II.4. EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y LAS COMISIONES Y MISIONES DE APOYO INTERNACIONALES

Capítulo 7. El principio de jurisdicción universal y su relación con el principio aut dedere aut iudicare	399
---	-----

Andrés Sánchez

Antonio Varón

Clara Hernández

Capítulo 8. Las comisiones y misiones de apoyo internacionales. Especial atención a la CIGIC, la MACCIH y la CICIES.....	449
--	-----

Héctor Olasolo

Federico Freydel

PARTE III
**LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL CON
 LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES
 PENALES Y LOS TRIBUNALES HÍBRIDOS**

Capítulo 9. Aspectos centrales de los sistemas de cooperación internacional con los tribunales internacionales penales y los tribunales híbridos	513
--	-----

Manuel Ventura

Paola Diana Reyes Parra

Capítulo 10. Las solicitudes de cooperación: especial atención a los órganos responsables de los tribunales, los canales nacionales de comunicación y el idioma de las solicitudes de cooperación	611
---	-----

Beatriz Gasparian

Antônia Pereira de Sousa

Oswaldo Zavala Giler

Capítulo 11. La regulación de las causas de aplazamiento e inejecución de las solicitudes de cooperación	647
--	-----

María Dolores Collazos

PARTE IV
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Capítulo 12. ¿Pueden los mecanismos de aplicación del derecho internacional penal contribuir, y de qué manera, al abordaje del fenómeno de la corrupción transnacional? La recomendación de una estrategia de tres pasos.....	689
---	-----

Héctor Olasolo

Director Académico

Héctor Olasolo (España/Colombia)

Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en DI, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional; Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

Coordinadores

Federico Freydel Mesa (Colombia)

Licenciado en Derecho, con profundizaciones en Derecho Administrativo y Derecho Penal, y mención interdisciplinaria en Historia, y Especialista en Derecho Internacional por la Universidad del Rosario (Colombia). Candidato a Magíster en Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Colombia). Consultor del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024). Procuraduría Delegada con Funciones de Intervención ante la Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9800-8566>.

Andrés Sánchez Sarmiento (Colombia)

Abogado de la Universidad del Rosario (Colombia), con profundización en Derechos Humanos y Derecho Constitucional, y con especialización en Derechos Humanos de la Universidad Nacional (Colombia). Consultor del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024). Fue integrante de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario, en apoyo de la OPCV (cohorte 2018).

Autores

Brusau, Jeremías (Argentina)

LL.M. de la University of Georgia (Estados Unidos) y Magíster en Derecho Penal de la Universidad Torcuato Di Tella (Argentina). Abogado de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Profesor Adjunto interino de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires.

Collazos, María Dolores (Colombia)

Abogada, doctora en Derecho y Sociedad por la Escuela de Altos Estudios en Ciencias Sociales de Paris.

Freydell Mesa, Federico (Colombia)

Ver sección de coordinadores.

Fronza, Emanuela (Italia)

Profesora Asociada de Derecho Penal en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Alma Mater Studiorum de Bolonia, donde enseña derecho penal internacional y europeo, derecho penal comparado y justicia penal internacional. Fue Investigadora Principal de la unidad italiana del proyecto M.E.L.A. (Leyes de la memoria en perspectivas europeas y comparadas, <http://melaproject.org/>). Ha sido becaria de la Fundación Alexander von Humboldt en la Humboldt-Universität zu Berlin, Berlín (Alemania). Es referente para Italia del “Grupo Latinoamericano de Estudios sobre el Derecho Penal Internacional” y miembro de otros grupos de investigación internacionales en Europa y América Latina. Es miembro de varios comités directivos o editoriales de revistas jurídicas italianas y extranjeras. Ha sido responsable de programas internacionales de investigación y ha dirigido, como directora científica, las Clínicas de Derecho en Derecho Penal Internacional de la Universidad de París I, Panthéon-

Sorbonne y la Universidad de Nápoles II, financiadas por la Comisión Europea dentro del Proyecto Laboratorio Europeo del Sistema Penal Internacional (LINCS). Es autora de libros en italiano, inglés, español, alemán y francés. Ha publicado numerosas contribuciones publicadas en Italia y en el extranjero.

Galain Palermo, Pablo (Uruguay)

Investigador y Docente en la Universidad Andrés Bello, Facultad de Derecho, Santiago de Chile. Doctor Europeo en Derecho (Universidad de Salamanca, España). Investigador de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (Uruguay). Director del Observatorio Latinoamericano para la investigación en Política Criminal y en las reformas en el Derecho Penal (OLAP). Ex Becario Marie Curie, DAAD y MPI (Alemania). Orcid: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-8283-9939>.

Gasparian, Beatriz (Brasil)

Abogada egresada de la Universidad de São Paulo y tiene una Maestría en Derecho Internacional Público con especialización en Derecho Penal Internacional de la Universidad de Leiden desde 2020. Ha realizado trabajos de ayuda humanitaria y voluntariado dentro de diferentes organizaciones en Brasil, Benín y Países Bajos para apoyar a grupos vulnerables como presos y refugiados. Tiene experiencia profesional en relaciones exteriores, representación legal de víctimas, investigación y promoción de derechos de su tiempo en la CPI, TEL y REDRESS.

Hernández Cortes, Clara Esperanza (Colombia)

Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia) con profundización en Derecho Ambiental. Joven Investigadora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación

evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024).

Insolera, Pietro (Italia)

Doctor por la Universidad de Trento (Italia) en Derecho Penal Europeo y Comparado, y abogado defensor (colegiado en el Colegio de Abogados de Italia).

Linares Botero, Sofia (Colombia)

Profesional en Derecho de la Universidad del Rosario y consultora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024). Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5805-2944>.

López Velázquez, María Paula (Colombia)

Abogada de la Universidad Colegio Mayor de nuestra Señora del Rosario, candidata doctoral de la misma universidad; magíster avanzado en DI público con énfasis en DIP de la Universidad de Leiden, Países Bajos. Coentrenadora del equipo de DIP de la Universidad del Rosario. Tiene experiencia en el desarrollo de proyectos investigativos en DIP y DIH, como con el apoyo a organizaciones tales como el IIH que tiene su sede en La Haya (Países Bajos). A su vez, tiene experiencia en colaboración a instituciones tales como la Misión de Colombia ante la ONU en la segunda y sexta comisión, relativas a asuntos de económicos y de DI de relevancia para Colombia.

Loyo Cabezudo, Joana (España)

Doctora en Derecho Internacional Público por la Universidad del País Vasco (UPV/EHU).

Manguel K., Tomás (Argentina)

Abogado con orientación en Derecho Penal (Universidad de Buenos Aires). Especialista en Derecho Penal (Universidad de Buenos Aires). Magister en Derecho Penal y Justicia Internacional (United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute, Italia). Magister en Derecho Penal y Ciencias Penales (Universidad de Barcelona y Universitat Pompeu Fabra, España). Doctorando en la Universidad de Palermo (Italia). Asesor Legal en Derechos Humanos, Embajada Argentina (Turquía). Director del Departamento de Derecho Penal Internacional de STRALI -Strategic Litigation- (Italia). Ex funcionario de la Cámara Federal de Casación Penal (Argentina). *Visiting Professional* en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de las Naciones Unidas (Países Bajos). Profesor de Derecho Penal y Derecho Penal Internacional en las Maestrías en Derecho Penal de las Universidades de Buenos Aires y Palermo Argentina). Profesor de Derecho Penal Internacional de la Especialización en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia, Italia). Profesor Invitado de la Facultad de Derecho de Lomas de Zamora (Argentina), el Instituto del Servicio Exterior de Argentina, la Universidad de Mármara (Turquía), la Universidad de Ankara (Turquía)

Olasolo, Héctor (Colombia/España)

Ver sección de director académico.

Parisi, Piergiuseppe (Italia)

Profesor Asistente de Derecho Internacional de los derechos humanos en el Centro de Derechos Humanos Aplicados y el Departamento de Derecho de la Universidad de York (Reino Unido). Es co-director de la Maestría en Derecho y práctica internacional de los derechos humanos en la misma Universidad y co-lidera el proyecto Ritualising Protection Project. Sus intereses abarcan los derechos de los pueblos indígenas, la justicia transicional y transformativa, la justicia penal internacional y los lenguajes de los derechos humanos.

Pereira de Souza, Antonia (Brasil)

Tras sus estudios en Asistencia Internacional Humanitaria en Aix-en-Provence, trabajó con una organización de ayuda humanitaria en Sudáfrica y como investigadora académica en estudios legales en la Universidad de Montreal. Lidera grupos defensores de los derechos de las personas LGBTQI+, como el International Social Club of the COC Haaglanden y la red ICCQ dentro de la CPI; y forma parte de la junta directiva de Women in International Law. Desde el 2008, ha ocupado puestos en la Fiscalía y en el Secretariado de la CPI como asesora en temas de relaciones exteriores y cooperación. El 8 de marzo de 2021 fue nombrada al puesto de Punto Focal para la Igualdad de Género en la CPI.

Reyes Parra, Paola Diana (Perú)

LL.M. por la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra. Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Miembro Asociada del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Miembro del Instituto Internacional del Derecho Espacial. Secretaria General de la Sección Peruana de la Asociación de Derecho Internacional. Especializada por el Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra, Universidad Bahçeşehir Cyprus, Universidad de Sarajevo, Universidad de Ginebra, División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, Oficina de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, Academia de La Haya y Academia de Xiamen de Derecho Internacional. Ha sido Secretaria Técnica de la Comisión Intersectorial de Derecho Internacional Privado de la Conferencia de La Haya e instructora para el Programa de Educación para la Justicia y Programa Global de Disrupción de Redes Criminales (CRIMJUST) de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

Rodríguez Rodríguez, Jorge (España)

Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Como especialista en justicia de transición ha sido

investigador invitado en el Instituto Holandés de Derechos Humanos (SIM) de la Universidad de Utrecht, en el Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto (Bilbao) y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Asimismo, ha sido experto del Equipo Jurídico de Amnistía Internacional España y de la Asociación Española para el DIDH. Ha analizado en diversos trabajos y conferencias la gestión política de distintos procesos transicionales: España, País Vasco, Argentina, Colombia, Guatemala o Siria, entre otros. Actualmente es Profesor de DI público de la Universidad Complutense de Madrid.

Sánchez Sarmiento, Andrés (Colombia)

Ver sección de coordinadores

Varón Mejía, Antonio (Colombia)

Abogado, candidato a doctor de la Universidad Externado de Colombia, con posgrado en Derecho Comunitario de la Universidad de Paris II Panteón Assas. exdirector nacional de Protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Consultor de la Vicepresidencia de la República y organismos especializados de la ONU sobre temas de DIH, responsabilidad internacional del Estado, trata de personas y explotación sexual comercial entre otros. Amplia experiencia en temas vinculados con metodología de la investigación cualitativa y cuantitativa, evaluación de proyectos y programas de investigación.

Ventura, Manuel (Australia/Perú)

Subdirector de la Sección de Información de Seguridad Nacional, División de Seguridad y Contraterrorismo, dentro del Departamento del Fiscal General de Australia y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Western Sydney. Anteriormente trabajó para el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Tribunal Especial para el Líbano, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales y la Organización para la

Prohibición de las Armas Químicas. Manuel también fue asistente jurídico del Presidente Mogoeng Mogoeng de la Corte Constitucional de Sudáfrica y del Presidente Antonio Cassese del Tribunal Especial para el Líbano. Manuel es titulado en Humanidades (Historia, Política y Filosofía) y en Derecho de la Universidad de Western Sydney, titulado en Ciencias Económicas y Sociales (Gobierno y Relaciones Internacionales) (con honores) de la Universidad de Sydney y tiene una maestría en derecho (con honores) de la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra. Es editor de *Modes of Liability in International Criminal Law* (Cambridge University Press, 2019) y *International Humanitarian Law and Non-State Actors: Debates, Law and Practice* (T.M.C. Asser Press/Springer, 2020).

Villarraga Zschommler, Luisa Fernanda (Colombia)

Profesional en Derecho con profundización en Derechos Humanos y mención en filosofía de la Universidad del Rosario (Colombia). Candidata a Magister en Derecho Internacional y Construcción de Paz de la Universidad de los Andes (Colombia). Joven Investigadora y Consultora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024). Sustanciadora en la Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia).

Zavala Giler, Osvaldo (Ecuador)

Egresado de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Del 2006 al 2010 ocupó puestos de asesoría legal en la Coalición para la CPI (CICC) en La Haya y Nueva York. Se ha desarrollado en el Secretariado de la CPI, como Asistente Especial del Secretario, Jefe de Oficina junto a las Naciones Unidas y Jefe de la Sección de Presupuesto. Además, es miembro fundador del ICCQ. Zavala Giler ha publicado artículos académicos sobre temas relaciona-

dos a la CPI. En diciembre 2021 recibió en Santa Elena, Ecuador, el Premio de Ciudadano Ejemplar por la corporación Mochica Sumpa. En febrero 2023, fue elegido Secretario de la CPI, puesto que comenzará a ocupar en abril 2023.

Abreviaturas

AEP	Asamblea de Estados Partes
AGNU	Asamblea General de las Naciones Unidas
AOP	Aparatos Organizados de Poder
CADHP	Convención Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
CAJDH	Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos
CCUA	Convención contra la Corrupción de la Unión Africana
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CICC	Convención Interamericana contra la Corrupción
CICIACS	Comisión de Investigación de Cuerpos Ilegales de Seguridad y Aparatos Clandestinos de Seguridad
CICIES	Comisión Internacional contra la Impunidad en El Salvador
CICIG	Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIGIC	Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención de Mérida)
CNUCD	Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo
CNUDOT	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo)
ComNUEM	Comisión de las Naciones Unidas sobre las Empresas Multinacionales y la OCDE
Convenio PIF	Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas
Convenio UE	Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros

COPLA	Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Transnacional Organizado
COT	Crimen Organizado Transnacional
CPI	Corte Penal Internacional
CSNU	Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas
CtIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DI	Derecho Internacional
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DIP	Derecho Internacional Penal
DPT	Derecho Penal Transnacional
EACJ	Tribunal de Justicia del Oriente Africano
ECC	Empresa Criminal Común
ECOWAS	Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de África Occidental
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
ETESL	Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano
ETPIR	Estatuto del Tribunal Internacional Penal de Ruanda
ETPIY	Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia
EULEX	European Union Rule of Law Mission
FCPA	<i>Foreign Corrupt Practices Act</i> o Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de EE.UU.
FMI	Fondo Monetario Internacional
FMLN	Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional
FRU	Frente Revolucionario Unido
GOPAC	Organización Global de Parlamentarios contra la Corrupción
IBRD	Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo
ICSID	Centro Internacional para la Solución de Disputas de Inversión
IDA	Asociación para el Desarrollo Internacional
IFC	Corporación Internacional de Finanzas

IHSS	Instituto Hondureño de Seguridad Social
IOM	Mecanismo de Supervisión Independiente
MACCIH	Misión de Apoyo contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras
MIGA	Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones
MINUGUA	Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala
MRITP	Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales
OEA	Organización de Estados Americanos
ONGs	Organizaciones no gubernamentales
ONU	Organización de las Naciones Unidas
ONUDD/ UNDOC	Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
PIB	Producto Interno Bruto
PPCPI	Programa de Protección de Testigos de la CPI
RBIBT	Recomendación sobre el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales
RDC	República Democrática del Congo
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba
SADC	Comunidad para el Desarrollo del Sur de África
SADC	Tribunal de la Comunidad para el Desarrollo del África Austral
SECC/SETC	Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya
SEK	Salas Especializadas de Kosovo
SGNU	Secretario General de las Naciones Unidas
SPI	Sala de Primera Instancia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEL	Tribunal Especial para el Líbano
TESL	Tribunal Especial de Sierra Leona
THs	Tribunales Híbridos
TMI	Tribunal Militar Internacional
TMILO	Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente

TIPs/TIPs	Tribunales Internacionales Penales
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
UA	Unión Africana
UFECIC	Unidad Especial Contra la Impunidad de la Corrupción
UNMIK	Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo
UNODC/ ONUDD	Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

Abreviaturas en italiano

ECCC	Camere Straordinarie delle Corti di Cambogia
ICC/CPI	Corte Penale Internazionale
ICTR	Tribunali Penali Internazionali per Ruanda
ICTY	Tribunali Penali Internazionali per la Ex Jugoslavia
SCSL	Corte Speciale per la Sierra Leone
STL	Tribunale Speciale per il Libano
UNCAC	Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione
UNTOC	Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità Organizzata Transnazionale

Prólogo

Cuando el profesor Héctor Olasolo me pidió que escribiese este prólogo a la última obra colectiva que ha coordinado, me llamó particularmente la atención que la misma se haya dedicado a responder a la pregunta de investigación relativa a si los mecanismos de aplicación del derecho internacional penal (DIP) pueden, y de qué manera, contribuir a abordar el fenómeno de la corrupción transnacional, especialmente cuando se encuentra asociada al crimen organizado transnacional. Basta con revisar las noticias de esta semana para darnos cuenta de que esta es una cuestión de plena actualidad en los niveles local, nacional, regional e internacional, cuya denuncia se sigue pagando con la vida, como lo demuestran, sin ir más lejos, los tristes acontecimientos que están caracterizando las semanas previas a la primera vuelta de las elecciones presidenciales adelantadas en Ecuador, un país que hace relativamente poco tiempo era considerado de los más seguros de América Latina.

Para responder a la cuestión planteada, Olasolo, Galain, Villarraga y Linares abordan en el capítulo I las principales características del fenómeno de la corrupción, concluyendo que, además de su dimensión transnacional, cabe destacar su: (a) amplia extensión; (b) carácter organizado; (c) seguridad financiera; (d) seguridad frente a la aplicación del derecho (impunidad); y (e) favorecimiento de los medios de comunicación de masas. Además, los autores subrayan como diversas aproximaciones criminológicas ayudan a comprender mejor los siguientes aspectos de este fenómeno:

1. La globalización de los mercados económicos y financieros, la cual ha venido acompañada de la sustitución de las políticas sociales relacionadas con el Estado de bienestar por políticas: (a) de tolerancia cero contra la criminalidad de la población de bajos recursos, las minorías, y los extranjeros (“los otros”); y (b) de gran tolerancia (y frecuente encubrimiento mediático) hacia la criminalidad de los poderosos (delincuentes de cuello blanco y empresas multinacionales) que concentran su acción, aunque no la limitan, en regiones con gran desigualdad socio-económica, lo que facilita la comisión de delitos de masa o “genocidios por goteo”;

2. El desarrollo de la corrupción transnacional principalmente a través de redes interconectadas que operan desde: (a) entidades públicas, lo que garantiza la impunidad frente a la justicia (sobre todo cuando están involucradas sus más altas autoridades); (b) entidades privadas, que actúan desde fuera del Estado, pero dentro de una aparente legalidad, en los ámbitos económico, financiero, político, social y técnico, garantizando así la seguridad financiera de los dineros mal habidos; y (c) grupos al margen de la ley, ya se trate de delincuencia organizada en sentido estricto o de grupos armados organizados que participan en conflictos armados.

3. El devastador impacto de las consecuencias (económicas, sociales, políticas, jurídicas, ambientales y éticas) de la corrupción transnacional, destacando especialmente el grave menoscabo en el disfrute de derechos fundamentales, principalmente, entre los grupos de población más vulnerable, y la ruptura del tejido social debido a la pérdida de la confianza entre sus miembros, lo que genera una auténtica amenaza para el desarrollo social sostenible y la capacidad de acción institucional.

Olasolo, Sánchez Sarmiento y Galain plantean en el capítulo 2 como, a pesar de lo anterior, los tratados internacionales anticorrupción continúan presentando definiciones jurídicas restrictivas, que equiparan el fenómeno de la corrupción transnacional a ciertas conductas individuales. Según los autores, esto tiene un profundo impacto en la eficacia de la lucha contra este fenómeno, la naturaleza del bien jurídico protegido y el reconocimiento de la condición de víctima, y genera, artificialmente, dificultades para recurrir a los mecanismos de aplicación del DIP con el fin de incrementar dicha eficacia. Como consecuencia, la estrategia preventiva, investigativa y sancionatoria recogida en estos tratados, y en las legislaciones nacionales que los implementan, tiene un alcance muy limitado.

Ante esta situación, los autores afirman la necesidad de un compromiso urgente de las ciencias jurídico-sociales para ofrecer una respuesta comprensiva y eficaz, que parta de poner el énfasis en la amplia extensión (carácter generalizado o a gran escala) del fenómeno, en los entramados (públicos, privados y al margen de la ley) y los dirigentes que, o bien lo promueven, o bien contribuyen al mismo, buscando el blindaje del dinero mal habido, garantizando la

impunidad de quienes incurren en prácticas corruptas y de quienes se benefician en última instancia de las mismas, y/o encubriendo, por acción u omisión, dichas prácticas ante la opinión pública desde los medios de comunicación.

Todo ello teniendo en cuenta que, según Olasolo, Sánchez Sarmiento y Galain, si bien es cierto que los tipos penales relativos a la corrupción transnacional y los “crímenes internacionales centrales” (genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra y agresión) presentan, en principio, una distinta naturaleza, y tienen mecanismos de aplicación diversos, no es menos cierto que poseen como característica en común la falta de voluntad (y, en ocasiones, la incapacidad) de las jurisdicciones nacionales para dar una respuesta mínimamente eficaz a los mismos.

Es en este contexto que, como señalan los autores, surge la necesidad de analizar las aportaciones que podrían realizar los distintos mecanismos de aplicación del DIP para responder de manera más eficaz al fenómeno de la corrupción transnacional, superando de esta manera las limitaciones generadas por la adopción en los tratados internacionales anticorrupción de definiciones jurídicas restrictivas de los tipos penales relativos a este fenómeno.

Los capítulos 2 a 8 abordan esta cuestión, haciendo especial hincapié en dos distinciones principales: (a) la relativa a los mecanismos aplicados por las jurisdicciones nacionales (capítulos 7 y 8) y los aplicados más allá de estas últimas por tribunales internacionales de ámbito universal o regional, o por tribunales híbridos (capítulos 2 a 6); y (b) la distinción entre aquellos mecanismos que, al menos en cierta medida, podrían ser aplicables sin necesidad de modificar los tratados internacionales anticorrupción o la actual normativa de DIP y aquellos otros que sí requerirían su reforma para poder ser utilizados en la lucha contra la corrupción transnacional (esta segunda distinción se aborda dentro de cada capítulo).

Como resultado, los capítulos 7 y 8 analizan las contribuciones a la lucha contra la corrupción transnacional que podrían generarse a través de los mecanismos de aplicación del DIP en el ámbito de las jurisdicciones nacionales, y especialmente de:

1. El principio de jurisdicción universal (abordado por Sánchez Sarmiento, Varón Mejía y Hernández Cortés en el capítulo 7); y

2. Los organismos internacionales, como la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CIGIC), la Misión de Apoyo contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras (MACCIH) y la Comisión Internacional contra la Impunidad en El Salvador (CI-CIES), que actúan en el ámbito interno para reforzar la capacidad de investigación de la Policía y del Ministerio Público (analizados por Olasolo y Freydell Mesa en el capítulo 8).

Por su parte, los capítulos 2 a 6 analizan las aportaciones a lucha contra la corrupción transnacional que podría realizar:

1. La Corte Penal Internacional (CPI) (estudiada por Olasolo, Sánchez Sarmiento y Galain Palermo en el capítulo 2).

2. Las jurisdicciones internacionales penales permanentes de ámbito universal, como la propuesta de crear una Corte Penal Internacional contra la Corrupción (analizada por Insolera, Parisi y Fronza en el capítulo 3)

3. Las jurisdicciones internacionales penales permanentes de ámbito regional, como la Sección Especializada en DIP establecida en la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (CAJDH) por la Unión Africana a través del Protocolo de Malabo (abordada por Olasolo y Freydell Mesa en el capítulo 4) o la propuesta de creación de una Corte para América Latina y el Caribe (COPLA) (estudiada por López Velásquez en el capítulo 5); y

4. Las jurisdicciones penales especializadas de naturaleza híbrida (nacional e internacional), como el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL), las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya (SETC), el Tribunal Especial para el Líbano (TEL) o las Salas Especializadas de Kósovo (SEK), por solo poner algunos ejemplos (analizadas por Manguel y Brusau en el capítulo 6).

Como se señala en los mencionados capítulos, excepto la CPI con su vocación de universalidad todavía no satisfecha y los tribunales regionales en proceso de gestación, que presentan una naturaleza permanente y cuya jurisdicción territorial se extiende más allá de una situación de crisis a los crímenes internacionales cometidos en

el territorio o por los nacionales de sus Estados parte, los demás mecanismos de aplicación del DIP mencionados tienen una naturaleza temporal y una jurisdicción limitada al marco territorial y temporal que definen la situación para la que han sido creados. Además, si bien todos ellos, excepto la COPLA, tienen jurisdicción sobre los crímenes internacionales centrales, algunos extienden también su jurisdicción material a delitos domésticos (sobre todo los tribunales híbridos como el TESL, las SETC, el TEL y las SEK) y a crímenes transnacionales como la corrupción (principalmente, los tribunales regionales como la Sala Especializada en DIP de la CAJDH y la COPLA).

Ante esta pluralidad de regímenes jurídicos, la parte final de la presente obra colectiva analiza en sus capítulos 9 a 11 los aspectos más relevantes de la cooperación estatal con los tribunales internacionales penales de ámbito universal o regional y con los tribunales híbridos, porque afectan de manera determinante a su eficacia y, por tanto, a los aportes a la lucha contra la corrupción transnacional que podrían prestar.

De este modo, Ventura y Reyes Parra comienzan estudiando en el capítulo 9 los aspectos centrales de los sistemas de cooperación internacional con dichos tribunales. A continuación, Gasparian, Pereira de Souza y el actual Secretario de la CPI, Oswaldo Zavala, abordan en el capítulo 10 las cuestiones relativas a las solicitudes de cooperación de los tribunales, haciendo especial énfasis en los órganos responsables para realizarlas, los canales de comunicación con los Estados y el idioma en el que han de redactarse, y subrayando el alto grado de rechazo estatal que se sigue presentando frente a las solicitudes de cooperación realizadas a instancia de la Defensa. Finalmente, Collazos analiza en el capítulo 11 la regulación de las causas de aplazamiento e inexecución estatal de las solicitudes de cooperación hechas por los tribunales y como estas pueden afectar a su eficacia, y por tanto a la contribución que eventualmente podrían realizar.

La presente obra colectiva se cierra con el capítulo 12, de conclusiones y recomendaciones, realizada por el profesor Héctor Olasolo en cuanto que director académico de la obra, en el que se presentan los principales elementos de cada uno de los capítulos y se recomienda la adopción de una estrategia de acción consistente en tres pasos:

(a) generar conciencia sobre la posibilidad y conveniencia de extender la estrategia anticorrupción para incluir algunos de los mecanismos de aplicación del DIP en la lucha contra las manifestaciones más graves de la corrupción transnacional; (b) profundizar en un mayor nivel de análisis con respecto a las medidas concretas disponibles para minimizar el impacto de los problemas identificados en relación con la contribución que podrían realizar dichos mecanismos, tanto en lo relativo al alcance de sus actuaciones, como a la manera de garantizar la cooperación internacional necesaria para que puedan tener la capacidad de llevarlas a cabo con una cierta eficacia; y (c) incorporar los resultados alcanzados en el diseño de las nuevas estrategias de lucha contra la corrupción transnacional.

Para concluir no puedo sino felicitar al director académico de la obra por el excelente equipo de investigación que ha conformado y el rigor metodológico y profundidad con el que, bajo su dirección, han desarrollado su trabajo a lo largo de los últimos tres años, así como al Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Min-ciencias) y a las Universidades del Rosario (Colombia) y Pontificia Javeriana (Colombia) por la decidida apuesta que han realizado por un proyecto internacional de estas dimensiones y naturaleza. Mi felicitación también a la Editorial Tirant lo Blanch (España), al Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos) y al Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil/España) por haber acertado a incluir esta excelente obra en la colección *Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*, que estoy convencida que, dada su relevancia, pronto se convertirá en un referente entre académicos y profesionales jurídicos de los sistemas nacionales e internacionales de justicia penal.

En São Paulo (Brasil), a 15 de agosto de 2023.

Sylvia H. Steiner

Magistrada de la Corte Penal Internacional (2003-2016)

Introducción al Programa de Investigación 70593, a la Red sobre Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional y a su Grupo en Derecho Internacional Penal

1. EL PROGRAMA DE INVESTIGACIÓN 70593 Y LA RED SOBRE RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

El programa de investigación 70593, desarrollado entre agosto de 2020 y febrero de 2024, se ha dirigido a elaborar una estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en América Latina en general, y en Colombia en particular, la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT), a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales (el Programa 70593). Su investigador principal ha sido el profesor Héctor Olasolo (España/Colombia), quien se desempeña como profesor titular de carrera en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia internacional (IIH) (Países Bajos).

El Programa 70593 ha sido financiado por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Minciencias), y ha sido ejecutado por la Universidad del Rosario como entidad ejecutante y por la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia) como entidad coejecutante. El Programa 70593 ha contado además con el apoyo institucional y financiero del IIH.

El Programa 70593 ha estado compuesto por los siguientes tres proyectos de investigación que se han dirigido a analizar:

- (1) Las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de la simulación de sistemas sociales: Proyecto 71861, cuyos investigadores principales han sido Angela Lucia Noguera Hidalgo (Colombia) y Oscar Julián Palma Morales (Colombia), ambos adscritos a la Facultad de Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos (FEIPU) de la Universidad del Rosario;
- (2) Las respuestas a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado desde el derecho público comparado: Proyecto 71848, cuyos investigadores principales han sido Norberto Hernández Jiménez (Colombia), adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y Vanessa Andrea Suelto Cock (Colombia), adscrita a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.
- (3) Las respuestas a la corrupción asociada al COT desde el derecho internacional: Proyecto 70817, cuyo investigador principal ha sido el profesor Héctor Olasolo.

El Proyecto 71861 ha buscado específicamente establecer una aproximación para la comprensión de las dinámicas de adaptación y flexibilidad del narcotráfico marítimo en las Américas, incluyendo la corrupción asociada al mismo, a través de la utilización de instrumentos de simulación de sistemas sociales. Ha abordado este fenómeno desde las perspectivas teóricas de “organizaciones como sistemas sociales” y de “sistemas complejos adaptativos”. Estas perspectivas han permitido analizar y explicar el comportamiento flexible, adaptable y evolutivo del sistema organizacional transnacional de narcotráfico marítimo, más allá del paradigma de organizaciones jerarquizadas, rígidas y centralizadas, que caracteriza el estudio de las estructuras del narcotráfico. Así mismo, el Proyecto 71861 ha buscado entender las lógicas del comportamiento de los actores en la cadena de tráfico marítimo de narcóticos, las tareas que desempeñan, sus prácticas de corrupción, la distribución, los modos de transporte, y sus rutas. Todas estas variables están sujetas a continuos procesos de cambio impuestos por las condiciones del contexto.

El Proyecto 71848 se ha dirigido a diseñar una estrategia para América Latina en general, y Colombia en particular, de respuesta a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a partir de las experiencias del derecho público comparado y de una adecuada comprensión de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo en Colombia y América Latina. Este proyecto se ha centrado, en primer lugar, en analizar el alcance y limitaciones que ofrece el derecho público colombiano, especialmente a través del derecho constitucional, electoral, administrativo, financiero, tributario, penal y procesal penal para responder al fenómeno de la corrupción asociada al crimen transnacional organizado. Sobre esta base, se han explorado los mecanismos que ofrecen las experiencias de derecho público comparado en diversos Estados de la región, como Argentina, Brasil, Chile, México y Perú (así como en Estados no latinoamericanos como España, Estados Unidos e Italia), con el fin de determinar qué medidas sería aconsejable adoptar en el derecho interno colombiano para incrementar el nivel de eficacia en la lucha contra dicho fenómeno. Al realizar el análisis, se ha prestado particular atención a las medidas propuestas desde el derecho internacional, con el fin de favorecer la construcción de una respuesta integrada que incremente su eficacia.

Finalmente, el Proyecto 70817 ha buscado especialmente diseñar una estrategia de respuesta a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a partir del derecho internacional y de una adecuada comprensión de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo en Colombia y América Latina, prestando particular atención a la respuesta ofrecida desde el derecho público comparado. Por un lado, el Proyecto ha estudiado las posibilidades que ofrece el Derecho Penal Transnacional y el Derecho Internacional Penal para abordar el fenómeno de la corrupción asociada al COT. En este contexto, se ha analizado si la creación de una institución de ámbito regional para promover la coordinación entre las autoridades nacionales y mejorar su cooperación en materia de prestación de ayuda judicial mutua y ejecución de peticiones de extradición, reforzaría la eficacia de las medidas que el derecho público comparado aconseja adoptar en el derecho interno colombiano. Así mismo, se ha estudiado si dicha eficacia pudiera también verse

reforzada por la utilización de algunos de los mecanismos de aplicación del Derecho Internacional Penal, como sería la creación de una Corte Latino-Americana y del Caribe contra el crimen transnacional organizado (con inclusión, o no, de una agencia supranacional de recogida y análisis de información).

El Programa 70593 y los Proyectos 71861, 71848 y 70817 han sido desarrollados entre agosto de 2020 y febrero de 2024, con base en cinco elementos principales siguientes:

1. En primer lugar, para desarrollar el Programa 70593 y los Proyectos 71861, 71868 y 70817, se conformó a partir del 28 de agosto de 2020 la red de investigación sobre respuestas a la corrupción asociada al COT (la Red). La Red está conformada por alrededor de 300 investigadores de América Latina, Europa y Norteamérica, agrupados en los siguientes grupos de investigación: (a) criminología; (b) narcotráfico marítimo y dinámicas de la ciudad-puerto; (c) derecho constitucional electoral; (d) derecho administrativo; (e) derecho disciplinario en los sectores justicia y seguridad; (f) derecho privado; (g) derecho financiero y tributario; (h) derecho penal; (i) derecho procesal penal; (j) cooperación internacional en materia penal; (k) derecho internacional penal; (l) derecho internacional de los derechos humanos; y (m) relaciones internacionales y política exterior. La Red está también conformada por un Comité de Recomendaciones sobre Propuestas relativas a las Estrategias de Actuación en América Latina, el cual fue creado en septiembre de 2020, y cuya composición se puede consultar más abajo.

Desde su conformación, los grupos de investigación que conforman la Red han estado trabajando durante tres años y medio en el desarrollo del Programa 70593 y sus tres Proyectos, lo que ha permitido su progresiva consolidación. Su composición y actividades se pueden consultar en el Documento Final de Recomendaciones del Programa 70593, que será objeto de publicación una vez hayan sido publicadas las obras colectivas preparadas por los grupos de investigación de la Red.

Lo anterior ha permitido analizar el fenómeno objeto de estudio desde: (a) la criminología; (b) las particulares dinámicas de las organizaciones del COT dedicadas al narcotráfico marítimo que operan

en el entorno de la ciudad-puerto; (c) las relaciones internacionales; y (d) la política exterior.

Además, con base en los hallazgos realizados sobre el fenómeno objeto de estudio, se han analizado las respuestas que pueden adoptarse frente al mismo desde el derecho público comparado (derecho constitucional, electoral, administrativo, disciplinario, privado, financiero, tributario, penal, procesal penal, y cooperación jurídica no judicial) e internacional (cooperación judicial internacional, derecho internacional de los espacios marítimos, derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional penal y arbitraje de tratados de inversión).

2. En segundo lugar, la pluralidad e interdisciplinariedad de los integrantes de los grupos de investigación de la Red, han permitido desarrollar toda una serie de seminarios internacionales (apropiación social del conocimiento) celebrados en Colombia y fuera de Colombia sobre las distintas temáticas estudiadas por el Programa 70593 y sus tres Proyectos, y cuyas grabaciones se pueden visionar en los siguientes enlaces del micrositio del Programa:

- Seminario Internacional 1: Introducción al Programa 70593: Redes del Crimen Organizado y Respuesta del Derecho Público e Internacional: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-1-introduccion-al-programa-70593-redes-del-crimen-organizado-transnacional-y-respuesta-integrada-desde-el-derecho-publico-comparado-e-internacional>
- Seminario Internacional 2: Teoría Evolutiva, Narcotráfico Marítimo y Puertos: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-ii-teoria-evolutiva-narcotrafico-maritimo-y-puertos>.
- Seminario Internacional 3: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Penal: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-iii-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-penal>.
- Seminario Internacional 4: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Procesal Penal: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red->

de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-4-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-procesal-penal.

- Seminario Internacional 5: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Administrativo: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-penal-internacional>.
- Seminario Internacional 6: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Disciplinario en Justicia y Seguridad: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-6-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-disciplinario-en-justicia-y-seguridad>.
- Seminario Internacional 7: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Constitucional y Electoral: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-7-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-constitucional-7-electoral>.
- Seminario Internacional 8: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Tributario, Financiero y Cambiario: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-8-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-tributario-financiero-y-cambiario>.
- Seminario Internacional 9: Definición, Manifestaciones, Causas y Consecuencias de la Corrupción y el Crimen Organizado Transnacional: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-9-definicion-manifestaciones-causas-y-consecuencias-de-la-corrupcion-asociada-al-crimen-organizado-transnacional>.
- Seminario Internacional 10: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Casos Estudios de Colombia y la Amazonía Brasileña: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-10-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-casos-estudios-de-colombia-y-la-amazonia>.

- Seminario Internacional 11: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Privado: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-11-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-privado>.
- Seminario Internacional 12: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde la Cooperación Internacional: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-12-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-la-cooperacion-internacional>.
- Seminario Internacional 13: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Internacional Penal: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-13-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-internacional-penal>.
- Seminario Internacional 14: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde la Política Exterior en América Latina: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-14-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-la-politica-exterior-en-america-latina>.
- Seminario Internacional 15: Corruption and Transnational Organized Crime: Responses from the US Foreign Policy: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-15-corruption-and-transnational-organized-crime-responses-from-the-us-foreign-policy>.
- Seminario Internacional 16: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde los Derechos Humanos: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-16-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-los-derechos-humanos>.
- Seminario Internacional 17: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho de los Espacios Marítimos: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-17-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-de-los-espacios-maritimos>.

organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-internacional-de-los-espacios-maritimos.

- Seminario Internacional 18: Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional: Resultados del Programa 70593 de Minciencias y de los Proyectos 70817, 71848 y 71861: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-18-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-organizado-transnacional>.
- Seminario Internacional 19: Resultados del Proyecto 71848 - Respuestas desde el derecho público comparado a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-19-resultados-del-proyecto-71848-respuestas-desde-el-derecho-publico-comparado>.
- Seminario Internacional 20: Resultados del Proyecto 71861 - Aproximación a la comprensión del comportamiento de las redes de narcotráfico marítimo, incluyendo las prácticas de corrupción asociadas al mismo, desde el marco evolutivo: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-20-narcotrafico-maritimo-y-sistemas-sociales-resultados-del-proyecto-71861-minciencias>.
- Seminario Internacional 21: Presentación en La Haya: Resultados Programa 70593 y Proyectos 70817, 71848 y 71861: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-21-presentacion-en-la-haya-resultados>

3. En tercer lugar, se ha elaborado (y enviado al Centro Internacional de Investigación y Análisis Contra el Narcotráfico Marítimo (CMCON)) el concepto técnico (con número de referencia I-2024-71861) titulado “sobre el modelo de simulación elaborado mediante el software NetLogo 5.0 para reflejar la dinámica social de la ciudad-puerto desde una perspectiva basada en agentes y la incidencia del fenómeno de la corrupción en el narcotráfico marítimo” (el concepto técnico), el cual ha sido desarrollado en el marco de la colaboración mantenida con el CMCON durante la ejecución del Proyecto 71861.

Con el fin de proporcionar una aproximación que permita comprender las complejas dinámicas organizativas de la ciudad-puerto desde una perspectiva de sistemas sociales y la incidencia del fenómeno de la corrupción en el narcotráfico marítimo, el Proyecto 71861 ha elaborado un modelo de simulación mediante el software Net-Logo 5.0. La simulación proporciona un escenario para el diseño y la construcción de espacios de experimentación, donde se exploran las actividades realizadas por las organizaciones criminales que utilizan terminales portuarias y estrategias de reclutamiento para llevar a cabo las actividades relacionadas con el narcotráfico. Este enfoque ofrece a investigadores y responsables de la gestión una perspectiva diferente para comprender los mecanismos de toma de decisiones en este contexto.

El concepto técnico explica cómo se ha elaborado dicho modelo de simulación, así como su funcionamiento y los resultados y las limitaciones que presenta, reflejando, en particular, como el narcotráfico marítimo se manifiesta como un sistema social complejo y adaptativo en el contexto de la ciudad-puerto, y cómo esta comprensión puede brindarnos una visión más clara de su funcionamiento.

4. En cuarto lugar, los grupos de investigación de la Red, además de completar las 3 obras colectivas esperadas (una por Proyecto), han completado cada uno de ellos, al menos, una obra colectiva adicional. Esto ha permitido ampliar disciplinaria y temáticamente el análisis del objeto de estudio, y ha favorecido la elaboración de los Documentos Finales de Recomendaciones de cada Proyecto, y del Programa, desde una perspectiva notablemente más interdisciplinar de lo previsto en un primer momento.

De esta manera, para finales de febrero de 2024 se han completado 25 obras colectivas, todas ellas aceptadas para publicación como libros de investigación, tras el correspondiente proceso de evaluación anónima, por la editorial internacional Tirant lo Blanch (España). Temáticamente, las obras colectivas se pueden clasificar de la siguiente manera:

- A) Análisis del Fenómeno Objeto de Estudio (Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional):
- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte I. La corrupción pública y privada y su medición (Proyecto 70817).
 - El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte II. La corrupción pública y privada asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 70817).
 - El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte III. Experiencias en la Amazonía y Colombia (Proyecto 70817).
 - Dinámicas de adaptación del narcotráfico marítimo y la ciudad puerto (Proyecto 71861).
- B) Respuestas desde el Derecho Público Comparado:
- Respuestas a la corrupción desde el derecho constitucional. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho electoral. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte I. Medidas transversales de prevención (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte II. Medidas particulares de prevención (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte III. Respuestas en materia de vigilancia, fiscalización y responsabilidad patrimonial y sancionatoria (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho administrativo. Parte IV. Cuestiones relativas al marco deontológico y al sistema disciplinario de los funcionarios del sector justicia y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (Proyecto 70817).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho financiero y tributario y la cooperación internacional no judicial. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).

- Respuestas a la corrupción desde la parte general del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Personas físicas (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde la parte general del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II: Personas jurídicas (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I: Cohecho, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones, prevaricato, enriquecimiento ilícito y administración desleal (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II: Financiación ilegal de partidos políticos y campañas electorales, delitos tributarios, lavado de activos, delitos de favorecimiento real y delitos de obstrucción a la justicia (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho procesal penal. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Modelos institucionales de prevención, incentivos y protección de alertadores, denunciantes y testigos y participación y protección de las víctimas (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho procesal penal. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II. Las actuaciones de investigación (Proyecto 71848).
- C) Respuestas desde el Análisis Comparado de Otras Áreas del Derecho
- Respuestas a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional desde el derecho privado, la cooperación internacional en materia civil, la regulación de mercados ilícitos y el arbitraje de tratados de inversión (Proyecto 70817).
- D) Respuestas desde el Derecho Internacional
- Respuestas a la corrupción transnacional desde la cooperación internacional en materia penal (Proyecto 70817).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho internacional de los derechos humanos: especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Las respuestas desde el sistema universal de derechos humanos (Proyecto 70817).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho internacional de los derechos humanos: especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Las respuestas desde los mecanismos regionales de protección de los derechos humanos (Proyecto 70817).

- Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal. parte I. Mecanismos de aplicación y cooperación internacional (Proyecto 70817).
 - Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal. Parte II. Cuestiones Sustantivas y Procesales (Proyecto 70817).
- E) Respuestas desde las Relaciones Internacionales y la Política Exterior
- Respuestas a la corrupción transnacional desde la política exterior de los Estados latinoamericanos (Proyecto 70817).
 - Respuestas a la corrupción transnacional a la luz de los ejes de acción de las organizaciones regionales y subregionales en América Latina y de la actuación de los Estados latinoamericanos en el marco de la CNUDOT y la CNUCC (Proyecto 70817).

Así mismo, además de publicar (o ser aceptados para publicación) los artículos de investigación esperados (cuatro en el Proyecto 71861, tres en el Proyecto 70817 y dos en el Proyecto 71848), los grupos de investigación de la Red han publicado (o han sido aceptados para publicación) otros artículos en materias muy relevantes para el estudio del fenómeno de la corrupción asociada al COT, tales como:

- A) Una mayor comprensión del fenómeno objeto de estudio:
- La distinción entre corrupción institucional y organizacional, y la creciente importancia de las redes complejas de corrupción (Proyecto 70817).
 - La naturaleza y funcionamiento de las organizaciones del COT como proceso evolutivo de conocimiento, con especial referencia a las perspectivas para su aplicación en el estudio del narcotráfico (Proyecto 71861).
 - La naturaleza y funcionamiento de las compañías militares y de seguridad privadas (Proyecto 71848).
- B) Una comprensión territorial de los problemas presentados por ciertas políticas públicas antidroga aplicadas en las últimas décadas:
- El impacto en los territorios de las políticas públicas antidroga basadas en la securitización, con particular atención al caso del Guaviare (Colombia) (Proyecto 71848).
- C) El análisis de ciertos mecanismos anticorrupción internacionales que operan en los ámbitos regional y nacional:
- Las bases teóricas y las técnicas de investigación de las investigaciones realizadas desde el derecho internacional con una perspectiva crítica (Proyecto 70817).

- Los mecanismos anticorrupción de naturaleza regional, como la Sección Especializada en Derecho Internacional Penal de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (Proyecto 70817).
- Los mecanismos internacionales anticorrupción que operan dentro de los sistemas nacionales para los cuales se establecen, con particular atención a las fortalezas y debilidades de las Comisiones y Misiones de Apoyo Internacionales, como mecanismo anticorrupción a la luz de las experiencias centroamericanas (Proyecto 70817).

5. Finalmente, en quinto lugar, los resultados generados por los grupos de investigación de la Red han permitido desarrollar unos Documentos Finales de Recomendaciones de cada uno de los tres Proyectos, y del Programa 70593, comprensivos, detallados e interdisciplinarios (apropiación social del conocimiento). En particular, el Documento Final de Recomendaciones del Programa, construido con base en los Documentos Finales de Recomendaciones de los Proyectos 70817, 71848 y 71861, recoge una estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en América Latina en general, y en Colombia en particular, la corrupción asociada al COT, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales. Esta estrategia se ha elaborado de acuerdo al siguiente índice temático:

- A) Identificación del problema: conclusiones y recomendaciones sobre el fenómeno de la corrupción transnacional desde las perspectivas criminológicas
 - Capítulo 1. Conclusiones sobre los distintos tipos de manifestaciones del fenómeno de la corrupción transnacional: actos individuales de corrupción, situaciones de macro-corrupción, captura del Estado y corrupción institucional y redes complejas de corrupción.
 - Capítulo 2. Conclusiones relativas a los estudios de casos de la Amazonía.
 - Capítulo 3. Recomendaciones frente a las manifestaciones del fenómeno de la corrupción transnacional que van más allá de actos individuales corruptos.
- B) Dinámicas de adaptación del narcotráfico marítimo y la ciudad puerto
 - Capítulo 4. Observaciones sobre las redes de narcotráfico en las ciudades puerto y las respuestas al fenómeno.
 - Capítulo 5. Recomendaciones de políticas públicas para enfrentar de manera más efectiva las redes de narcotráfico marítimo en las ciudades puerto.

- C) Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho constitucional y electoral
- Capítulo 6. Conclusiones y recomendaciones relativas al derecho constitucional.
- Capítulo 7. Conclusiones y recomendaciones relativas al derecho electoral.
- D) Recomendaciones en materia de derecho administrativo
- Capítulo 8. Recomendaciones relativas a las medidas transversales de prevención.
- Capítulo 9. Recomendaciones relativas a las medidas específicas de prevención.
- Capítulo 10. Recomendaciones relativas a las medidas sobre vigilancia, fiscalización y responsabilidad patrimonial y sancionatoria.
- E) Recomendaciones en materia de derecho disciplinario
- Capítulo 11. Recomendaciones sobre el marco deontológico y el sistema disciplinario de los funcionarios del sector justicia y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.
- F) Recomendaciones en materia de financiero y tributario
- Capítulo 12. Recomendaciones sobre derecho financiero y tributario y cooperación jurídica internacional no judicial
- G) Conclusiones y recomendaciones relativas a las nuevas tecnologías, las estrategias regulatorias de los mercados ilícitos y la tributación de los ingresos derivados de actividades al margen de la ley
- Capítulo 13. Conclusiones y recomendaciones sobre mecanismos anti-corrupción en materia de asuntos financieros: Fintech, Regtech, KYC, AML/CFT, Blockchain y acciones de transparencia.
- Capítulo 14. Conclusiones y recomendaciones sobre seguridad digital, intervenciones estatales en el mercado y medidas tributarias: especial atención a los problemas de corrupción, crimen organizado y evasión de impuestos en el comercio ilícito de oro y drogas.
- H) Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho privado, recuperación de activos ilícitos, cooperación jurídica internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia civil y arbitraje de tratados de inversión
- Capítulo 15. Conclusiones y recomendaciones sobre liderazgo ético y acciones colectivas para la transparencia en los negocios.
- Capítulo 16. Conclusiones y recomendaciones sobre recuperación de activos ilícitos, cooperación jurídica internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia civil.

Capítulo 17. Conclusiones y recomendaciones sobre el tratamiento de la corrupción en el arbitraje de tratados de inversión.

I) Recomendaciones en materia de derecho penal

Capítulo 18. Recomendaciones relativas al tratamiento de las personas naturales en la parte general del derecho penal.

Capítulo 19. Recomendaciones relativas al tratamiento de las personas jurídicas en la parte general del derecho penal.

Capítulo 20. Recomendaciones relativas al tratamiento de la corrupción pública y privada en la parte especial del derecho penal I.

Capítulo 21. Recomendaciones relativas al tratamiento de la corrupción pública y privada en la parte especial del derecho penal II.

J) Recomendaciones en materia de derecho procesal penal

Capítulo 22. Recomendaciones relativas a los modelos institucionales de prevención, los incentivos, y protección de alertadores, denunciantes y testigos y la participación y protección de las víctimas.

Capítulo 23. Recomendaciones relativas a las actuaciones de investigación.

K) Conclusiones y recomendaciones sobre la cooperación jurídica internacional en materia penal

Capítulo 24. Conclusiones y recomendaciones en materia de cooperación jurídica internacional en el ámbito penal.

L) Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho internacional penal

Capítulo 25. Conclusiones sobre el desconocimiento de la amplia extensión y el carácter organizado de la corrupción transnacional en su definición en los tratados internacionales anticorrupción

Capítulo 26. Conclusiones y recomendaciones relativas a los mecanismos de aplicación del derecho internacional penal y la cooperación internacional.

Capítulo 27. Conclusiones y recomendaciones sobre cuestiones sustantivas y procesales en materia de derecho internacional penal.

LL) Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho internacional de los derechos humanos

Capítulo 28. Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos.

Capítulo 29. Sistemas Regionales de Protección de los Derechos Humanos.

M) Conclusiones y recomendaciones en materia de política exterior de los Estados latinoamericanos y de ejes de acción de las organizaciones de ámbito regional en América Latina.

Capítulo 30. Conclusiones y recomendaciones sobre la política exterior de los Estados latinoamericanos.

Capítulo 31. Conclusiones y recomendaciones sobre los ejes de acción de las organizaciones regionales y subregionales en América Latina y la actuación de los estados latinoamericanos en el marco de las Convenciones de Palermo y Mérida.

2. EL GRUPO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL PENAL

La presente obra colectiva ha sido elaborada por el grupo de investigación de derecho internacional penal (el Grupo) de la Red, en ejecución del Proyecto 70817 sobre respuestas a la corrupción asociada al COT desde el derecho internacional.

El Grupo es coordinado por Héctor Olasolo (España/Colombia), quien dirige a su vez el Programa 70593 y el Proyecto 70817. Así mismo, desde el comienzo de sus trabajos a finales de agosto de 2020, el Grupo ha contado con la colaboración en la coordinación administrativa de los jóvenes investigadores y consultores colombianos de la Universidad del Rosario, Ana María Martínez Agudelo, Andrés Sánchez Sarmiento, Federico Freydell Mesa, Gabriela Velásquez Medina y Sofía Linares Botero.

El Grupo está además conformado por los siguientes investigadores que participan como autores en al menos una de las dos obras colectivas desarrolladas desde agosto de 2020:

1. Bachvarova, Tatiana (Bulgaria): Consultora Jurídica basada en La Haya (Países Bajos)
2. Bobbio, Magali (Argentina): Corte Penal Internacional (Países Bajos)
3. Brusau, Jeremias Brusau (Argentina): Fiscalía ante la Cámara Federal de Casación Penal (Argentina); Universidad de Buenos Aires (Argentina)
4. Caroli, Paolo (Italia): Fundación Humboldt (Alemania)

5. Collazos Velasco, María Dolores (Colombia): Corte Penal Internacional (Países Bajos)
6. Fries, Mirka (Alemania): Abogada (Alemania)
7. Fronza, Emanuela (Italia): Universidad de Bolonia (Italia)
8. Galain Palermo, Pablo (Uruguay): Universidad Andrés Bello (Chile)
9. Gasparian, Beatriz G. (Brasil): Tribunal Especial para el Líbano (Países Bajos)
10. Giannini, Alice (Italia): Universidad de Florencia (Italia)
11. Hernández Cortés, Clara Esperanza (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia)
12. Insolera, Pietro (Italia): Universidad de Bolonia (Italia)
13. Jiménez Cortés, Claudia Cristina (España): Universidad Autónoma de Barcelona (España)
14. López Velásquez, María Paula (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia)
15. Loyo Cabezudo, Joana (España): Universidad del País Vasco (España)
16. Manguel, Tomás (Argentina): Cámara Federal de Casación Penal (Argentina); Universidades de Buenos Aires y Palermo (Argentina)
17. Parisi, Piergiuseppe (Italia): Universidad de York (Reino Unido)
18. Pena González, Wendy (España): Universidad de Salamanca (España)
19. Pereira de Sousa, Antonia (Brasil): Corte Penal Internacional (Países Bajos)
20. Pérez Cepeda, Ana Isabel (España): Universidad de Salamanca (España)

21. Regué, Merixtell (España): Corte Penal Internacional (Países Bajos)
22. Reyes, Paola (Perú): Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)
23. Rodríguez, Yamila (Argentina): Universidad de Buenos Aires (Argentina)
24. Rodríguez Puerta, María José (España): Universidad Autónoma de Barcelona (España)
25. Rodríguez Rodríguez, Jorge (España): Universidad Complutense (España)
26. Varón Mejía, Antonio (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia)
27. Ventura, Manuel (Perú): Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (Países Bajos); Universidad de Western Sydney (Australia)
28. Villarraga Zschommler, Luisa Fernanda (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia)
29. Zavala Giles, Oswaldo (Ecuador): Corte Penal Internacional (Países Bajos)

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

Además, el día 10 de noviembre de 2022 celebró un seminario virtual abierto para dar a conocer los resultados de las investigaciones del Grupo y avanzar las primeras conclusiones. El Seminario (cuya grabación se puede seguir en el enlace que aparece supra: Seminario Internacional 13), fue coordinado académicamente por Héctor Olasolo, y administrativamente por Luisa Villarraga Zschommler, abordando las siguientes temáticas:

- Panel 1: Aproximaciones criminológicas y formas de autoría y participación.

- Panel 2: Derecho internacional procesal penal: protección de víctimas y testigos y acuerdos de reconocimiento de responsabilidad.
- Panel 3: Obstáculos a la persecución penal: prescripción e inmunidades.
- Panel 4: La propuesta de creación de un tribunal internacional penal contra la corrupción y las solicitudes de cooperación judicial internacional.
- Panel 5: Corte Penal Internacional y propuesta de establecimiento de una Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Organizado Transnacional.
- Panel 6: Tribunales híbridos y modelos de las comisiones internacionales de las Naciones Unidas y las misiones de observación de la Organización de Estados Americanos.

Además, las conclusiones preliminares, intermedias y finales del Grupo han sido expuestas por Héctor Olasolo en diversos seminarios internacionales, incluyendo: (a) el III (2021), IV (2022) y V (2023) Congresos de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario; y (b) la X Semana Iberoamericana de la Justicia Internacional, celebrada del 2 al 9 de junio de 2023 en La Haya (Países Bajos)¹, en concreto, en el VII Seminario de Pensamiento Ibero-Americano sobre la Justicia Internacional², celebrado el 8 de junio de 2023 en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas.

Por último, las conclusiones finales han sido también socializadas en la Embajada de Colombia en La Haya (Países Bajos), tanto con los integrantes de la Embajada, como con los representantes de las Embajadas de Perú y Uruguay ante los Países Bajos que par-

¹ Para mayor información sobre la X Semana Ibero-Americana de la Justicia internacional, *vid.*: <https://www.iberoamericaninstituteofth Hague.org/actividades/semana-iberoamericana-de-la-justicia-internacional-y-los-derechos-humanos>.

² Para mayor información sobre el VII Seminario de Pensamiento Ibero-Americano sobre la Justicia internacional, *vid.*: <https://www.iberoamericaninstituteofth Hague.org/actividades/seminario-de-pensamiento-iberoamericano>.

ticiparon en la reunión de trabajo que tuvo lugar el 6 de junio de 2023 en el marco de la X Semana Ibero-Americana de la Justicia Internacional.

En La Haya (Países Bajos), a 10 de junio de 2023.

Héctor Olasolo

*Profesor Titular de Carrera, Universidad del Rosario
(Colombia)*

*Presidente, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz,
los Derechos Humanos y la Justicia internacional*

*Investigador Principal, Programa 70593 del Ministerio de
Ciencia Tecnología e Innovación de Colombia (Minciencias)*

PARTE I
PRIMERA APROXIMACIÓN AL
FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN
TRANSNACIONAL

Capítulo 1

***El fenómeno de la corrupción
transnacional y las aproximaciones
criminológicas que reflejan
sus distintos aspectos****

HÉCTOR OLASOLO*

PABLO GALAIN PALERMO*

LUISA VILLARRAGA ZSCHOMMLER*

SOFÍA LINARES BOTERO*

* Los autores agradecen a Laura Daniela Guzmán, Daniela Velásquez, Dayana Petronila Cruz, Jimena Andrea Hurtado, María Juliana Bonilla, Sol Cristina Bustamante y Valentina Gómez por su excelente contribución durante la investigación y edición del presente trabajo.

* Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España); Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos); Profesor titular de carrera académica de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en DI, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR); Coordinador General de las Redes de Investigación *Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional*; Senior Lecturer en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Países Bajos); Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre *Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional*. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

* Investigador y Docente en la Universidad Andrés Bello, Facultad de Derecho, Santiago de Chile. Doctor Europeo en Derecho (Universidad de Salamanca, España). Investigador de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (Uruguay). Director del Observatorio Latinoamericano para

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción y la criminalidad organizada son fenómenos complejos de amplia extensión, que se caracterizan por una constatada dimensión transnacional, la cual se manifiesta cuando, o bien tienen lugar en más de un Estado, o bien a pesar de ocurrir en un solo Estado: (a) una parte sustancial de sus efectos, o de su preparación, planificación, dirección o control se producen en un tercer Estado; o (b) entrañan la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en varios Estados (Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, CNUDOT o Convención de Palermo, art. 3(2)). Esto genera una gran dificultad para definirlos y abordarlos holísticamente, razón por la cual la interdisciplinariedad propia de las aproximaciones criminológicas presenta una enorme utilidad para tener una perspectiva más completa de sus principales aspectos, y en particular de la corrupción transnacional.

la investigación en Política Criminal y en las reformas en el Derecho Penal (OLAP). Ex Becario Marie Curie, DAAD y MPI (Alemania). Correo electrónico: pablo.galain@unab.cl Orcid: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-8283-9939>.

* Profesional en Derecho con profundización en Derechos Humanos y mención en filosofía de la Universidad del Rosario (Colombia). Candidata a Magister en Derecho Internacional y Construcción de Paz de la Universidad de los Andes (Colombia). Joven Investigadora y Consultora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024). Sustanciadora en la Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia).

* Profesional en Derecho de la Universidad del Rosario y consultora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024). Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5805-2944>.

El hecho de que la corrupción transnacional sea fluida y se adapte a diversos sistemas y culturas provoca que sea difícil su delimitación, análisis y estudio. Aun así, es posible identificar en la misma las siguientes características: amplia extensión, carácter organizado, dimensión transnacional, seguridad financiera, seguridad frente a la aplicación del Derecho (impunidad) y favorecimiento de los medios de comunicación. Además, se observa que hay diferentes tipos de organizaciones involucradas en su desarrollo (destacando el papel jugado por las organizaciones de la delincuencia organizada transnacional en el marco de lo que Castells (1996; 1998) ha denominado “economía criminal global”), y que sus consecuencias son devastadoras —especialmente entre la población vulnerable— en lo que se refiere al disfrute de derechos fundamentales y la ruptura del tejido social, constituyendo una verdadera amenaza al desarrollo social sostenible y a la capacidad de acción institucional.

A la luz de lo anterior, el presente capítulo, tras una primera aproximación a modo de ejemplo a las situaciones en España y América Latina (sección 2), revisa las mencionadas características de la corrupción transnacional (sección 3), para después abordar los distintos tipos de organizaciones que contribuyen a este fenómeno (sección 4) y sus funestas consecuencias en los ámbitos económico, social, político, jurídico, ambiental y ético (sección 5).

Hecho esto, se exponen a continuación los elementos centrales de aquellas aproximaciones criminológicas que consideramos que ofrecen herramientas particularmente útiles para visibilizar las principales características de la corrupción transnacional (sección 6). Si bien es cierto que ninguna permite describir plenamente este fenómeno, no es menos cierto que todas y cada una de las aproximaciones abordadas (macrocriminalidad, crímenes de masa, criminología de los poderosos, criminología de los medios de comunicación, criminología verde, crímenes de la globalización, victimología, criminología del *mal desarrollo* y *crimilegalidad*) permiten visibilizar con especial claridad algunos de sus aspectos más relevantes.

2. PRIMERA APROXIMACIÓN AL FENÓMENO OBJETO DE ESTUDIO A TRAVÉS DE UN BREVE ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA Y AMÉRICA LATINA

2.1. *España*

Como afirma Fernández Steinko (2021: 29-30) tras analizar los procesos judiciales sobre generación de activos ilícitos tramitados en España en los últimos veinte años, la amplia extensión, naturaleza organizada y dimensión transnacional del fenómeno de la corrupción se refleja con claridad en el caso español. Según este autor, la corrupción vinculada a la malversación de bienes públicos genera en España un flujo de 24.000 millones de euros en impuestos ciudadanos que van a parar a manos privadas (el equivalente al 2,5% del PIB español). Así mismo, las prácticas corruptas constitutivas de delitos urbanísticos, o contra la ordenación del territorio, provocan una pérdida patrimonial mínima al Estado de 13.000 millones de euros al año (1,4% del PIB).

El dinero obtenido ilícitamente es posteriormente transformado mediante distintas operaciones nacionales e internacionales de blanqueo y puesto a disposición de quienes participan en los entramados que desarrollan estas prácticas. Al no generar un incremento del PIB en España, estas formas de corrupción constituyen una auténtica “redistribución predatoria de la riqueza pública hacia manos privadas”. Estas prácticas predatorias en las adjudicaciones públicas en beneficio de determinadas empresas y particulares (licitaciones de obras y servicios) y la utilización de dinero público para pagar bienes y servicios que no se prestan (o no se realizan como se había convenido) fueron concebidas durante la dictadura franquista aprovechando la falta de controles, y se han mantenido durante las más de cuatro décadas de democracia, lo que ha permitido consolidar verdaderas redes clientelares (Fernández Steinko, 2021: 103, 121, 145).

En este proceso de construcción de los entramados de corrupción en España, se han ido trazando delgadas líneas que separan las actividades legales de las ilegales, de tal manera, que para el ciudadano medio es difícil distinguir entre unas y otras. Por ello, en este contexto, la intervencióndel Derecho penal y del Derecho administrativo

está abocada a ser poco efectiva porque “las multas no tienen efectos disuasorios, la demolición de inmuebles ilegales prácticamente no se produce nunca, las ilegalidades apenas tienen consecuencias prácticas y los silencios administrativos, destinados a cansar a los denunciantes, son una respuesta frecuente a las denuncias” (Fernández Steinko (2021: 157).

A esto hay que añadir que, al margen de un periodismo de investigación que representa un pequeño porcentaje de las actividades de los medios de comunicación, estos últimos se colocan generalmente del lado del poder económico-financiero (inversiones) y político (autoridades), estigmatizando a los denunciantes en aras de un supuesto progreso, lo que limita significativamente los mecanismos para que las redes de corrupción salgan a la luz mediante su exposición pública (Rincón, 2019: 315-318)¹.

Solo así se puede explicar que los entramados de corrupción urbanística tengan una media de duración en España de casi década y media, permitiendo las más variadas operaciones de especulación. De hecho, ha sido necesario pasar por una situación tan excepcional como la causada por la crisis económica de 2008 para que hayan salido a la luz muchas de estas estructuras, debido al aumento de las denuncias realizadas por quienes, habiendo sido parte, o colaborado con las mismas, se han sentido perjudicados por “comisiones no pagadas, promesas incumplidas o favores no correspondidos” (Fernández Steinko, 2021: 158).

Berdugo (2016; 2017) coincide en gran medida con el diagnóstico de Fernández Steinko y subraya que el problema de la corrupción en España está íntimamente relacionado con las redes clientelares de cuello blanco enquistadas de manera sistemática en el poder político desde la dictadura franquista, que engrosan las cifras de la criminalidad oculta. Además, debido a que los sectores inmobiliario y de la construcción, donde se concentran la mayor parte de los entramados que fomentan las prácticas de corrupción en España, son dos de los

¹ La cara opuesta viene dada por las investigaciones independientes que pusieron al descubierto grandes entramados delictivos como los “*Paradise Papers*”, los “*Panamá Papers*” y los “*Pandora Papers*”.

sectores económicos más importantes en términos de aportación al crecimiento y a la generación de empleo en el país, “[e]sto explica que las conductas urbanísticas transgresoras sigan siendo menos criminalizadas que otras formas de corrupción, que los delitos urbanísticos prescriban más bien rápidamente y que las reticencias a demoler construcciones ilegales estén generalizadas” (Berdugo, 2016: 39).

Las reflexiones y los datos estadísticos aportados por Berdugo (2017: 25 et. seq.) y Fernández Steinko (2021: 987) muestran cómo, en el caso español, es evidente tanto la dimensión transnacional del fenómeno, como la interrelación entre las redes clientelares que desarrollan y fomentan prácticas de corrupción, y el mundo de la política, la economía y las finanzas, lo que favorece el encuentro entre: (a) autoridades y funcionarios públicos; (b) empresarios y profesionales que intervienen en mercados legales; y (c) miembros de la delincuencia organizada que de manera sistemática desarrollan actividades lícitas e ilícitas de forma paralela según una lógica racional de oportunidad empresarial.

2.2. *América Latina*

En su más reciente informe, la CIDH (2019: párrs. 512-513) afirma la existencia de diversas formas de corrupción que conviven en América Latina, incluyendo “desde casos aislados o esporádicos a prácticas generalizadas y cotidianas, de formas individuales a sistemas de corrupción, de desviaciones de poder a captura del Estado por bandas criminales”, que tienen consecuencias negativas en múltiples aspectos, incluyendo el deterioro del sistema democrático, el estado de derecho y los derechos humanos.

Según Transparencia Internacional (2009), estas formas de corrupción se pueden clasificar en dos grandes categorías: (a) la “corrupción menor”, que se produce en la relación directa entre el funcionario público y la ciudadanía (por ejemplo, los pagos para evitar sanciones o para acceder a la atención sanitaria o al sistema educativo) y (b) la “gran corrupción”, que se genera en las altas esferas del poder, involucra recursos importantes y tiene con frecuencia una dimensión transnacional.

Con respecto a la primera, Galain (2021a; 2021b) señala que las prácticas corruptas se incorporan como moneda de cambio en las relaciones entre privados y autoridades y funcionarios estatales, lo que hace que su abordaje sea mucho más complejo porque, salvo los casos de cohecho de mayor cuantía, la pequeña y cotidiana corrupción no es ni tan siquiera percibida como un delito por la población, lo que favorece la continuidad de las prácticas corruptas y la impunidad de quienes incurren en las mismas. De esta manera, se genera una cultura de tolerancia y normalización frente a la corrupción y la ilegalidad, donde el respeto a las leyes, las instituciones y la confianza depositada por la ciudadanía es desvalorizada socialmente; situación que se refuerza todavía más al percibirse la corrupción como un fenómeno social que no es posible controlar (García Villegas, 2009).

Con respecto a lo que Transparencia Internacional califica como “gran corrupción”, la doctrina ha desarrollado varios conceptos con el fin de describir con mayor precisión sus distintas variantes. Así, Hellman & Kaufmann (2001) han elaborado el concepto de “captura del Estado”, que refleja una forma de corrupción en la que los actores privados tienen el poder para influir en la toma de decisiones por las autoridades estatales (ya sea a nivel local, regional o nacional), y lo utilizan para que se adopten políticas públicas o decisiones administrativas con las que esperan generar beneficios para sí mismos o para terceros, creando así una situación de dependencia. Esto sucede, por ejemplo, cuando la financiación ilegal de los partidos y las campañas políticas causan una influencia desproporcionada en favor de los financiadores y en perjuicio del conjunto de la población.

Por su parte, Garay, *et al.* (2020) proponen la distinción entre:

1. Los casos de macrocorrupción, consistentes en formas sistémicas de corrupción que se dan con independencia de los individuos que las llevan a cabo, y que corresponden a formas criminales no necesariamente jerárquicas donde conviven actuaciones lícitas e ilícitas, realizadas por agentes estatales y no estatales, en un entramado complejo, sin claros límites territoriales; y
2. Los casos agravados de macrocorrupción. Según los autores, esta segunda categoría estaría compuesta por: (i) los supuestos de cooptación institucional, donde a través de actos lícitos e ilí-

bitos, se captura una institución del Estado y se pone al servicio de intereses de actores estatales y no estatales, desnaturalizando sus funciones ordinarias; y (ii) las situaciones de captura completa del aparato del Estado, donde, como sucedió en Perú durante el gobierno de Alberto Fujimori, las más altas esferas del gobierno, con influencia sobre todos los poderes públicos, ponen el aparato estatal al servicio de un entramado de corrupción a gran escala.

La CIDH (2018) se refiere a los casos agravados de macrocorrupción como “esquemas criminales de captura del Estado”, los cuales pueden darse en los ámbitos local, regional o nacional, y cuyas consecuencias son particularmente dañinas porque, además de menoscabar los pilares del Estado de Derecho e impedir que puedan cumplir con sus fines, permiten que el crimen organizado ponga el poder público a su servicio.

Entre los factores institucionales que favorecen las distintas formas de corrupción, y en particular los casos agravados de macrocorrupción, Sandoval (2016) pone el acento en un diseño y funcionamiento institucional que se dirige a proteger a las redes de poder que fomentan las dinámicas de corrupción que le son funcionales. Por su parte, la CIDH (2019: párr. 117) destaca los siguientes:

1. La debilidad institucional de la mayoría de los estados latinoamericanos, que disponen de una cobertura territorial insuficiente y adolecen de instituciones incapaces de cumplir plenamente con sus funciones.
2. El monopolio o concentración de recursos, poder y capacidad de influencia de actores privados en la toma de decisiones en sectores con alto impacto socioeconómico y político.
3. Los amplios márgenes de discrecionalidad de las autoridades y funcionarios públicos en estos sectores, y la falta de control sobre sus actos (poca transparencia y deficiente rendición de cuentas), lo que provoca que el proceso de toma de decisiones sea más vulnerable a indebidas influencias externas y prácticas corruptas estructurales.
4. El alto nivel de impunidad de agentes estatales y actores privados, lo que hace que el costo de la corrupción para unos y

otros sea ampliamente superado por los beneficios que esperan obtener.

A esto hay que añadir que, en numerosos países latinoamericanos, el narcotráfico ha permitido a las organizaciones de la delincuencia organizada, cuyo operar supera las fronteras estatales, desarrollar auténticas estructuras de poder paralelas que gozan de impunidad, debido al alto grado de corrupción de las autoridades y funcionarios estatales (en particular, en los organismos policiales y en la administración de justicia) y a la violencia ejercida contra los agentes que rechazan las prácticas corruptas, lo que amenaza con destruir su tejido social, político y económico (CIDH, párrs. 33, 167)².

3. LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL

A pesar de que se ha adoptado a nivel nacional e internacional un modelo de persecución penal de la corrupción (incluyendo sus manifestaciones transnacionales) basado en la criminalización de

² Este vínculo es evidente en el caso de Perú (Hurtado, 1995). Comparando el caso “*Lava Jato*” brasileño con el “Lava Narco” peruano, Soberón (2017). Fruto de este tipo de situación, la recién electa Presidenta de Honduras, Xiomara Castro (quien durante la campaña electoral prometió la “refundación” del país para acabar con los “narcos”, los “delitos”, el “crimen organizado” y la “corrupción”), ha tenido, para cumplir su promesa, que proponer a la ONU la creación de una “Comisión anticorrupción” para Honduras al estilo de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CIGIC). Esto refuerza la idea que los Estados débiles desde el punto de vista del funcionamiento democrático y del Estado de Derecho, tienen muchas dificultades para garantizar la seguridad de sus ciudadanos y la transparencia de sus instituciones encargadas del orden interno y la administración. En lo que respecta a la justicia, se trata de jurisdicciones que no pueden realizar investigaciones independientes (ni brindar seguridad a testigos y víctimas) para establecer una responsabilidad civil, administrativa o penal. Ante esta situación, es importante el papel que pueden cumplir las organizaciones internacionales y regionales en apoyo de los gobiernos nacionales, para el desarrollo de una lucha anticorrupción más efectiva.

ciertas conductas individuales, numerosas fuentes nos alertan de la insuficiencia de esta aproximación normativa para abordar este fenómeno. Así, en relación con América Latina, la CIDH (2019) afirma que conviven en esta región “desde casos aislados o esporádicos a prácticas generalizadas y cotidianas, de formas individuales a sistemas de corrupción, de desviaciones de poder a captura del Estado por bandas criminales”. Por su parte, con respecto a España, autores como Berdugo (2016) y Fernández Steinko (2021) señalan que la corrupción no es un fenómeno ocasional caracterizado por las conductas individuales de “unas pocas manzanas podridas” en aquellas instituciones y organizaciones en las que se manifiesta, sino que tiene un carácter organizado y se encuentra ampliamente extendido. Finalmente, el propio Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC, 2003), único instrumento internacional anticorrupción de alcance universal con 170 Estados Parte, subraya que los Estados parte están “[c]onvencidos de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella”.

La corrupción no es, por tanto, ni un problema individual (Joly, 2003), ni un problema exclusivo de los países en vías de desarrollo (Ghazi-Tehran & Pontell, 2020). Además, para autores como Madanipour & Thompson (2020) no es tampoco producto de la ausencia del Estado de Derecho porque las prácticas corruptas tienen lugar también en Estados con alta calidad democrática y fortaleza institucional³.

³ Esto no quiere decir que el déficit democrático no tenga un impacto en los índices de corrupción y de impunidad, afectando, entre otras cosas, a los controles republicanos entre los distintos poderes de Estado, al papel de la prensa y al funcionamiento de los organismos de control del gasto público (Galain, 2021a). En el mismo sentido, los partidarios de la teoría situacional preventiva y de las actividades rutinarias identifican una mayor oportunidad para la corrupción en las disfunciones sistémicas como la amplia discrecionalidad de los funcionarios, los bajos salarios y las deficiencias en los controles y las sanciones. De esta manera, según estos autores, la aplicación de las mejores prácticas permitiría disminuir progresivamente

En este sentido, los estudios realizados en las últimas dos décadas muestran como la extensa corrupción transnacional que se promueve de manera sistemática desde las altas esferas del poder político y económico mediante organizaciones que operan desde las administraciones y poderes del Estado y/o a través de entidades que actúan dentro de una aparente legalidad, no parece responder a los estereotipos construidos por la criminología norteamericana para explicar el crimen organizado⁴. Así mismo, afirman que su éxito depende del conocimiento profundo de los mecanismos financieros y jurídicos que pueden garantizar el futuro goce de los bienes y activos mal habidos. En particular, para que se produzca la “fuga de capitales” producto de la misma se necesita de “lugares seguros” (con independencia de que sean *off-shore* u *on-shore*), bancos y otras instituciones financieras y operadores jurídicos, que faciliten “el trasiego de los dineros” y “la salvaguarda de la identidad” de corruptos y corruptores (Shaxson, 2014).

Esto es esencial porque, como sucede en cualquier actividad delictiva el mayor efecto preventivo proviene del temor de quienes incurren en estas prácticas a ser investigados, condenados y privados de sus activos (Treisman, 2000). En consecuencia, en un contexto de corrupción organizada transnacional ampliamente extendida, la cual es fomentada desde las altas esferas del poder, ha de existir una “seguridad financiera” para los dineros mal habidos, y una “seguridad frente a la aplicación del Derecho” que garantice la no persecución, la persecución oblicua o la impunidad (Galain 2021b).

Con respecto a la seguridad financiera, Olasolo & Galain (2022) señalan que en la práctica esta se ofrece a través de los grandes entramados financieros de Nueva York Londres, Paris, Frankfurt, Tokio, Luxemburgo o San Pablo, con sucursales en las aproximadamente sesenta jurisdicciones confidenciales aun existentes (incluyendo Sui-

las oportunidades de tiempo y espacio para el desarrollo de las dinámicas de corrupción (Graycar & Sidebottom, 2012).

⁴ Pionero en el tema, Thrasher (1960). Para una explicación de la teoría de la empresa, las decisiones racionales, las actividades rutinarias y el crimen situacional, Finckenaue, (2010). Aún vigente y más cercana a la realidad, Sutherland (1983).

za, Liechtenstein o el Caribe, entre otras). Ello permite que la corrupción transnacional sea operativa y que los dineros ilícitos puedan ser repartidos entre los partícipes o socios de los grandes contratos públicos de la construcción, el petróleo, las armas, la aeronáutica, la extracción de minerales, la energía renovable o las telecomunicaciones, por poner solo algunos ejemplos que se repiten también en España y América Latina (Hernández Viguera, 2009).

De esta manera, en lugar de una pluralidad de Estados independientes que ejercen sus derechos soberanos a establecer sus leyes y regímenes fiscales tal como lo crean apropiado, nos encontraríamos más bien ante “un conjunto de redes de influencia controladas por las principales potencias mundiales”. Así, existiría una gran zona británica controlada desde Londres (Jersey, Guernesey, Isla de Man, Islas Caimán, Bermudas, Bahamas, Gibraltar, etc.), una zona europea (Suiza, Luxemburgo, Mónaco, Liechtenstein, Andorra, Madeira, etc.), una zona de influencia de EE.UU (Florida, Delaware, Nevada, Islas Marshall, Islas Vírgenes, Panamá, etc.) y una cuarta categoría que se “compone de rarezas inclasificables, como Somalia y Uruguay, que no han tenido demasiado éxito” (Shaxson, 2014: 41, 53-54). Es a través de este sistema, relacionado con el nuevo orden económico mundial que mantiene vigente la posibilidad de plazas *off-shore* que reciben y guardan el dinero originado en el extranjero sin discernir si se trata de un origen lícito o ilícito, mediante el cual se garantiza en última instancia la seguridad financiera.

Con respecto a la seguridad frente a la aplicación del derecho, conviene subrayar que necesita de otros actores que operan institucionalmente para que a través de la misma se garantice la impunidad o el goce futuro de los dividendos de la corrupción transnacional (Fernández Steinko, 2013). En consecuencia, depende en primer lugar de la complejidad de un sistema financiero instrumentalizado para borrar “las pistas del dinero” con el fin de imposibilitar la trazabilidad de los activos. Así mismo, necesita, en segundo lugar, de otros actores que operan en distintos niveles institucionales para garantizar la impunidad de quienes previamente han borrado las huellas de la ilegalidad del dinero. Además, en tercer lugar, se requiere la “asistencia profesional” de firmas contables y despachos de abogados para blindar la identidad de corruptos y corruptores (Fernández Steinko, 2008).

De lo anterior se deduce que en las situaciones de corrupción transnacional convergen distintos intereses que, actuando desde una aparente legalidad (ya sea desde dentro o fuera del Estado), incurren en actividades ilegales (con distintas “cajas” para operar y recibir dividendos, y con múltiples transacciones internacionales que dificultan o impiden la reconstrucción y trazabilidad de las operaciones), donde autoridades y funcionarios públicos, integrantes de partidos políticos, banqueros y empresarios actúan conjuntamente con numerosos facilitadores de sus negociaciones y transacciones corruptas, incluyendo lobistas, comisionistas y profesionales de la contabilidad, las finanzas y el derecho (Joly, 2003: 160). Todos ellos incurren sistemáticamente en prácticas de corrupción para la obtención de un lucro económico o de una ventaja indebida, ilegítima o injustificada, ya sea de manera directa o indirecta (a través por ejemplo del incremento del poder o de la capacidad de influencia (Berdugo & Liberatore, 2012: 9; Thompson, 1995).

A esto hay que añadir, como señala Ruggiero (2008), la connivencia de unos medios de comunicación devenidos en actores políticos y/o empresariales (Rincón 2019), que defienden en gran medida al sistema económico como una “cuestión de Estado” (Lauría, 2019). Esto hace que el periodismo de investigación, que ha revelado los “*Paradise Papers*”⁵, los “*Panamá Papers*”⁶ y los “*Pandora Papers*”⁷, tenga

⁵ Con respecto a los “*Paradise Papers*”, *vid.*: <https://www.icij.org/investigations/paradise-papers/>.

⁶ Este escándalo político-financiero pudo ser conocido debido a una coyuntura geopolítica muy particular en la que, por algún motivo que no conocemos en profundidad, distintos fondos escondidos en diversos centros financieros quedaron repentinamente “al descubierto”, afectando en particular, a la zona de influencia de los EE.UU en América Latina. *Vid.*: Fitzgibbon & Hudson, 2021.

⁷ El reciente escándalo de los “*Pandora Papers*”, que incursionan en la zona de influencia británica, presentan una nueva situación de incertidumbre para quienes brindan la seguridad financiera funcional para el mantenimiento de las redes de corrupción. Posiblemente estos vientos huracanados que vienen “destapando” los refugios mejor guardados de los dineros ilícitos (o simplemente evadidos) sigan soplando en distintas direcciones, llegando incluso a tocar las costas de la propia Unión Europea. *Vid.*: <https://www.icij.org/investigations/pandora-papers/>.

en la actualidad un alcance muy limitado, a pesar de: (a) la magnitud de los escándalos político-financieros provocados por los documentos expuestos; y (b) el debilitamiento que este tipo de periodismo genera en las seguridades necesarias para el éxito de una corrupción ampliamente extendida, organizada y transnacional, al poner al descubierto los complejos entramados financieros y jurídicos que son funcionales y necesarios para el blindaje de las prácticas corruptas.

Finalmente, en cuanto a las devastadoras consecuencias provocadas por la corrupción transnacional en los ámbitos económico, social, político, jurídico, ambiental y ético (Olasolo, 2021a), destaca el especial impacto negativo en el nivel de satisfacción de los derechos fundamentales de aquellos sectores de la población que disponen de menos recursos. En este sentido, Christy Mbonu (2004), relatora especial sobre la corrupción y sus repercusiones en el pleno disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales, ha señalado que “[t]anto en los países desarrollados como en los países en desarrollo las consecuencias de la corrupción en el sector privado son devastadoras. El grupo más perjudicado es el más vulnerable, o sea, los pobres, que lo son cada vez más”. Del mismo modo, la CIDH (2019: párr. 513) ha subrayado que “la corrupción afecta a las personas en situación de pobreza y pobreza extrema, debido a que, por su condición de vulnerabilidad, sufren de manera agravada las consecuencias del fenómeno”.

4. LOS TIPOS DE ORGANIZACIONES INVOLUCRADOS EN LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL: PARTICULAR ATENCIÓN AL PAPEL DE LAS ORGANIZACIONES DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

4.1. Primera aproximación

Con base en lo anterior, se puede afirmar que la corrupción, como fenómeno organizado ampliamente extendido y con una indudable dimensión transnacional, invierte el sistema de valores, reduce

de manera muy significativa la eficacia del derecho, y deja oculta la convergencia entre distintos intereses que operan como uniones de hecho entre emprendimientos legales e ilegales (en los que participan, entre otros, autoridades y funcionarios públicos, integrantes de partidos políticos, banqueros, empresarios, expertos en finanzas, contabilidad y derecho, y miembros de grupos al margen de la ley) (Olasolo & Galain, 2022).

De esta manera, a efectos expositivos, se pueden distinguir tres tipos de organizaciones involucradas en las prácticas de corrupción sistemática, que llegan con relativa frecuencia a capturar (cooptar) los niveles local, regional e incluso nacional de la administración estatal:

1. Las que operan desde las distintas administraciones y poderes del Estado, como los casos de Alberto Fujimori en Perú, Javier Duarte de Ochoa (ex gobernador de Veracruz) en México y el denominado Cartel de la Toga en Colombia, entre otros muchos.
2. Las que, como de manera emblemática ha mostrado el caso Odebrecht, operan desde fuera del Estado, pero dentro de una aparente legalidad en los ámbitos económico (empresas con departamentos de operaciones especiales/sobornos), financiero (banca de inversión como facilitador de delitos de lavado de activos), político (partidos políticos con tesorerías que gestionan una doble financiación lícita e ilícita), social (sindicatos y organizaciones no gubernamentales que recurren también a una doble financiación lícita e ilícita) y técnico (despachos contables y firmas de abogados que facilitan o encubren las prácticas corruptas).
3. Las que operan principalmente al margen de la ley, ya se trate de delincuencia organizada stricto sensu o de grupos armados organizados que participan en conflictos armados (Olasolo & Galain, 2022).

Según González (2018) y Fernández Steinko (2021), mientras el primer tipo de organizaciones se caracteriza, entre otras cosas, por incurrir en delitos contra el patrimonio del Estado o la Hacienda Pública, las del segundo tipo centran su actividad en los delitos urbanísticos, fiscales, políticos, sobornos, malversación de bienes pri-

vados, administración desleal y otros delitos económicos. En cuanto a las del tercer tipo, estas se especializan en el tráfico de bienes y servicios prohibidos (armas, estupefacientes, pornografía infantil, apuestas ilícitas, especies protegidas y seres humanos, entre otros) y en la búsqueda de mecanismos comerciales y servicios profesionales para que los fondos obtenidos ilícitamente puedan ser “ingresados” (blanqueados) en el sistema económico-financiero lícito (Olasolo & Galain, 2022).

Además, como Leroy (1990), Obokata & Payne (2017), Olasolo & Galain (2022), Paoli & Vander Beken (2014), y Ritch (2002), entre otros, afirman, estos tres tipos de organizaciones se caracterizan por su fluidez, interacción y dimensión transnacional, con independencia de que operen principalmente desde una aparente legalidad (ya sea al interior del Estado o desde fuera del mismo en los ámbitos económico, financiero, político, social y técnico) o al margen de la ley, lo que hace que se torne difícil el trazado de la frontera entre lo legal y lo ilegal.

4.2. La relevancia de las organizaciones de la delincuencia organizada transnacional que operan principalmente al margen de la ley

4.2.1. Las características de este tipo de organizaciones

Las organizaciones de la delincuencia organizada transnacional que operan principalmente al margen de la ley desempeñan también una función muy relevante en el desarrollo y promoción de la corrupción transnacional. En este sentido, los trabajos realizados desde mediados de 1990 han puesto de manifiesto que este tipo de organizaciones, como los cárteles mexicanos del narcotráfico, las bandas criminales colombianas (‘Bacrim’), la *Cosa Nostra* italo-norteamericana, la mafia rusa, las tríadas chinas o los *yakuza* japoneses, conforman auténticas estructuras empresariales clandestinas, que operan de modo racional para obtener beneficios en mercados prohibidos (Zaffaroni, 2012; Ritch, 2002) y participan activamente en el mercado financiero global debido a su estructura, membresía y capacida-

des logísticas, tecnológicas y operativas (Kleemans, 2014; Olasolo & Galain, 2018)⁸.

Existen varios modelos teóricos que tratan de explicar la delincuencia organizada transnacional⁹. Sin embargo, al margen de cuál de ellos se pueda considerar más adecuado, lo cierto es que para desplegar sus actividades a lo largo del tiempo en la actual economía criminal global (Castells, 1996; 1998), las organizaciones de la delincuencia organizada transnacional han desarrollado cuatro características principales. En primer lugar, conforman auténticas estructuras empresariales clandestinas, con una pluralidad de miembros que cooperan permanentemente de modo racional según el principio de división de funciones para: (a) cumplir con sus objetivos empresariales (maximización de los beneficios en mercados prohibidos); y (b) presentarse, en la medida de lo posible, como empresas económicas lícitas (Williams, 1996; Ritch, 2002; Paoli & Vander Beken, 2014; Obokata & Payne, 2017). Se trata, por tanto, de organizaciones profesionales que tienen como medio de vida las transacciones prohibidas y conocen profundamente el área en el que operan (Hagan, 1983; Zaffaroni, 2012).

En segundo lugar, aunque durante mucho tiempo se consideró que las organizaciones de la delincuencia organizada transnacional

⁸ Se estima que mediante procesos de lavado de dinero reintroducen cada año en los flujos económicos legales entre 2.17 y 3.61 trillones de dólares, lo que equivale a entre el 3% y el 5% del producto interior bruto a nivel global (Obokata & Payne, 2017).

⁹ Para Kleemans (2014) y Olasolo & Galain (2018), los modelos más relevantes son los siguientes: (i) la teoría de la “conspiración externa o extrajera”, que ve la criminalidad organizada como propia de grupos inmigrantes ajenos a la sociedad en la que actúan; (ii) la teoría del “modelo burocrático”, basado en estructuras piramidales con estrictas jerarquías, división de tareas, códigos de conducta y sistemas de sanciones internas y externas; (iii) el “modelo de empresa ilegal”, que considera a las organizaciones de la delincuencia organizada transnacional como auténticas estructuras empresariales que actúan en mercados prohibidos; y (iv) la “teoría de la protección”, basada en el control territorial y de determinados sectores del mercado ejercido por algunas de estas organizaciones, que se comportan como si fueran auténticos “gobiernos alternativos”, aprovechando las debilidades de ciertos Estados.

conformaban estructuras jerárquicamente organizadas (Williams: 1996; Ritch, 2002), los estudios más recientes nos indican que se organizan a través de redes, de manera que sus miembros puedan confiar en un tejido de puntos de contacto en diferentes Estados con los que desarrollar sus actividades “de forma segura” (Palma, 2013). Estas redes permanecen en el tiempo (Domine, 2007), son descentralizadas, flexibles, y se adaptan y fluctúan constantemente conforme a las condiciones del contexto, construyendo conexiones con otros grupos y formando cadenas de tráfico ilícito global (Castells, 1996). Además, operan frecuentemente a través de nodos conformados por personas que se conocen por lazos familiares o experiencias comunes, provocando que la comunicación dentro de estos grupos sea informal (Benson & Decker, 2010)¹⁰.

Los estudios de Keeny (2007) sobre las redes de narcotráfico en Colombia confirman esta característica, al identificar que estas re-

¹⁰ Dada la naturaleza descentralizada, flexible y adaptativa de las organizaciones de la delincuencia organizada transnacional, en los últimos años se han estudiado las mismas, así como otras organizaciones armadas estructuradas en redes, con base en los marcos teóricos que estudian las organizaciones como sistemas sociales y como sistemas complejos adaptativos (Berkowitz, 2003; Bunker, 2014; Sullivan & Bunker, 2015; Palma, 2019). Esto está permitiendo explicar, desde una perspectiva evolutiva, el comportamiento flexible y adaptable de estas organizaciones, comprendiendo las lógicas de comportamiento de sus actores y las tareas que desempeñan, así como los continuos procesos de cambio a los que están sujetos conforme a las necesidades impuestas por las condiciones del contexto en el que actúan (Noguera, 2016). Desde esta perspectiva, la organización es un espacio donde el conocimiento y la estructura de relaciones, el aprendizaje y el comportamiento individual configuran actividades que se convierten en mecanismos que se adaptan a un entorno, al mismo tiempo que este último modifica a la organización generando condiciones de interacción y cambio permanente (Hoelzl, 2006). Como consecuencia, el concepto de economía criminal global, propuesto inicialmente por Castells en 1996, ha sido desarrollado para mostrar como las organizaciones de la delincuencia organizada transnacional son auténticas corporaciones transnacionales, que construyen vacíos con otros grupos y conforman auténticas estructuras en red de diversos actores, que ofrecen un amplio portafolio de servicios, y tienen como principios de actuación la descentralización, la flexibilidad, la adaptabilidad y la evolución según el contexto.

des se componen de grupos e individuos interconectados que hacen parte de extensas cadenas transnacionales, que conforman un sistema organizacional que evoluciona, se adapta y fluctúa de acuerdo con las condiciones del ambiente, de manera que sus actores pueden cambiar, desaparecer, dividirse, atomizarse, crecer o reducirse, con tal de que con ello se preserve la economía ilegal del narcotráfico. Nos encontramos, por tanto, ante lo que ha sido calificado por Gilman, *et al.*, (2011) como la “globalización desviada”.

En tercer lugar, las organizaciones de la delincuencia organizada transnacional desarrollan su acción mediante el recurso a la amenaza y al ejercicio de la violencia (incurriendo con frecuencia en delitos graves) frente a quienes suponen un obstáculo en el desarrollo de sus operaciones, por lo que estructuras paramilitares hacen habitualmente parte de las mismas (Paoli & Vander Beken, 2014; Obokata & Payne, 2017). Así, Rojas (2011) ha afirmado en relación con las Bandas criminales (Bacrim) colombianas, que, si bien no buscan el poder político, su objetivo principal es obtener el poder económico y el control social en las áreas en las que operan, para lo que según Prieto (2013) pueden llegar a incurrir en un número significativo de masacres, homicidios, desplazamientos forzados, extorsiones y hechos de reclutamiento forzado de menores, entre otros hechos delictivos, con el fin de evitar cualquier interferencia con sus transacciones económicas (Rodríguez, 2010).

Finalmente, para poder desplegar sus actividades a lo largo del tiempo, estas organizaciones requieren disponer de una conexión estructural con los poderes públicos (administrativo, legislativo y judicial) y privados (en particular, pero no exclusivamente, el sector económico-financiero) de los ámbitos material y territorial (local, regional, nacional y supranacional) en los que operan, lo que hace que la corrupción juegue un papel central en sus actividades (Hagan, 1983; Zaffaroni, 2012; Aronowitz, 2003; Obokata, 2006; Domine, 2007; Kleemans, 2014)¹¹. Esta estrecha conexión entre las organiza-

¹¹ Autores como Fijnaut (2021) cuestionan, sin embargo, esta afirmación en lo que respecta a las organizaciones de tipo “mafioso” que actúan en algunos países de Europa occidental y del norte (en particular: Alemania). Así, en opinión de este autor, si bien este tipo de organizaciones se involu-

ciones de la delincuencia organizada transnacional y el sector económico-financiero y el sistema socio-político encargado de diseñar la legislación anticorrupción y promover su aplicación (que ha sido particularmente estudiado en los últimos años en relación con los cárteles del narcotráfico mexicanos, dada su preponderancia en la exportación de estupefacientes hacia el mayor consumidor mundial de sustancias prohibidas, EE.UU.) (Paternostro, 1995; O'Neil, 2009; Medel & Thoumi, 2014; Astorga, 2015; Ríos, 2015; Rexton, 2016; Olasolo & Galain, 2018)¹² constituye un elemento central de su funcionamiento (Obokata, 2006; Aronowitz, 2003; Zaffaroni, 1999; Hagan, 1983). Además, les permite llevar a cabo sus transacciones ilícitas aprovechándose de su interacción social con las autoridades en los territorios y jurisdicciones en los que desarrollan sus actividades (sin que por tanto necesiten tratar constantemente de recurrir a “vacíos legales” para realizarlas) (Kleemans, 2014)¹³. En consecuencia, a mayor capacidad de acción de la delincuencia organizada transnacional, mayor fortalecimiento y extensión de las prácticas corruptas y de las redes que las promueven.

cran en tráfico internacionales (i.e., drogas, armas, automóviles, órganos, personas), hurtos de productos suntuosos y lavado de dinero, no siempre recurren a la comisión de delitos de corrupción.

¹² Los estudios realizados muestran que los cárteles mexicanos actúan junto a funcionarios públicos corruptos o dentro de un marco de aquiescencia, complacencia, no intervención o incorrecta intervención del Estado. En consecuencia, agencias y agentes estatales coparticipan activa o pasivamente de las actividades criminales. Además, una vez establecidos los pactos corruptos, la violencia se aplica no solo entre competidores por el mercado ilegal, sino también contra los funcionarios públicos no corruptos.

¹³ Debido a su estrecha relación con el sistema político-jurídico encargado de diseñar la legislación y promover su aplicación, los cárteles mexicanos, al igual que otras organizaciones de la delincuencia organizada transnacional como las Bacrim colombianas (Crisis Group, 2012; Prieto, 2013) o los Yazuka japoneses (Seymour, 1996; Gragert, 1997; Kaplan & Dubro, 2003; Reynolds, 2006; Smith, 2008-2009), por poner solo algunos ejemplos, no llevan a cabo sus transacciones ilícitas aprovechándose de “vacíos legales”, sino a través de su interacción social con las autoridades en los territorios y jurisdicciones en los que realizan sus actividades (Kleemans, 2014).

4.2.2. Globalización, economía criminal global y corrupción transnacional

De lo visto en el epígrafe anterior, se puede afirmar que el reforzamiento de la corrupción transnacional es directamente proporcional a la mayor capacidad de acción de la delincuencia organizada transnacional, que se ha incrementado como nunca durante las tres décadas de globalización neoliberal que han seguido a la caída del Muro de Berlín en 1989 (Rose-Ackermann & Palifka, 2016), debido principalmente a las siguientes circunstancias: (a) la desregulación de los mercados financieros (Sánchez García de Paz & Blanco Cordero, 2000; Blovich, 2004; Castresana, 2004); (b) las innovaciones tecnológicas en las comunicaciones y las transacciones financieras (Glynn, *et al.*, 1997); y (c) la instrumentalización de las poblaciones residentes que buscan escapar de la marginalidad en las áreas desconectadas (o con conexión subordinada) para desarrollar una “economía criminal global” dirigida a proveer bienes y servicios prohibidos a quienes conforman la ciudadanía global en las áreas conectadas (Castells, 1996; 1998; Mantilla, 2009; Olasolo, 2018; Olasolo & Mané, 2021).

En primer lugar, la desregulación financiera ha generado un sistema financiero global por encima de las leyes nacionales y al margen del control de los Estados, que se caracteriza, entre otras cosas, por una reducción en el nivel de control sobre el origen, el destino y la naturaleza de los flujos financieros transnacionales. Con ello, si bien se ha conseguido promover un extraordinario crecimiento del mercado financiero global, se han eliminado al mismo tiempo varias de las principales herramientas que permitían distinguir entre transacciones provenientes de actividades económicas lícitas e ilícitas, lo que en última instancia ha facilitado la expansión de la economía criminal (Leroy, 1990; Blanco & Sánchez, 2000; Blovich, 2004; Castresana, 2004).

En segundo lugar, la utilización de los últimos avances tecnológicos en este contexto de desregulación financiera ha permitido a las organizaciones de la delincuencia organizada transnacional multiplicar sus posibilidades de actuación y diseñar auténticas estrategias globales de acción (Glynn, *et al.*, 1997). Como resultado, en una época donde cincuenta de las primeras cien economías del mundo

corresponden a corporaciones transnacionales, las estructuras clandestinas empresariales de la delincuencia organizada transnacional tienen anualmente beneficios que superen al producto interior bruto de una buena parte de los casi doscientos Estados parte de las Naciones Unidas (Aronowitz, 2003; Obokata, 2006). Solo de esta manera se pueden explicar las ingentes cantidades de dinero que estas organizaciones reintroducen cada año en la economía legal a través del blanqueo de capitales (Obokata & Payne, 2017), lo que es considerado por algunos autores como una auténtica degeneración de la actividad económica (Domine, 2007).

En tercer lugar, el sistema de desarrollo glocal (global-local), que ha caracterizado al modelo de globalización neoliberal en las tres últimas décadas, gira entorno a la existencia de una serie de redes de capital, trabajo, información y mercados (auténtico motor de la construcción económica, socio-política y cultural de la actual sociedad global) que operan con una doble dinámica: (a) por una parte, a través de la tecnología, conectan las funciones, las personas y las localidades desde las que se gestiona el capital financiero acumulado y donde se concentran los grandes proyectos de desarrollo urbanístico; y (b) por otra parte, desconecta de sus redes a aquellas poblaciones y territorios desprovistos de valor e interés para su forma de funcionamiento (Mantilla, 2009).

Fruto de lo anterior, en las áreas conectadas del sistema reside la llamada ciudadanía global, que determina las decisiones adoptadas en el ámbito de las corporaciones transnacionales, las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales transnacionales y los Estados. Estas áreas acogen también a los principales conglomerados nacionales e internacionales de la comunicación, así como a la vanguardia intelectual, cultural y científica del momento. Como consecuencia, salvo por crisis humanitarias, accidentes naturales, eventos deportivos o particularismos que sirven de entretenimiento, la información que ofrecen los medios se centra en lo que sucede en las áreas conectadas y en lo que dicen y hacen quienes las conforman (Olasolo, 2017a; 2018a).

El resto de las zonas rurales y urbanas del planeta se han convertido en áreas desconectadas, o en el mejor de los casos han podido conservar una conexión subordinada. Además, como reflejan las zo-

nas de frontera entre Colombia y Venezuela, Afganistán y Pakistán, Irak y Siria o Argelia y Mali, por poner solo algunos ejemplos, esto ha perjudicado en particular a las regiones fronterizas de muchos Estados, que, lejos de desarrollar su potencial para el intercambio comercial, económico y humano, se encuentran en la difícil posición de haberse quedado fuera de las redes del sistema global (Ramírez Saíz, 2006).

En estos contextos, es más evidente la dinámica glocal, en cuanto que las motivaciones, las estrategias y los recursos de los actores globales confluyen con el padecimiento, en áreas locales bien definidas, de sus consecuencias sociales, políticas y económicas, lo que incluye, con frecuencia, la exposición a situaciones de violencia sistemática (Mantilla, 2009). Así, en relación con el conflicto armado en Colombia, Aristizábal (2007) afirma que se alimenta por todos los costados de dineros y armas que vienen de afuera, como también son en su mayoría de afuera las ideologías que lo avivan y las tecnologías y políticas utilizadas para su desarrollo. Por ello, la explicación de sus causas y etapas hay que buscarla, en gran medida, fuera de sus fronteras, al obedecer a intereses transnacionales que tienen que ver con el orden mundial posterior a la guerra fría y el modo de articulación de Colombia con la economía global.

Ante esta situación, el intento de las poblaciones residentes en las áreas desconectadas, o con conexión subordinada, por escapar de la marginalidad, ha permitido desarrollar a la delincuencia organizada transnacional, con base en dichas poblaciones, una economía criminal global dirigida a proveer bienes y servicios prohibidos a quienes conforman la ciudadanía global en las áreas conectadas (Castells, 1998).

5. LAS CONSECUENCIAS DE LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL

El secretario general de las Naciones Unidas (2002) ha calificado la corrupción en general, y la corrupción transnacional en particular, como una auténtica plaga que rompe con el tejido social y tiene efectos corrosivos en la sociedad, constituyendo una verdadera amenaza

al desarrollo social sostenible y a la capacidad de acción institucional. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2017: párrs. 20-21) afirma en su Observación 24 que:

La corrupción constituye uno de los principales obstáculos a la promoción y protección efectivas de los derechos humanos, en particular en lo que respecta a las actividades de las empresas. También socava la capacidad de un Estado para movilizar recursos destinados a la prestación de servicios esenciales para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales. Provoca discriminación en el acceso a los servicios públicos en favor de quienes pueden influir en las autoridades, por ejemplo mediante sobornos o recurriendo a la presión política [...] El papel y el efecto cada vez mayores de los agentes privados en sectores tradicionalmente públicos, como la salud o la educación, plantean nuevos desafíos a los Estados parte en lo que respecta al cumplimiento de sus obligaciones en virtud del Pacto. La privatización no está, en sí misma, prohibida por el Pacto, ni siquiera en esferas como el suministro de agua o de electricidad, la educación o la atención de salud en que la función del sector público ha sido tradicionalmente prominente. No obstante, los proveedores privados deberían ser objeto de normativas estrictas que les impongan las denominadas “obligaciones de los servicios públicos”: en el caso del suministro de agua o de electricidad, estas pueden incluir requisitos relacionados con la universalidad de la cobertura y la continuidad de los servicios, las políticas de fijación de precios, el nivel de calidad y la participación de los usuarios. De manera análoga, los proveedores de atención de salud privados deberían tener prohibido denegar el acceso a servicios de salud [por] la objeción de conciencia para negarse a prestar determinados servicios de salud sexual y reproductiva, como el aborto, [y] deberían derivar a las mujeres o niñas que demandan esos servicios a otro profesional, dentro de un radio geográfico razonable, que esté dispuesto a prestar esos servicios.

Con base en lo anterior, Benito (2021), Ballesteros (2021), Hernández-Basualto (2021), López-González (2021), Morales (2021), Olasolo (2021a), Olasolo & Mané (2021), Ramírez-Montes & Peñafort (2021) y Tamayo & Ariza (2021) afirman que el impacto negativo de la corrupción transnacional en la sociedad tiene múltiples dimensiones, entre las que destacan las siguientes:

1. Dimensión económica: menor crecimiento económico al disminuir la competitividad y la seguridad jurídico-económica, y distorsionar así los mercados, lo que a su vez genera un alejamiento de las inversiones y causa mayores desequilibrios en la

distribución de la riqueza, como consecuencia del incremento en el gasto ineficiente de los recursos y la consiguiente disminución de la calidad de los servicios públicos.

2. Dimensión social: pérdida de confianza en las instituciones por la falta de resultados de las políticas para reducir la corrupción. Esto a su vez debilita los valores fundamentales de la sociedad, limita el impacto de las políticas sociales e incrementa la inequidad, porque el impacto negativo en lo que se refiere al nivel de satisfacción de los derechos fundamentales es muy significativo en aquellos sectores de la población que disponen de menos recursos.
3. Dimensión política: sustitución de los intereses de los ciudadanos por los intereses particulares de quienes están, en principio, llamados a representarlos y de otros sujetos ajenos a la relación de confianza entre gobernante y ciudadano, lo que conlleva la politización de las instituciones, la captura del Estado por intereses privados, la alienación política de los ciudadanos y su indiferencia e incredulidad frente a las instituciones políticas y sus dirigentes.
4. Dimensión jurídica: uso de la función pública para el beneficio propio o de terceros, así como la utilización de la justicia para fomentar la impunidad, erosionando con ello su finalidad de protección de las libertades y derechos civiles de los ciudadanos.
5. Dimensión ambiental: deterioro del medio ambiente al impedir la aprobación y aplicación eficaz de una legislación que fomente su protección y el uso sostenible de los recursos, favoreciendo de este modo a las compañías mineras, las plantas eléctricas y las refinerías.
6. Dimensión ética: confusión en la población a la hora de identificar una práctica como corrupta y de reconocer sus consecuencias negativas, lo que limita los sentimientos de arrepentimiento o aversión, máxime si no hay víctimas visibles porque los daños causados no afectan a individuos concretos, sino a la sociedad en su conjunto.

Por su parte, la CtIDH ha hecho particular énfasis en los casos Ximenes Lopes (2006) y Masacre de Ituango (2006) en que el fenómeno de la corrupción genera también la responsabilidad internacional del Estado por violación directa o indirecta de los derechos protegidos por el DIDH, como consecuencia del incremento de la desigualdad, la restricción de las libertades fundamentales y la disminución de la eficacia del Estado en la protección a las víctimas. A este respecto, la CIDH (2019: párr. 513) y Christy Mbonu (2004) han subrayado que el impacto es particularmente negativo en el nivel de satisfacción de los derechos fundamentales de aquellos sectores de la población que disponen de menos recursos. Según la CtIDH, esto se debe a que este fenómeno fomenta: (a) la exclusión (los gobiernos eligen a unos pocos para que actúen en representación de la mayoría, suprimiendo los mecanismos de control ciudadano y ocultando los motivos que justifican la toma de sus decisiones); (b) la ausencia de oposición política (lo que permite la adquisición ilegal de contratos, la venta ficticia de bienes, la concesión de puestos públicos y las maniobras ocultas para perpetuarse en el poder); y (c) la impunidad (la inoperancia de la justicia es consecuencia de la coacción o del ofrecimiento de incentivos para manipular su actuación en favor de determinados intereses).

6. APROXIMACIONES CRIMINOLÓGICAS QUE PERMITEN VISIBILIZAR Y EXPLICAR LOS ASPECTOS CENTRALES DEL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL

Tras abordar en las secciones anteriores las principales características del fenómeno de la corrupción transnacional (amplia extensión, carácter organizado, dimensión transnacional, seguridad financiera, seguridad frente a la aplicación del derecho, favorecimiento de los medios de comunicación y especial afectación de los derechos fundamentales de la población con menos recursos), los tipos de organizaciones involucradas y sus consecuencias, pasamos a analizar en la presente sección de qué manera algunas de las aproximaciones criminológicas desarrolladas a partir de la segunda mitad del XX

permiten visibilizar y explicar mejor los aspectos centrales de este fenómeno.

Para ello, y teniendo especialmente en cuenta la estructura seguida por Böhm (2018; 2021), hemos seleccionado las siguientes aproximaciones porque consideramos que ayudan a visibilizar con mayor claridad alguno(s) de los aspectos centrales de la corrupción transnacional: la macrocriminalidad, los crímenes de masa, la criminología de los poderosos, la criminalidad de los medios de comunicación (y sus repercusiones en el control social formal e informal), la criminología verde, los crímenes de la globalización, la victimología, la criminología del *maldesarrollo* y la *crimilegalidad*.

6.1. La macrocriminalidad

La macrocriminalidad se refiere principalmente a la estructura política necesaria para la comisión de delitos en el marco de sistemas estatales, estructuras de poder u otros contextos de acción colectiva (Böhm, 2021: 225)¹⁴. Jäger (1989: 129) plantea esta aproximación criminológica para visibilizar mejor “la criminalidad de los grandes colectivos, de aparatos de poder estatales y de sistemas injustos de carácter político”¹⁵. Además, a pesar de ser inicialmente concebida bajo la premisa de que solo sería aplicable en regímenes dictatoriales violentos, represivos, o bien en estados totalitarios en donde “no se

¹⁴ La “macrocriminalidad” es una aproximación emparentada con la denominada “criminalidad de los poderosos”. Mientras esta última pone el acento en las características estructurales del poder, la primera se concentra en las características del colectivo desde el que se cometen los delitos.

¹⁵ Jäger (1989) se refiere al término *Makrocriminalität* para explicar la criminalidad de tipo organizada cometida por grandes estructuras dedicadas a cometer delitos en masa como el genocidio, la desaparición forzada de personas y los delitos de guerra, totalmente ajena a las explicaciones de una Criminología tradicional que se encuentra estrechamente vinculada a un Derecho penal centrado en los comportamientos desviados de la delincuencia tradicional. Esto permite reflejar desde una perspectiva socio-política cómo los autores de estos delitos no consideran que actúen de forma desviada (justificación) y cómo cuentan desde el inicio con la expectativa de ausencia de un castigo por sus conductas (impunidad).

admite ningún tipo de oposición al gobierno y a los hombres que detentan el poder” (Chanamé, 2007), su desarrollo teórico y contraste con la realidad permiten afirmar su aplicación para reflejar lo que también puede suceder en Estados y regímenes democráticos (Böhm, 2021).

La macrocriminalidad tiene cuatro características principales: (a) es un fenómeno de dimensión colectiva; (b) implica una función activa del Estado; (c) utiliza mecanismos o técnicas de neutralización; y (d) presenta una diferenciación con otras formas de criminalidad (Alpaca, 2013).

La primera, y más importante, de estas características es la dimensión colectiva, que hace que la macrocriminalidad sea aplicable para explicar los fenómenos que responden a los siguientes tres elementos en su desarrollo:

1. Presencia de una colectividad organizada y fortalecida por el Estado (quienes cometen los delitos necesitan una estructura previa que les facilite los instrumentos del delito y algún tipo de garantía estatal de ausencia efectiva de castigo) (Haan, 2008).
2. Existencia de un contexto de acción colectiva en el cual se despliegan las conductas punibles (las acciones individuales no pueden entenderse aisladamente, sino que tienen sentido en la medida en que están integradas en un contexto; por ello, cuando hay una multiplicidad de agentes existe también una multiplicidad de conductas que, al ejecutarlas de manera organizada, generan una lesividad de enorme magnitud que caracteriza el hecho total (Jager, 1989; Alpaca, 2013).
3. Generalidad (gran cantidad) en el número de víctimas causadas con la participación del Estado (Alpaca, 2013: 21), lo que, según Ambos (2005: 45), implica que los propios ciudadanos son victimizados por este último, constituyendo así una situación de criminalidad hacia adentro.

La segunda característica indica que el Estado tiene una influencia decisiva no sólo en las etapas previas a la comisión de los delitos, sino después de que se hayan cometido, porque el Estado es quien

determina las medidas legislativas y judiciales para perseguir la macrocriminalidad (se puede tomar la decisión de esclarecer los hechos, e investigar y enjuiciar a los culpables; o bien, se puede optar por su ocultamiento con el fin de propiciar la impunidad de los responsables) (Alpaca, 2013: 29). Herzog (2008) señala a este respecto que:

[...] Es el Estado quien tiene el poder de definir qué se va a tipificar como delito y qué no, por lo tanto, durante el tiempo que dure el régimen criminal y dentro de su jurisdicción territorial, las conductas llevadas a cabo por órganos estatales o con su tolerancia son legales: no se apartan de la normativa imperante, sino que corresponden a comportamientos fomentados por el régimen, llevados a cabo por personas socialmente adaptadas¹⁶.

La tercera característica refleja la tendencia a utilizar técnicas o mecanismos de neutralización. Para Jäger (1989: 134 et. seq.), la macrocriminalidad como dinámica colectiva implica que se enerven o eliminen las normas de conducta, las prohibiciones culturales y las inhibiciones o sentimientos de culpa de las personas que cometen los delitos. Como resultado, cuando el Estado etiqueta de “enemigo” a determinados grupos, en realidad está aplicando una técnica de neutralización, deshumanizando al enemigo y propagando una

¹⁶ La exigencia de análisis criminológico de esta potestad de etiquetamiento del Estado (como titular del monopolio de la fuerza legítima) frente al conjunto de la criminalidad es uno de los aportes principales de la criminología social, el interaccionismo simbólico y el constructivismo, los cuales se enfocan en analizar cómo, cuando se trata de enfrentar a la criminalidad de los poderosos, el Estado puede modificar el uso del lenguaje (evitando las etiquetas negativas) y las herramientas del derecho punitivo para ofrecer un tratamiento dulcificado y/o de impunidad a determinados comportamientos por razones distintas a las jurídicas (*Realpolitik*). En estos casos no parece que el Estado utilice la potestad de etiquetamiento en sentido punitivo o de reproche sino con un objetivo distinto, posiblemente legitimador de un determinado tipo de (macro) criminalidad (Bessant, 2002). Sobre el uso del lenguaje desde el poder para el etiquetamiento y construcción de categorías basadas en relaciones de poder, *vid.*: Foucault (1981).

“anestesia moral” que facilita la comisión del hecho delictivo (Neubacher, 2006: 787-799)¹⁷.

La cuarta característica alerta sobre la necesidad de no confundir la macrocriminalidad con otras formas de la criminalidad a gran escala porque: (a) desde una perspectiva cuantitativa, implica un daño colectivo, y sirve como criterio para medir y distinguir ciertas conductas de otras que no alcanzan la misma magnitud y gravedad; (b) desde un enfoque cualitativo, la vulneración trasciende los intereses individuales para afectar intereses colectivos, llegando incluso a vulnerar los intereses de la comunidad internacional.

La aplicación del concepto de macrocriminalidad presenta muchos desafíos prácticos en el Derecho penal comparado en la medida en que la piedra angular de los sistemas penales nacionales es el injusto personal y la culpabilidad individual (Zúñiga, 2009: 160)¹⁸. No obstante, a pesar de estas dificultades, permite visibilizar la amplia extensión y el carácter organizado del fenómeno de la corrupción transnacional, y su estrecha relación con las instituciones estatales. Además, ayuda a vislumbrar cómo se desarrolla este fenómeno en los diversos sistemas políticos, porque las instituciones involucradas en la corrupción transnacional pueden existir y operar desde las distintas administraciones y poderes del Estado, como lo muestran, por ejemplo, los casos Fujimori en Perú o Cartel de la Toga en Colombia.

¹⁷ En un sentido similar Fabricius (2016) se refiere al experimento que Milgran llevó a cabo en la prisión de Stanford en la década de 1970. Este experimento puso en duda la capacidad de culpabilidad y la falta de conciencia de la conducta delictiva en situaciones de obediencia, quedando demostrado que los impulsos de la conciencia son más débiles que los de la obediencia, y que cuando aparece una autoridad legítima los individuos no contradicen las órdenes (incluso cuando “intuyen” que son injustas). Esto acontece en las situaciones donde los derechos humanos son objeto de violación a gran escala por parte de miembros del ejército, la policía, los servicios de inteligencia o cualquier organización con estructura jerárquica.

¹⁸ Esto no ha frenado, sin embargo, los intentos de las Ciencias penales por reconocer la responsabilidad de entidades colectivas y transmitir un mensaje de reproche social a las estructuras criminales, especialmente cuando incurrn en graves violaciones a los derechos humanos (Hernández, 2021; Modolell, 2021; Galain 2021c).

La macrocriminalidad permite reflejar así mismo la estrecha relación existente entre, por un lado, los “capos del narcotráfico” y, por otro lado, la función parlamentaria e institucional (denominada “narcopolítica”; RAE, s.f. & Reinicke, 2015) y la actividad económica y empresarial (“narcoeconomía”). Esta situación, que es de larga data en países como Colombia y México, y también se presenta en la actualidad en muchos otros países de América Latina (como, por ejemplo, Bolivia (Reinicke, 2015), Chile (Larraín, 2019), Ecuador (Bagley & Páez, 1991), El Salvador (Meza, s.f.), Guatemala, Honduras, Perú (Prensa Congreso, s.f.) o el Cono Sur (López & López, 2019)) y en España (Insieg, 2020), no solo amenaza a la institucionalidad, sino que distorsiona también el funcionamiento de la política, de los mercados¹⁹ y del propio Estado de Derecho²⁰.

La macrocriminalidad nos revela también que los sujetos que incurrir en prácticas de corrupción transnacional en contextos de acción colectiva generan un daño masivo y buscan seguridad financiera para el dinero obtenido ilícitamente (para lo cual necesitan paraísos fiscales y otras instituciones financieras que facilitan “el trasiego de los dineros” y la anonimidad de corruptos y corruptores (Shaxson, 2014)) y seguridad jurídica o impunidad frente a la aplicación del

¹⁹ Se dice que los narcotraficantes han aprendido de las multinacionales y se han constituido como un comprador monopolístico de un producto en el mercado. *Vid.*: Paullier (2015).

²⁰ El objetivo de Jäger de visibilizar el problema de la macrocriminalidad para la Criminología se puede dar por cumplido. Sin embargo, este concepto ha abierto un nuevo desafío para la Criminología que ahora tiene la misión de elaborar nuevos criterios para una reacción frente a la macrocriminalidad que no se concentre solamente en el castigo de actores individuales que actúan organizadamente, sino que incluya también en acciones reparadoras del daño causado. Para ello, deben profundizarse no solo las experiencias teóricas y prácticas de la justicia restaurativa (Karsted, 2009), sino también de la Justicia de Transición (Galain, 2021d; Engelhart, 2016) y del DIP (Roberts, 2003; Olasolo & Galain, 2018). De manera similar, cuando se trata de corrupción ampliamente extendida y organizada, que opera transnacionalmente, cada sociedad debe ponderar las posibilidades reales de intervención. Por ello, y para las tomas de decisión políticas y jurídicas, el concepto de macrocriminalidad abre un espacio de discusión y análisis que sobrepasa la discusión jurídica y abarca otros campos sociológicos.

Derecho. Con respecto a esta última, buscan la inaplicación de las normas que regulan las prácticas corruptas en las que incurren, lo que elimina el efecto preventivo creado a través del temor que provoca la efectiva investigación, condena y privación de los activos mal habidos (Treisman, 2000). La macrocriminalidad muestra con claridad cómo, para realizar crímenes macro, quienes los cometen necesitan una estructura previa que les facilite los instrumentos del delito y algún tipo de garantía estatal de ausencia efectiva de castigo (Haan, 2008).

Finalmente, la macrocriminalidad ayuda también a visibilizar cómo el grave impacto negativo (sobre todo en el nivel de satisfacción de los derechos fundamentales de la población con menos recursos) que caracteriza a la corrupción transnacional, sólo puede ser causado a través de macroestructuras que son utilizadas para estos efectos en contextos de acción colectiva.

6.2. La aproximación de los crímenes de masa

Estrechamente relacionada con la macrocriminalidad, surge la aproximación criminológica de los crímenes de masa, con base en los estudios de Zaffaroni sobre los crímenes contra la humanidad que abordan el interrogante sobre el papel que debe cumplir el derecho penal y la criminología para evitar los crímenes de masa ocurridos tanto en regímenes dictatoriales y conflictos armados, como en regímenes democráticos (Böhm, 2021: 240).

Zaffaroni (2015: 8-12) no limita estos crímenes a situaciones de ausencia del Estado de Derecho, sino que también se dan en lo que denomina “genocidio por goteo”, que es característico de (a) las políticas criminales ilegítimas vinculadas a la tolerancia cero o al Derecho penal del enemigo; y (b) las políticas sociales de exclusión características de las injusticias sociales, que lesionan el derecho humano al desarrollo de las poblaciones más vulnerables (ofrecidas como víctimas que son sacrificadas por exigencia del sistema económico globalizado y del capital financiero internacional). Esta última es para Zaffaroni (2016; 2012a: 87) una de las principales causas de muerte en América Latina

Los crímenes de masa están conformados por seis elementos principales. En primer lugar, es necesario registrar de manera comprensiva los daños y perjuicios generados por el poder punitivo del Estado a partir de una gran cantidad de afectaciones que ocurren de forma diaria y sistemática. Por ello, no sólo se debe registrar el daño en el sentido individual, sino que también deben analizarse los efectos a largo plazo generados por un sistema criminal selectivo, que actúa contra individuos marginales (Zaffaroni, 2012a: 13; 2012b).

En segundo lugar, los crímenes de masa son cometidos por un poder punitivo descontrolado que opera sin ningún tipo de límite ante la desaparición del Estado de Derecho, y el advenimiento de un Estado de policía o de conmoción interior (el sujeto activo de este tipo de delito es, por tanto, el propio Estado) (Zaffaroni, 2012a: 33-36, 39-40)²¹. En cuanto a la víctima (o enemigo) es aquella población marginal que termina siendo asesinada masivamente, o “sacrificada” en razón de algo (ya sea el control social, el progreso neoliberal o la seguridad nacional, por poner solo algunos ejemplos). Las características que convierten a una determinada población marginal en víctima varían mucho a lo largo de los años de acuerdo a su “idoneidad canalizadora” en cada sociedad (la brujería, la degeneración de la raza, el comunismo internacional, la sífilis, el alcohol, las drogas, el terrorismo, la corrupción, entre otras). En consecuencia, la condición de víctima es fruto de un juicio o decisión de naturaleza política, y sus límites son establecidos por las circunstancias concretas de cada sociedad, que son las que determinan a quienes se les asigna este papel. Además, según Zaffaroni (2012a: 30, 31, 40) la víctima se vuelve milagrosa porque su asesinato en masa o “sacrificio” resulta expiatorio, deteniendo la violencia destructora de la sociedad, lo que “provoca una inversión en la valoración de la víctima que de encarnación del mal pasa a ser agente del bien. De allí que el culto a la víctima se perpetúe ritualmente y devenga sagrado”.

²¹ Los asesinatos masivos son, sin embargo, bastante anteriores a la aparición del Estado, y se remontan a la antigüedad. Se trata por tanto de crímenes masivos preestatales, que han sido cometidos por sociedades muy diferentes a las actuales (Zaffaroni, 2012a: 54).

En tercer lugar, los crímenes de masa son un fenómeno mundial, al no estar localizados en un lugar específico, sino que son fenómenos ampliamente difundidos. Se trata de un renacimiento de la ideología de la seguridad nacional en el plano mundial, que inventa “guerras” de manera recurrente con el pretexto de ser “guerras anómalas” (generando así un mayor derramamiento de sangre), lo que en regiones como América Latina ha dejado como resultado un “genocidio por goteo”²². Esto se refleja especialmente en la denominada “guerra contra las drogas” (Albrecht, 2019), fruto de la cual son asesinados cada año directamente, o sufren daños indirectamente a través de la contaminación del medio ambiente, miles de civiles convertidos así en víctimas de crímenes de masa²³.

En cuarto lugar, no es posible delimitar temporalmente este fenómeno, porque “desde tiempos inmemoriales se inventan enemigos

²² Según Zaffaroni (2015: 202-203), “[l]as cifras de la ONU muestran que de los 23 países que en el mundo superan el índice anual de homicidios de 20 por cada 100.000 habitantes, 18 se hallan en América Latina y el Caribe y 5 en África. [...] Si sumásemos los números de muertos en diez años lo veríamos con mayor claridad, pues equivale al de una gran ciudad. No lanzamos las bombas de Hiroshima y Nagasaki, pero las superamos en una década”.

²³ La “guerra contra las drogas” es directamente funcional a los intereses económicos de actores privados, públicos, internacionales y nacionales, e indirectamente funcional a la ideología de la seguridad nacional (al menos, en su diseño por EE.UU. con respecto a un enemigo externo). Se trata de una guerra que afecta a un buen número de países latinoamericanos productores de drogas (naturales), donde los principales intereses vinculados al “problema de la droga” son ajenos (y contrarios en lo que refiere a las poblaciones locales) al bien jurídico tutelado penalmente (salud pública), relacionándose a nivel macro con el control hegemónico de toda la producción de plantas útiles para la industria química y medicinal, y a nivel micro, con el mantenimiento económico de estructuras encargadas de tareas de tipo policial, de inteligencia, militares y burocráticas, que se mantienen activas desde el fin de la Guerra Fría (Albrecht, 2019). Todo ello aderezado por: (a) estrechos vínculos “económicos”, legales e ilegales, con las elites corruptas que gobiernan en perjuicio de recursos intangibles y de poblaciones más vulnerables; y (b) cuestiones de seguridad nacional en países como Brasil (Passos & Barral (2013): 111-121; Oliveira & Ribeiro, 2019), Colombia (Rincon-Ruiz & Kallis, 2013: 60-78; Kirkpatrick, 2016), México y los Estados centroamericanos utilizados para la ruta hacia el mercado consumidor de EE.UU.

que se sacrifican”, para luego inventar “un nuevo enemigo y producir “un nuevo sacrificio”²⁴. De esta manera, la eficacia del discurso de los crímenes de masa no se explica por circunstancias coyunturales, sino que se mantiene a lo largo de la historia del poder punitivo del Estado, e incluso en la época preestatal (Zaffaroni, 2012a: 25, 39).

En quinto lugar, los crímenes de masa recurren a técnicas similares a las que señala Jäger para la macrocriminalidad, especialmente la neutralización. Este concepto fue planteado por la criminología en los años 1950, cuando Sykes & Matza (1957: 664-670) trataron de dilucidar ciertas técnicas discursivas usadas por los “rebeldes sin causa” para excusar, justificar o pormenorizar su vandalismo. Consiste en la individualización paranoica del enemigo, que deshumaniza y racionaliza su exterminio o “sacrificio expiatorio”, justificando así los crímenes de masa. En consecuencia, este tipo de criminalidad se inicia con la creación del enemigo, para después canalizar la venganza y el mal de la sociedad a través de dicho enemigo, lo que desencadena su sacrificio o exterminio (la estructura de este proceso es igual ahora que en la época preestatal, donde aparecía vinculada a lo religioso) (Zaffaroni, 2012a: 62, 87).

Finalmente, en sexto lugar, no hay una respuesta clara al porqué de todas estas atrocidades a lo largo de la historia humana (no existe prueba alguna de que la violencia y la venganza sean un fatalismo biológico de la especie). Ante esta situación, solo queda la formulación moral de propuestas para evitar más crímenes de masa a partir de comprender el funcionamiento de este fenómeno (Zaffaroni, 2012a: 87). Una adecuada prevención de la violencia consiste en agotar los modelos de solución alternativa de conflictos (reparadores, restitutivos, terapéuticos o conciliadores, entre otros) antes de recurrir a una acción punitiva que solo se aplicaría en los casos absolutamente necesarios. Es por ello necesario un cambio en el discurso actual de la política criminal para quebrar el alto nivel de conflictividad, la denuncia de las técnicas de neutralización de los homicidios masivos

²⁴ Zaffaroni (2012a: 26) señala como ejemplo a Aristóteles o a Tomás de Aquino, quienes debieron forzar el pensamiento y la lógica para argumentar a favor de la esclavitud o la superioridad (y correspondiente inferioridad) de ciertas razas humana.

y la crítica a la ideología (Zaffaroni, 2012a: 44). En este sentido, el Derecho Internacional Penal (DIP) permite, en particular, romper el ciclo vicioso generado por la violencia y el asesinato masivo, al atribuir carácter “humano” al victimario con el fin de intentar evitar la venganza de las víctimas.

La aproximación de los crímenes en masa permite reflejar con claridad algunos de los elementos más relevantes del fenómeno de la corrupción transnacional, incluyendo: (a) la continuidad en el tiempo de las violaciones a los derechos fundamentales de las poblaciones vulnerables; (b) el proceso de etiquetamiento de estas poblaciones como delincuentes o directamente “enemigos”; (c) la necesidad de considerar su impacto devastador en el largo plazo; (d) los vínculos generados por las prácticas corruptas transnacionales (actores nacionales e internacionales, públicos y privados); (e) los procesos de neutralización; y (f) las consideraciones discursivas necesarias (justificaciones) para que se puedan llevar a cabo prácticas corruptas a gran escala sin temor a un juicio de reproche moral o jurídico.

Así mismo, en lo que se refiere a los vínculos de la corrupción transnacional con el crimen organizado, la aproximación de los crímenes de masa permite visibilizar el tipo de estructuras de poder involucradas en este tipo de comportamientos: (a) las que operan desde las distintas administraciones y poderes del Estado (b) las que operan fuera del Estado, pero dentro de una aparente legalidad en los ámbitos económico, financiero, político, social y técnico; y (c) las organizaciones de la delincuencia organizada transnacional o grupos armados organizados que operan al margen de la ley (Olasolo & Galain, 2022). De esta manera, a diferencia de lo que con frecuencia se hace creer, la amplia extensión, el carácter organizado y la dimensión transnacional de las prácticas de corrupción no proviene únicamente del aparato estatal y del sector público. Además, se remontan a la antigüedad cuando el concepto político-jurídico de Estado no existía (2012a: 33-36, 39-40; 56).

6.3. La criminología de los poderosos

La criminología de los poderosos se centra en los denominados “delitos de cuello blanco” como “los delitos cometidos por una perso-

na de respetabilidad y estatus social alto en el curso de su ocupación” (Sebith, 2017). Con base en lo anterior, Gottschalk (2010) define a los delincuentes de cuello blanco como “individuos ricos, bien educados y con conexiones sociales, que normalmente están empleados por una compañía u organización legítima. Personas respetadas y con un alto estatus social que cometen el crimen en el desarrollo de su trabajo”. Sin embargo, el significado y la definición de la delincuencia de cuello blanco son controvertidos en la criminología, porque, si bien una posición mayoritaria reconoce que este tipo de delincuencia puede diferenciarse de la delincuencia tradicional o “de la calle”, lo cierto es que existen importantes desacuerdos con respecto al alcance del comportamiento y a quién califica o puede ser clasificado como delincuente de cuello blanco. En este contexto, se puede afirmar que, en líneas generales, la criminalidad de los poderosos pone el acento en aquellos delitos realizados mediante astucia u ocultación que implican a individuos y personas jurídicas con un mayor nivel de acceso a oportunidades y recursos (Benson, et al., 2009). Dependiendo de la definición que se utilice, esto puede incluir a gobiernos, empresas, directores ejecutivos, profesionales, estafadores de la seguridad social y personas que descargan ilegalmente programas informáticos o que declaran ingresos inferiores a los previstos en sus impuestos (Benson & Simpson, 2018; Simpson, 2011).

La criminalidad de los poderosos refleja el proceso de estratificación resultante de los distintos tipos de trabajo surgidos en EE.UU. a raíz del desarrollo industrial. Esta situación provocó la aceptación social de lo que Veblen denomina como “la teoría de la clase ociosa”, que refleja el prototipo del hombre adinerado en la sociedad capitalista, el cual se vale de métodos dudosos para obtener mejores resultados. Este tipo de criminalidad provocó la creación de dos grandes grupos de aproximaciones criminológicas, a saber: (a) las teorías de la personalidad del autor, desarrolladas a partir de las características psíquicas del delincuente de cuello blanco; y (b) las teorías de orientación sociológica, utilizadas para explicar el fenómeno criminal en función de las interacciones psicosociales del individuo y los diversos procesos que involucran a la sociedad (Burgos, 2015).

Entre las cuestiones abordadas por el segundo grupo de teorías, se encuentra la consideración del comportamiento delictivo como resultado racional de la confluencia de una motivación adecuada y una oportunidad para la comisión del delito. El punto de partida puede encontrarse en la teoría interaccionista de la motivación, útil para la investigación psicológica social sobre las características de la delincuencia de cuello blanco, porque permite entender este tipo de delitos en términos de la construcción simbólica de los delincuentes y de sus mundos sociales (cuyos patrones motivacionales simbólicos se encuentran en la estructura social del capitalismo industrial y en la “cultura de la competencia”). De esta manera, aunque en última instancia no logran explicar sus causas, al menos aporta indicadores de patrones de oportunidad según la posición estructural que estos delincuentes ocupan en sociedades regidas por sistemas capitalistas (Colleman, 1987).

El análisis de la influencia que tiene la situación económica y de poder de los autores de delitos de cuello blanco es, por tanto, un elemento central de la criminalidad de los poderosos. Para Böhm (2021), aun cuando son conscientes de ser solo un medio para lograr el fin de incrementar ganancias, tienden a ubicar su actividad en una zona gris que dificulta la diferenciación entre actividades lícitas e ilícitas, y entre actividades corporativas y del crimen organizado. A esto hay que unir la dificultad para vincular a las personas jurídicas con los delitos que cometen, porque, además de la necesaria tipificación en el ordenamiento jurídico de que se trate, es necesario identificar la causalidad existente entre la acción y daño. Lo anterior, a juicio de la autora, se debe, principalmente a la influencia y posicionamiento económico, social y político con el que cuentan las grandes empresas en los países donde llevan a cabo sus negocios.

Con respecto al fenómeno de la corrupción transnacional, la criminalidad de los poderosos permite reflejar, en primer lugar, como se utiliza la condición socio-económica para llevar a cabo prácticas corruptas con el propósito de obtener ganancias que no pueden ser obtenidas de forma lícita. Esta aproximación visibiliza, por tanto, como los sujetos activos de este tipo de prácticas pertenecen a estratos socioeconómicos altos y cuentan con la garantía de su impunidad por la empatía, cuando no alianza, con políticos y jueces que perte-

necen a esos mismos estratos. A esto hay que sumar la financiación de partidos políticos que les garantizan la creación de normas a su favor y la relación con firmas de abogados y despachos contables que les facilitan el desarrollo de la actividad ilícita gracias la “zona gris” en la que la categorizan.

En segundo lugar, la criminalidad de los poderosos permite un análisis de las redes de corrupción transnacional para visualizar “las funciones estructurales de los participantes en el mercado, sus acciones, los flujos de transacciones y transferencia de recursos entre puntos, y las distancias físicas entre los actores” (Simpson, 2011: 500).

En tercer lugar, muestra los devastadores efectos financieros de la corrupción transnacional y sostiene la necesidad de centrarse en el desarrollo de las mejores herramientas para controlar y prevenir este tipo de delitos. Para ello, ha desarrollado distintas teorías centradas en la identificación de las características y elementos que componen los entornos que permiten que se produzcan las prácticas corruptas (i.e., la teoría de la actividad rutinaria, la teoría del patrón delictivo, la teoría de la prevención situacional del delito, etc.) (Benson, et al., 2009: 177 et. seq.) Muchas de estas teorías permiten además entender mejor las actividades como el soborno y el “lavado de dinero”, que pueden ser consideradas como el paradigma de la criminalidad de cuello blanco y de su dimensión transnacional (Grabrosky, 2009)²⁵.

²⁵ El delincuente de cuello blanco opera internacionalmente y tiene diversos entrecruzamientos con la corrupción como medio para obtener cuotas de mercado y contratos con los Estados. En el competitivo mundo de los negocios internacionales, el soborno es una práctica corriente que incluso solía ser deducible como gastos de empresa según la legislación fiscal de muchos países económicamente desarrollados. Esta práctica solo pudo ser revertida cuando la prensa y otras instancias de control social informal denunciaron los aspectos negativos de brindar protección (impunidad) a conductas corruptas cometidas en el nivel transnacional, no solo porque incidían en la creación y perpetuación de sistemas corruptos de administración en otros Estados, sino porque también incidían negativamente en lo que refiere a la integridad de las empresas infractoras que operaban como factores distorsionantes en la competencia leal en los mercados. A partir de entonces, distintos actores públicos y privados a nivel nacional e internacional comenzaron a intervenir contra estas prácticas, sancionando a quienes las fomentaban. Así se crearon instituciones públicas y privadas que, aunque

En cuarto lugar, la criminalidad de los poderosos tiene interés porque permite visibilizar a quienes intervienen en los procesos para brindar “seguridad financiera” y “seguridad frente a la aplicación del derecho” a quienes incurrir en prácticas corruptas (elemento central del fenómeno de la corrupción transnacional y de sus vínculos con el crimen organizado).

6.4. La criminología de los medios de comunicación y sus repercusiones en el control social formal e informal

Los medios de comunicación no describen pasivamente ni registran los acontecimientos noticiables de la realidad tal como ellos suceden, sino que los (re)construyen activamente, basándose fundamentalmente en muchos tipos de discursos derivados de distintas fuentes (en lo que tiene que ver con los delitos, por lo general, se trata de fuentes policiales, fiscales o judiciales) (Parra & Domínguez, 2004). Pero los medios no solo son “influidos” por las distintas instituciones que administran la justicia penal, sino que también influyen en aquellas (alarma social, control social formal) y en la construcción de la “opinión pública” y del control social informal. En consecuencia, la criminología de los poderosos se refuerza gracias al tratamiento que los medios de comunicación dan a los delitos de cuello blanco, que tienen una cobertura insignificante en comparación con los delitos cometidos violentamente con el fin de aumentar el miedo a la delincuencia tradicional (Levi, 2008).

Los crímenes de cuello blanco son cometidos por personas influyentes, y por ello reciben un trato diferencial en comparación con los delitos cometidos por personas del común, lo que se refleja en: (a) la ubicación de la noticia en secciones con poca audiencia; (b) la construcción de los perfiles de los involucrados con el fin de humanizarlos; y (c) el relato de los hechos con un discurso exculpatorio (Sebith, 2017). El daño social causado por este tipo de criminalidad

no han eliminado los sobornos internacionales, han conseguido aumentar las inhibiciones de los delincuentes, reducir las oportunidades y mejorar la vigilancia de las prácticas corruptas en las actividades empresariales internacionales (Grabrosky, 2009: 142 et seq.).

es invisibilizado, al igual que sus múltiples víctimas directas o indirectas (Ragagnin, 2005; Burgos, 2015).

Como consecuencia de estar inmersos en tiempos de globalización económica basada en el libre mercado, y no en tiempos de “Estado de Bienestar”, la sociedad discurre entre la dialéctica de la libertad y el control, donde se responde con (largas) penas excluyentes a quienes hacen un mal uso de una (presunta) libertad de elección, porque lo que importa es un control social sobre aquellos “otros” (inmigrantes, pobres, jóvenes, minorías, entre otros) que no pueden garantizar el buen uso de la libertad (en el mercado), protegiendo de esta forma “nuestra” plena libertad en la interacción social del libre mercado (Garland, 2012).

Los medios de comunicación interactúan en esa sociedad que protege libertades individuales mediante un punitivismo de tolerancia cero y la segregación en centros penitenciarios, sin que importe la disminución o ausencia de políticas sociales como parte de la reacción penal. De ahí que los medios se concentren en los casos que ponen en riesgo las seguridades de dicho modelo globalizado de sociedad y del régimen económico que lo caracteriza. Como resultado, los medios son indulgentes con determinados estereotipos individuales y tienden a tratar a los delitos (financieros) de cuello blanco en general, y a las prácticas de corrupción en particular, como “infortentamiento”, en lugar de alertar a la sociedad sobre su devastador impacto negativo para el funcionamiento social. Así, este tipo de noticias se presentan como “inconvenientes” que tienen las celebridades corporativas con la ley; la implicación de los ricos y famosos con las drogas, el juego o las desviaciones sexuales (Levi, 2008: 10). Además, cuando se trata de fraudes o prácticas corruptas, la policía, los fiscales, los reguladores, los sospechosos, las víctimas y los grupos de presión compiten por la audiencia de los medios para avanzar en sus objetivos en el caso (Levi, 2006).

El actuar cómplice de los medios de comunicación se debe, en parte, a la distinta manera en que se perciben a sí mismos los criminales de cuello blanco y los delincuentes comunes, porque, como lo afirma Sutherland:

El ladrón se ve a sí mismo como un delincuente y así lo ve el público en general. Como no desea tener una reputación pública favorable, se

enorgullece de su reputación como delincuente. El hombre de negocios, por el contrario, se ve a sí mismo como un ciudadano respetable y, por lo general así lo considera el público (citado por Sebith, 2017).

De ahí se deriva, en parte, el hecho de que la consideración de estas conductas como delito se vea dificultado por la inexistencia de una conciencia social sobre su ilicitud. Este trato diferencial para con los delincuentes de cuello blanco también tiene lugar en las instituciones encargadas del control social y de la aplicación del derecho (civil, administrativa, penal), si bien no tiene por qué estar siempre relacionado directamente con prácticas corruptas, sino con el rol social de las personas influyentes que inhibe cualquier tipo de estigmatización negativa (reservada principalmente para los delitos normalmente cometidos por trabajadores y miembros de las clases sociales más desfavorecidas).

A esto hay que añadir que en América Latina, en particular, las grandes empresas de comunicación (prensa, radio y televisión) hacen normalmente parte de grupos económicos con conexiones con otras industrias y con actores gubernamentales (por ejemplo, Clarín en Argentina, Globo en Brasil, Televisa en México, Caracol en Colombia, Prisa en España), en lo que se ha denominado como “mediocracia”, esto es, la influencia política y social de la televisión y de las empresas mediáticas (muy especialmente en grandes países con marcada desigualdad social como México o Brasil) (Delarbre, 2010). En consecuencia, los escándalos delictivos que involucran a grandes compañías e instituciones estatales solo son reportados parcialmente, para evitar la formación de una opinión pública desfavorable a intereses propios. De esta manera, el grado de empatía de la audiencia con los conflictos y sus protagonistas es rigurosamente administrado (Böhm, 2021) y producto de un proceso de selección previo (al igual que ocurre con el uso del principio de oportunidad por la administración de justicia). Como resultado, el comportamiento de los medios de comunicación y de la justicia penal tiene aspectos en común, sobre todo en lo relativo a la selectividad de la política criminal y la inhibición o cautela al momento del etiquetamiento de los delincuentes de cuello blanco (muy influenciadas por la imagen social y las relaciones de poder), en lo que puede considerarse un terreno de fronteras borrosas entre lo legal e ilegal, lo correcto y lo incorrecto,

lo justo y lo injusto, cuya configuración también es consecuencia del mayor o menor índice de corrupción.

En relación con el fenómeno de la corrupción transnacional, la criminología de los medios de comunicación puede ser útil porque permite visibilizar algunas de sus características centrales al explicar cómo las prácticas corruptas (que son frecuentemente llevadas a cabo por criminales de cuello blanco con garantías de impunidad) cuentan con el respaldo de una gran parte de los medios de comunicación, que al limitar, o incluso evitar, su cobertura, tratan de proteger/encubrir a quienes las cometen. De esta manera, se coopera de manera inequívoca con la seguridad frente a la aplicación del derecho, que es tan necesaria para garantizar el mantenimiento de las estructuras corruptas.

Así mismo, la criminología de los medios de comunicación permite visibilizar el trato diferencial (en aspectos tan variados como la ubicación de las noticias, la construcción del perfil de los involucrados, el relato de los hechos y las explicaciones criminológicas pertinentes) que reciben aquellas personas influyentes en los ámbitos público y privado que incurrir en las mismas. Fruto de lo anterior, el tratamiento de las prácticas corruptas como delito se ve entorpecido porque no existe una conciencia social sobre su ilicitud.

6.5. *La criminología verde*

Desde la década de 1960, la criminología verde ha analizado las consecuencias biofísicas y socioeconómicas de las diferentes fuentes de amenaza al medio ambiente, ya sea la pérdida de biodiversidad, el cambio climático, la contaminación o la degradación de los recursos naturales (Brisman & South, 2020). Así mismo, ha aportado una mirada innovadora a las infracciones cometidas por actores complejos contra grupos de víctimas y áreas espacialmente dispersas, incluyendo, entre otras, el uso de pesticidas en áreas rurales cercanas a pequeños municipios, la contaminación de fuentes hídricas por el uso de químicos que facilitan la explotación de oro y el desplazamiento de poblaciones campesinas e indígenas para facilitar el uso de la tierra a las multinacionales interesadas en el terreno (Böhn,

2021)²⁶. Además, en los últimos años, ha ampliado su campo de estudio a las repercusiones que determinadas estrategias de exploración y explotación de recursos (incluyendo la participación del crimen organizado y la corrupción de oficiales públicos) tienen, no solo en el medio ambiente, sino en determinadas poblaciones marginadas y oprimidas²⁷.

Los delitos ambientales, que presentan ciertas características que los diferencian de otros delitos más tradicionales²⁸, se dividen en dos

²⁶ Los criminólogos afirman en la actualidad la necesidad de investigar y debatir temas como la contaminación ambiental y sus causas, consecuencias y control; la criminalidad empresarial y su impacto en el medio ambiente; la salud y seguridad en el lugar de trabajo donde las infracciones tienen consecuencias perjudiciales para el medio ambiente; la participación del crimen organizado y la corrupción de oficiales públicos en la eliminación ilegal de desechos tóxicos; el impacto y legado de la aplicación de la ley y las operaciones militares en el ambiente y el paisaje, el suministro de agua, la calidad del aire y los organismos vivos que pueblan estas áreas (humanos, animales y vegetales); y el potencial y alcance del Derecho penal para prevenir el despojo ambiental y castigar a los perpetradores de daños. *Vid.*: Brisman & South (2020: 41).

²⁷ Para la criminología verde, las comunidades marginales (personas de bajos ingresos, personas de color en los EE.UU. o comunidades indígenas en la Amazonía brasileña), tienen más probabilidades de estar expuestas a los riesgos ambientales que otras comunidades o grupos (Jarrell & Ozymy, 2014: 249; Boekhout, 2020). En particular, Boekhout (2020) muestra cómo la población que reside en el municipio de Santarém (Amazonía brasileña) está constantemente expuesta a la violencia, al glifosato y a vivir bajo las condiciones que establezcan las empresas transnacionales que dominan allí el comercio (empresas que, además, cometen crímenes ambientales de manera continua). Estas comunidades marginales tienden además a ser victimizadas de mayor manera, al no tener ni herramientas ni recursos jurídicos idóneos para reclamar eficazmente una restitución por el daño sufrido (Hall, 2014: 103-118).

²⁸ La criminología verde identifica cuatro delitos ecológicos “primarios” en los que el medio ambiente y las especies distintas a la humana, son dañados, degradados o perjudicados por acciones humanas: (i) delitos de contaminación del aire; (ii) delitos de deforestación; (iii) delitos contra los animales; y (iv) delitos de contaminación del agua. Según Brisman & South (2020: 41), es de destacar positivamente que todos estos delitos se han convertido en los últimos años en objeto de varios esfuerzos legislativos nacionales e internacionales con ánimo de protección e intervención.

categorías principales: (a) la contaminación del aire, el agua y la tierra (por ejemplo, importando o usando pesticidas ilícitos, vertiendo desechos y sustancias tóxicas en lugares prohibidos, o mezclándolos con otras sustancias); y (b) los actos ilegales que causan daños directos a la flora y la fauna (como, por ejemplo, la deforestación ilegal, la caza furtiva y el comercio de la vida silvestre protegida). Además, sus autores pueden ser muy variados, incluyendo delincuentes menores, grupos del crimen organizado como la mafia italiana, corporaciones y agencias gubernamentales, entre otros. Por ello, la lucha contra los delitos ambientales requiere involucrar a actores muy diversos, tanto gubernamentales como no gubernamentales (Spapens, 2014: 221).

Así mismo, es importante subrayar que los delitos ambientales tienen con frecuencia una dimensión transnacional debido a que (Spapens, 2014: 221):

1. Las actividades ilegales pueden tener efectos, como la contaminación del aire y el agua, que trascienden las fronteras de un Estado.
2. El proceso comercial/empresarial implica con frecuencia a varios países (como ocurre con el tráfico de desechos peligrosos de una nación industrializada a un país en vías de desarrollo).
3. Son cometidos por miembros de organizaciones delictivas que operan en varios países (por ejemplo, el capitán de un barco que descarga continuamente residuos, como agua de sentina, en las aguas territoriales de terceros países en lugar de llevarlos a una instalación portuaria especializada para su procesamiento).
4. Las leyes ambientales nacionales presentan contenidos muy diversos, lo que favorece ciertos abusos (por ejemplo, un mismo territorio puede considerarse contaminado en un país y limpio en otro).

En este contexto, América Latina ha sido objeto de particular estudio por la criminología verde porque, si bien no tiene la capacidad económica de los países de Europa occidental y Norteamérica, dispone de una gran riqueza natural. Por ello, las multinacionales de estos últimos países tienen gran interés en invertir grandes capitales para

poner en marcha proyectos extractivos que resultan problemáticos. Esto resulta también atractivo para gobiernos y grupos económicos en los países receptores de la inversión, incluso si son dañinos para la mayor parte de la población que habita el territorio y sufre directamente sus consecuencias (Böhm, 2021), generándose así un fuerte conflicto de intereses (Carrasco & Fernández, 2009: 2, 12-13, 17)²⁹. Por esta razón, Arroyo Quiroz & Wyatt subrayan la importancia de someter al escrutinio público a las corporaciones, que, en su afán de maximizar las ganancias, no observan ningún tipo de respeto por la naturaleza y los derechos humanos de las poblaciones. Así mismo, es preciso cuestionar el actuar estatal, que por un lado resulta siendo cómplice de este modelo criminal, especialmente cuando son necesarios permisos administrativos para explorar y explotar los recursos naturales, y por otro lado encubre los crímenes ambientales ocultando información³⁰.

La criminología verde ayuda a entender la fluidez y transversalidad social del fenómeno de la corrupción transnacional, porque los crímenes ambientales se caracterizan por ser cometidos entre la legalidad y la ilegalidad (sus autores aparentan ser legítimos al tiempo que manipulan el sistema político-jurídico para alterar procesos en beneficio propio), y afectan a todos los ámbitos de la sociedad al provocar impactos ambientales devastadores y perjuicios globales. Así mismo, visibiliza cómo diferentes tipos de actores (públicos, pri-

²⁹ Carrasco & Fernández (2009: 2, 12-13, 17) exponen esta situación al analizar el complejo panorama enfrentado por la comunidad indígena de Likantatay (ubicada en Atacama, norte de Chile) ante las consecuencias de un proyecto de desarrollo minero que implicaba su traslado forzoso si el proyecto llegaba a concretarse. Para ello, analizan las estrategias de resistencia de la comunidad indígena y los discursos y estrategias de la corporación minera para poner en marcha el proyecto. De esta manera, consiguen reflejar los diferentes y complejos intereses de todas las partes involucradas en el conflicto, que han de ser tenidos en cuenta a la hora de decidir si se explota o no el recurso natural.

³⁰ De esta manera, para Arroyo Quiroz & Wyatt (2018), el Estado no solo permite que las empresas obtengan grandes extensiones de tierra, ignoren las medidas de protección ambiental, accedan a recursos naturales que son comunitarios o están protegidos, sino que además ofrece el amparo de funcionarios corruptos que ayudan a las empresas a eludir la ley.

vados y al margen de la ley) pueden operar organizadamente para corromper el sistema y obtener beneficios económicos. Finalmente, ayuda a reflejar la dimensión transnacional de la corrupción porque los crímenes ambientales son normalmente cometidos por empresas y corporaciones transnacionales en países en vías de desarrollo que tiene sistemas político-jurídicos débiles y gran abundancia de recursos naturales. De este modo, los delitos cometidos por estas corporaciones son frecuentemente planeados y ordenados en un país distinto a aquel en el que se cometen (Böhm, 2021).

El problema se agrava cuando las consecuencias por estos graves daños que pueden incluso lesionar los derechos humanos de las poblaciones locales son requeridas por la justicia extranjera, aquella donde las empresas multinacionales tienen su sede, totalmente alejada y ajena al lugar donde se ha producido los daños y se requiere la urgente reparación de las víctimas. Nuevamente en este campo es donde varias aproximaciones criminológicas, incluida la criminología verde, exigen un “concepto más amplio de sanción” con un objetivo netamente reparador del daño causado (Galain, 2021b), mayores responsabilidades internacionales para las empresas (Escobar, 2021) y un mayor ámbito de aplicación de la justicia restaurativa (Nieto, 2021).

La criminología verde es particularmente útil para entender el fenómeno de la corrupción transnacional en América Latina, porque como señala la CIDH (2018), los casos agravados de corrupción que pueden darse en los ámbitos local, regional o nacional, tienen consecuencias particularmente dañinas porque impiden que el Estado puedan cumplir con sus fines. La CIDH (2019: párr. 117) destaca que hay una enorme debilidad institucional en la mayoría de los Estados latinoamericanos, que disponen de una cobertura territorial insuficiente, adolecen de instituciones capaces de cumplir plenamente con sus funciones y presentan una concentración de recursos, poder y capacidad de influencia de actores privados en la toma de decisiones en sectores con alto impacto socioeconómico y político (Mayoral, 2021). De esta manera, los crímenes ambientales que dimanen de estas concesiones extractivas se desarrollan entre la legalidad y la ilegalidad, pues sus autores aparentan ser legítimos al tiempo que: (a) manipulan, con frecuencia con prácticas corruptas,

el sistema político-jurídico para alterar procesos en beneficio propio; y (b) afectan a todos los ámbitos de la sociedad al provocar impactos ambientales masivos y perjuicios globales (Böhm, 2021).

Así mismo, la criminología verde visibiliza cómo diferentes tipos de actores (públicos, privados y al margen de la ley) operan organizadamente para corromper el sistema y obtener beneficios económicos. Esto lo podemos ver de manera clara en los casos mencionados, en los que la responsabilidad por crímenes verdes recae sobre empresas transnacionales que operan desde la legalidad, con promesas extravagantes de progreso que jamás se cumplen. (Böhm, 2021).

Finalmente, la criminología verde ayuda a reflejar y mostrar la dimensión transnacional de la corrupción, en la medida en que los crímenes ambientales son normalmente cometidos por empresas y corporaciones transnacionales en países en vías de desarrollo que tienen sistemas político-jurídicos débiles y gran abundancia de recursos naturales. De este modo, los delitos cometidos por estas corporaciones son frecuentemente planeados y ordenados en un país (normalmente rico e industrializado) distinto a aquel en el que posteriormente se cometen (por lo general, países en vías de desarrollo como los latinoamericanos (Böhm, 2021).

6.6. Los crímenes de la globalización

En conexión con la criminología verde, se encuentra la aproximación criminológica de los crímenes de la globalización, que estudia aquellas políticas / prácticas, demostrablemente nocivas, que, siendo producto de las fuerzas de la globalización, son desarrolladas por instituciones internacionales en un contexto global (Rothe & Friedrichs, 2015: 26). A pesar de que esta aproximación se desarrolló en un principio para describir los dañinos proyectos del Banco Mundial sobre extracción de recursos naturales³¹, construcción de

³¹ El Banco Mundial financia numerosos proyectos extractivos, siendo esta una de las instituciones globales de mayor alcance en temas de “desarrollo”, enfocada exclusivamente en el sector privado. Cuestión que responde a la naturaleza de la organización. Particularmente, en el caso de las minas en la capital de Ghana, Accra, hubo una serie de violaciones de derechos

oleoductos³² y programas de reubicación³³, su significado se ha extendido para incluir las políticas/prácticas nocivas del conjunto de instituciones financieras internacionales³⁴.

humanos que no fueron tenidas en consideración, con alrededor de 10.000 personas de etnia indígena desplazadas. No obstante, la Corporación Minera Newmont fue galardonada con un préstamo de 125 millones de dólares con el fin de terminar el trabajo de explotación de oro en la zona, muy a pesar de los reclamos sociales relativos a las vulneraciones de derechos humanos que esta actividad traía consigo. Actualmente, es claro que no solo hubo impactos sociales, como el desplazamiento forzado al que fueron sometidas las comunidades, sino también una serie de impactos medioambientales ocasionados por las minas a cielo abierto que repercutieron en la pureza del agua en la zona y la fertilidad de la tierra, cuestiones que no solo deben revisarse en abstracto pensando en la naturaleza como bien jurídico protegido, sino también en el sentido de que estos daños repercutieron seriamente en las actividades de agricultura y, en consecuencia, en los medios de subsistencia de las comunidades. *Vid.*: Rothe & Friedrichs (2015).

³² Varios proyectos de oleoductos financiados por el Banco Mundial han presentado problemas en términos de derechos sociales de las comunidades y daños medioambientales, ahora bien, mención especial merece el proyecto de oleoducto denominado “*Chad-Cameroon Petroleum Development and Pipeline Project*” dirigido por Exxon Mobil y sus socios Chevron y Petrobras, y que ha contado con 4.2 billones de dólares de financiación del Banco Mundial. En ejecución del proyecto se construyeron alrededor de 300 km de oleoducto y la problemática social principal surgió como consecuencia de que a las poblaciones indígenas que vivían a lo largo del oleoducto les prometieron oportunidades laborales y grandes beneficios como consecuencia de su ejecución. Sin embargo, tras la consecución de los principales objetivos del proyecto, los beneficios de las comunidades locales son insuficientes, por no decir inexistentes, en comparación con el daño social y medioambiental del que fueron víctimas y que subsiste en la actualidad. *Vid.*: Rothe & Friedrichs (2015).

³³ El programa de “reubicación” o *Villagization* ejecutado en 2015 en Etiopía, que ha sido financiado con 2.000 millones dólares por el Banco Mundial a través del Programa de Promoción de Servicios Básicos (PBS), presenta el concepto de “nuevo desarrollo” y tiene por objeto reubicar a las poblaciones indígenas en zonas centralizadas con mejores infraestructuras, lo que permite a su vez el uso de sus tierras por los inversionistas extranjeros (Human Rights Watch 2013: p. 30). Este tipo de proyectos son un subproducto central de la agenda neoliberal enmascarada como “desarrollo”. Los

Según Roth & Friedrichs (2015: 36), estas instituciones son frecuentemente cómplices de políticas que exacerban los conflictos étnicos en ciertos países, aumentan la brecha entre ricos y pobres, causan graves daños ambientales, descuidan la agricultura (crucial para la supervivencia de amplias partes de la población en numerosos países del Sur global) y son insensibles al desplazamiento de un gran número de comunidades originarias en estos países. Por ello, las víctimas de los crímenes de la globalización se encuentran normalmente en países africanos, asiáticos y latinoamericanos del “Sur Global”, que sufren problemas económicos y cuentan con pasados coloniales³⁵.

Esta teoría, entendida como la realización de prácticas nocivas y criminales legitimadas en el contexto de la globalización, presenta una aproximación útil para abordar el fenómeno de la corrupción

crímenes de la globalización son en realidad relaciones y procesos continuos en los que participan una serie de entidades con sede tanto en los países occidentales y del Norte global como en los países del Sur global. Entre estas entidades se encuentran las instituciones financieras internacionales, sus Estados patrocinadores (especialmente Estados Unidos), las corporaciones y empresas multinacionales, y los líderes políticos y empresariales de los Estados del Sur global. Desde la perspectiva de los crímenes de la globalización, las acciones específicas de los funcionarios de desarrollo de las instituciones financieras internacionales y los proyectos específicos que patrocinan son manifestaciones de crímenes estructurales y sistémicos. *Vid.*: Rothe & Friedrichs (2015).

³⁴ Entre ellas destacan por su relevancia el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Grupo Banco Mundial, compuesto por el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo (IBRD), la Asociación para el Desarrollo Internacional (IDA), la Corporación Internacional de Finanzas (IFC), la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) y el Centro Internacional para la Solución de Disputas de Inversión (ICSID).

³⁵ Roth & Friedrichs (2015: 6-7, 33-34) subrayan también que en el Norte Global (países ricos, o también llamados del Primer Mundo) viven millones de pobres, de personas impotentes e inmigrantes ilegales, entre otros. Por su parte, en el Sur global viven millones de personas de clase media que viven cómodamente y algunas personas extremadamente ricas, incluso algunos multimillonarios. En consecuencia, no se debería pensar en el Norte y el Sur Globales en términos exclusivamente geográficos, sino más en términos de distribuciones globales asimétricas de poder y privilegio.

transnacional. Así, evidencia cómo muchas de las prácticas nocivas de las que se ocupa sólo son posibles gracias a la corrupción y a la asociación de entidades internacionales con organizaciones que facilitan o intervienen en el pago de dádivas y en la comisión de otras prácticas corruptas. Además, visibiliza la forma en que la seguridad financiera se garantiza, en gran medida, gracias a la globalización y el entramado que, como consecuencia de ella, se teje entre grupos de la delincuencia organizada que operan al margen de la ley, Estados que fungen como paraísos fiscales y organizaciones internacionales que miran al costado, facilitando así las transacciones y la seguridad del dinero mal habido.

Sin embargo, existen ciertas características y modalidades de la corrupción transnacional que esta aproximación no logra reflejar adecuadamente, entre las que cabe mencionar: (a) la garantía de impunidad frente a la aplicación del derecho de quienes incurrir en prácticas de corrupción transnacional; y (b) las prácticas de corrupción en territorios netamente nacionales, donde las autoridades locales garantizan la impunidad y el éxito de la actividad.

6.7. La victimología

La victimología nació a mediados del siglo XX cuando criminólogos como Von Henting (1948) y Mendelsohn (1956) estudiaron la conexión entre víctimas y victimarios y señalaron que ambos se encontraban recíprocamente relacionados, si bien su análisis se centró en cómo contribuyen las víctimas a su propia victimización³⁶. Anunciado el fracaso de la política criminal del Estado de Bienestar

³⁶ Las primeras investigaciones examinaron, por ejemplo, cómo un accionar irresponsable o descuidado podía llamar la atención de los ladrones o asaltantes y favorecer la realización de una conducta ilícita. Von Henting (1948) pretendía encontrar las características de una víctima típica, es decir, los elementos que podrían incrementar significativamente el riesgo de victimización de esa persona. Aun cuando este enfoque puede parecer fuera de lugar en la actualidad, sobre todo en lo relativo a la “culpabilización de la víctima” (es decir, responsabilizar a la víctima, total o parcialmente, por el delito), Von Henting hizo una contribución extraordinaria a la Criminología al señalar y comprobar la importancia de la víctima en lo que

con respecto a la resocialización y la rehabilitación social (Martinson, 1974), se cambia el enfoque unidireccional del castigo como prevención especial positiva (recuperación del autor) y se abre todo un ámbito de discusión sobre la necesidad de contar con alternativas que incluyan también a la víctima (Galain, 2010). De esta manera, la víctima comienza a ganar terreno desde el Derecho procesal penal frente a la teoría del bien jurídico protegido y a la abstracción de su lesión, que ubica al Estado como víctima del delito en su condición de titular de la norma violada por el delincuente (Eser, 1992).

A partir de 1970 el enfoque se centró en la prevención de la victimización, con un interés especial en las múltiples formas de daño que experimentan las víctimas³⁷. En este contexto, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en 1985 la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (“la Declaración”), lo que supuso un paso impor-

Mendelsohn (1956) llamó más adelante como la “pareja penal” de la víctima y el victimario.

³⁷ El desarrollo del movimiento por los derechos civiles en las décadas de 1960 y 1970 favoreció el nacimiento del movimiento a favor de los derechos de las víctimas, al promover la atención social de las poblaciones marginadas y cuestionar las políticas injustas de los gobiernos. Así mismo, el incremento de las tasas de delincuencia en la década de 1960, la atención que dio el movimiento feminista a la problemática de la violencia en contra de la mujer, los programas de indemnización temprana a las víctimas y el activismo político de las víctimas influenciaron el progreso del movimiento a favor de los derechos de las víctimas. Así, Drapkin organizó en 1973 el primer Simposio Internacional de Victimología, ofreciendo a profesionales, académicos, investigadores y estudiantes un foro internacional para debatir y centrarse en temas relacionados con las víctimas y el desarrollo de la victimología como ámbito de estudio independiente. En 1979 se creó la Sociedad Mundial de Victimología como una organización no gubernamental con el objetivo de fomentar el estudio y la práctica de la victimología, promover la labor interdisciplinaria y comparativa, y la cooperación entre distintos organismos y grupos internacionales, nacionales y regionales que se dediquen a los derechos de las víctimas. Desde entonces, se han establecido varias entidades internacionales con el fin de abordar cuestiones relativas a las víctimas de los delitos, incluyendo las redes de proveedores de servicios como *Victim Support Europe*. En 2018, se comenzó a planear la creación de *Victim Support Asia*.

tante hacia un enfoque unificado en el tratamiento de las víctimas³⁸. A pesar de ello, la Declaración no ha permitido eliminar la gran disparidad existente entre las jurisdicciones naciones en relación con el reconocimiento y respeto de los derechos de las víctimas y la provisión efectiva de servicios de apoyo psicosocial. Esta disparidad es resultado de diferentes fuerzas sociales, culturales, históricas, económicas y jurídicas³⁹. Por ello, la victimología contemporánea continúa afirmando que las víctimas requieren respuestas efectivas con respecto a la reparación, la restitución, la participación en los procesos judiciales y el apoyo jurídico y psicosocial (Kirchhoff, 2010)⁴⁰.

³⁸ La Declaración reconoce expresamente que las víctimas tienen derechos y necesidades que exigen respuestas legislativas, el establecimiento de apoyo, servicios y esfuerzos para garantizar su protección contra mayores agravios y, en la medida de lo posible, el derecho a la reparación. Además, la Declaración de 1985 ofrece una definición del término "víctima", lo que es de gran importancia para favorecer la unificación de las diferentes prácticas en los Estados miembros de las Naciones Unidas. La definición constituye también un logro importante por la extensión y alcance con que se define a quienes son víctimas de un delito, combinando la infracción del derecho penal con una amplia serie de daños resultantes de la misma. Además, la Declaración aclara que se debe reconocer a las víctimas y otorgarles sus derechos, sin importar si se ha identificado, detenido, procesado o condenado al victimario. Finalmente, la Declaración incluye también en su definición de víctima a las personas que sufren daños de manera indirecta, como la familia inmediata, las personas que dependen de la víctima directa y cualquier otra persona que haya sufrido daños como resultado de su intervención para ayudar a las víctimas directas.

³⁹ Esto no obsta para que, desde la aprobación de la Declaración en 1985, hayan existido varias iniciativas internacionales y regionales para asegurar el respeto y reconocimiento de los derechos de las víctimas. En el ámbito europeo se han adoptado normas regionales vinculantes tanto a nivel del Consejo de Europa como de la Unión Europea. Además, a nivel nacional, Sudáfrica, por ejemplo, ha publicado un estatuto de servicios para las víctimas de los delitos, consolidando el marco jurídico relativo a los derechos y servicios que se les prestan en Sudáfrica.

⁴⁰ Esta idea se ha fortalecido con el apogeo contemporáneo de la psicología y la asistencia social, que han contribuido a que haya más conciencia sobre la necesidad de las víctimas de obtener servicios psicosociales y jurídicos a tiempo y de no sufrir más estigmatización.

Para Böhm (2021), existen tres factores principales para entender la interrelación entre proyectos económicos, violencia y necesidades permanentemente insatisfechas de importantes sectores de la población en América Latina: (a) el aislamiento de los individuos vulnerables; (b) la colaboración involuntaria de las víctimas con sus victimarios antes, durante y después de la comisión del delito; y (c) el riesgo que conlleva vivir en ciertas áreas con abundancia de recursos naturales. Estos factores son el resultado de que, durante años, los Estados de la región han dejado, en gran medida, de lado los intereses de las comunidades vulnerables, las cuales suelen vivir en situación de pobreza y con unos índices muy bajos de educación.

Para abordar esta situación, la victimología propone, entre otras cosas, dotar a las comunidades vulnerables de acceso a los canales gubernamentales, garantizando así que cualquier infracción de la ley sea conocida y analizada por el Gobierno y demás instituciones, evitando de este modo su olvido. Así mismo, para la victimología, es imperativo que el Gobierno disminuya los índices de desempleo y de falta de acceso a la educación, porque no solo está incumpliendo sus deberes para con sus ciudadanos, sino que está promoviendo el abandono de estas comunidades, lo que facilita que terceros saquen provecho de esta situación. La victimología propone además mejorar las condiciones de las poblaciones indígenas y de las comunidades aledañas a los proyectos extractivos mediante la prevención. Esto se debe a la constatación de que “[m]uchas victimizaciones a gran escala no pueden ser logradas sin la preparación gradual tanto de las poblaciones victimizadas como del ambiente social del victimario” (Böhm, 2021).

De este modo, la victimización se produce cuando las instituciones encargadas de velar por la seguridad de la población como la policía o los tribunales de justicia no cumplen adecuadamente su trabajo y, por el contrario, sirven a los intereses de los poderosos, brindando, a través de lo que hemos denominado “seguridad jurídica”, un fuerte blindaje frente a las reacciones jurídicas (inmunidad de facto) cuya consecuencia es la impunidad. En consecuencia, si se diseñan sistemas de prevención como el acceso a información especializada y entendible desde su cosmovisión, las comunidades vulnerables se encontrarán en una mejor posición, por lo que cuando las

actividades extractivas les sean perjudiciales podrán levantar la voz y dejar de ser colaboradores involuntarios del delito (Böhm, 2021).

En relación con la corrupción transnacional, la victimología permite identificar con claridad algunas de sus principales características. Así, en lo que se refiere a la determinación de los posibles sujetos pasivos de las prácticas corruptas, se puede afirmar que las personas sin recursos son las más afectadas por estas dinámicas delictivas, como lo muestra la tendencia al alza de la ocurrencia cotidiana de actos de violencia y corrupción en contextos marginados, debido al aislamiento de las víctimas y a su colaboración voluntaria con el victimario antes, durante y después de la comisión del delito.

De esta manera, la victimología permite mostrar como las pequeñas comunidades (que suelen ser víctimas de grandes empresas transnacionales) se encuentran escasamente conectadas con las áreas urbanas y con cualquier tipo de actor gubernamental, lo que facilita el ocultamiento empresarial de sus prácticas corruptas. Así mismo, muchas victimizaciones a gran escala no pueden concretarse sin la preparación gradual tanto de las poblaciones que van a ser victimizadas como del ambiente social del victimario. Este escenario es el resultado de la poca información y los bajos niveles de educación con la que cuentan las víctimas, y de la contribución mediante prácticas corruptas de instituciones como la policía, la fiscalía y los tribunales de justicia, que, en lugar de tratar de evitar la victimización de la población en riesgo, se interesan principalmente por las necesidades de los poderosos (las grandes empresas transnacionales)⁴¹.

Finalmente, la victimología muestra también cómo el hecho de vivir en áreas ricas en recursos naturales aumenta las posibilidades de ser víctima de delitos, porque las poblaciones que allí habitan, no solo son vulnerables a los actos ya mencionados, sino que además,

⁴¹ Los propios Estados latinoamericanos parecen tener responsabilidad por esta situación, porque si cumplieran con sus obligaciones (por ejemplo, estar presentes físicamente en los territorios) para con estas poblaciones, garantizaran una mayor tasa de empleo y educación, dejarían de favorecer los intereses de los poderosos, y la tasa de corrupción y de población desplazada y engañada por parte de las corporaciones transnacionales sería mucho menor (Böhm, 2021).

fruto de los pactos corruptos entre empresas transnacionales e instituciones locales, regionales y/o nacionales, son víctimas de las acciones coercitivas de la policía y las fuerzas armadas cuando se movilizan contra el daño ambiental o las injustas condiciones laborales establecidas por las empresas. Por supuesto que las consecuencias descritas se potencian cuando las empresas transnacionales intervienen: (a) durante conflictos armados internos en zonas donde el Estado no tiene el monopolio ni del uso de la fuerza ni del cumplimiento de la ley, como ha sucedido en Colombia (Suel, 2021; Loingsigh, 2021); o (b) en ausencia del Estado de Derecho, como sucedió en las dictaduras militares del Cono Sur durante los años setenta y ochenta del siglo pasado (Saad-Diniz, 2021).

6.8. *La criminología del maldesarrollo*

Las teorías contemporáneas del desarrollo, especialmente aquellas enfocadas en los ámbitos económico y extractivo, han sido ampliamente aceptadas y aplicadas por distintos gobiernos de América Latina. Sin embargo, poco se ha debatido sobre las repercusiones sociales y medioambientales que la aplicación práctica de estas teorías tiene para las comunidades vulnerables. Esto se debe a la falta de interés en el enjuiciamiento de estas conductas y al beneficio económico de los actores involucrados⁴². En consecuencia, tanto el daño social como las violaciones de derechos humanos causadas por las actividades empresariales no son percibidas como crímenes por los medios de comunicación, por su público y por la sociedad en general (incluyendo a las altas esferas gubernamentales y judiciales), sino como inevitables efectos colaterales del progreso y el desarrollo. De ahí el estrecho vínculo entre violencia visible e invisible y los conceptos de desarrollo y *maldesarrollo* (Böhm, 2021).

⁴² La responsabilidad en los eventos en que el “desarrollo” no se concreta de la manera en que fue prometido, recae en diferentes actores. No obstante, no es suficiente para liberarse de esta responsabilidad con afirmar que no fue el actor X el que contaminó, o que el Estado no dio órdenes de matar a nadie, o que los recursos no son suficientes (Böhm, 2021).

En este escenario surge la aproximación de la criminalidad del *maldesarrollo*, conforme a la cual, “si el desarrollo entendido en un sentido integral es la realización de las necesidades básicas en el nivel más alto posible de su potencial, entonces el *maldesarrollo*, por implicar la implementación distorsionada de tales mecanismos y la obstaculización evitable de la satisfacción de las necesidades básicas, termina siendo, simplemente, violencia” (Böhn, 2021). Con base en lo anterior, la criminalidad del *maldesarrollo* identifica como se obstaculiza la satisfacción de necesidades básicas en grupos poblacionales históricamente vulnerados, en la sociedad local en general y en la propia población mundial en su conjunto.

Si bien esta aproximación criminológica no pretende circunscribirse únicamente al fenómeno de la corrupción transnacional, no es menos cierto que las prácticas corruptas generan un sinnúmero de consecuencias nocivas íntimamente ligadas a lo que Böhm (2018; 2021) propone, incluyendo el grave menoscabo de los derechos y necesidades básicas de las poblaciones más vulnerables.

De esta manera, la perspectiva del *maldesarrollo* permite visibilizar algunas de las características más relevantes del fenómeno de la corrupción transnacional, tales como:

1. La identificación de la acumulación de capital y de estatus social como su causa principal;
2. La amplia extensión de esta modalidad criminal debido, en gran medida, a la normalización social respecto de su existencia y a la romantización de los sujetos activos que la cometen (tal como ocurre con los crímenes de desarrollo económico agrario);
3. Las condiciones sistémicas (carencias presupuestales, ausencia de regulación y control, connivencia entre funcionarios y empresarios) que permiten a las empresas multinacionales maximizar su provecho a través de prácticas corruptas, lo que genera un incremento en las condiciones estructurales de la violencia (vulnerabilidad de las víctimas y ausencia de responsabilidad de los autores) y en la disminución de la calidad del ya precario Estado de Derecho;

4. La falta de eficacia en su persecución penal debido a sus vínculos con las distintas esferas del poder público.

6.9. La crimilegalidad

Para finalizar la revisión de las aproximaciones criminológicas que permiten visibilizar algunas de las características centrales de la corrupción transnacional, abordamos la denominada *crimilegalidad*. Schultze-Kraft (2019) desarrolla este concepto con base en sus experiencias de observación en Colombia (con respecto a la apropiación violenta, y no violenta, de tierras en el valle del Bajo Atrato y en zonas de Vichada)⁴³ y en Nigeria (donde estudia el robo a nivel industrial de crudo y los subsidios fraudulentos de combustible).

Para este autor, la *crimilegalidad* es un sistema político híbrido, caracterizado por la existencia de límites morales, normativos y sociales borrosos, de manera que la legitimidad de un sistema político puede dimanar tanto de la legalidad como de la ilegalidad/criminalidad. Así, si bien según la concepción Weberiana de los sistemas modernos de dominación, los sistemas y órdenes políticos están legitimados por una creencia generalizada de la capacidad de las autoridades establecidas por el Derecho de expedir normas obligatorias y castigar su inobservancia, Schultze-Kraft (2019) señala que es posible que la ilegalidad y la criminalidad puedan asumir también papeles igualmente importantes en la reproducción del orden político, debido a la legitimidad social que se les otorga. En consecuencia, la oposición entre legalidad e ilegalidad/criminalidad ha de ser analizada desde la perspectiva de la coexistencia de diversas legalidades dentro de sistemas de pluralismo jurídico.

A este respecto, en la política moderna, la legitimidad está circunscrita necesariamente, a la concurrencia de la efectividad de la

⁴³ Schultze-Kraft (2019) compara la apropiación violenta de tierras en la zona del valle del Bajo Atrato (departamento del Chocó), en la que se vieron involucrados grupos criminales/ilegales de paramilitares y una brigada del ejército colombiano, con la apropiación no violenta de tierras en la zona del Vichada, en donde no participaron grupos armados al margen de la ley). *Vid.*: Arias Castillo, 2017; Robledo, 2016.

norma y su moralidad. De esta manera, la creencia social generalizada en la norma dependerá de su validación por una autoridad distinta a quien la expidió. Esta “otra autoridad” son los valores morales socialmente aceptados. En consecuencia, si la legitimidad no proviene meramente de la racionalidad jurídica y del procedimiento de expedición de la “norma”, la criminalidad o ilegalidad también podría encontrar la legitimidad de sus normas a partir de un cambio en el paradigma de los estándares morales.

Como resultado de lo anterior, el orden *crimilegal* no se da de manera espontánea, sino que resulta de la coexistencia de diferentes legalidades dentro del sistema político. De esta manera, la legitimidad de la ley estatal se ve permanentemente impugnada y disputada por una amplia variedad de actores estatales y no-estatales, como los líderes políticos, los funcionarios del estado, los diversos movimientos sociales, la elite empresarial, las organizaciones criminales y los grupos paramilitares insurgentes, entre otros. En este proceso de discusión y disputa, tanto los actores legales como los ilegales/criminales, usan diferentes estrategias para permear o teñir de legitimidad sus actos. Es así, como el monopolio del uso de la violencia por el Estado, es sustituido en ciertos países, por oligopolios de violencia en los que el Estado es uno de varios actores legitimados para ejercitar la coerción. De este modo, el uso de la violencia (incluyendo la violencia ejercida por organizaciones criminales) puede convertirse en violencia legítima, porque sus actos están teñidos de legitimidad en un sistema político híbrido, gracias al cambio de paradigma y a la existencia de estándares morales y normativos borrosos.

La aproximación de la *crimilegalidad* es útil para entender ciertos aspectos del fenómeno de la corrupción transnacional. Así, en primer lugar, explica como muchas de las organizaciones e instituciones involucradas en este fenómeno existen y operan dentro de un sistema de desarrollo glocal (global-local) conformado por redes de capital, trabajo, información y mercados, donde las motivaciones, las estrategias y los recursos de los actores globales confluyen con el padecimiento, en áreas locales bien definidas, de las consecuencias sociales, políticas y económicas de su funcionamiento, lo que incluye, con frecuencia, la exposición a situaciones de corrupción y violencia sistemáticas (Mantilla, 2009).

Además, la *crimilegalidad* explica un fenómeno poco estudiado hasta el momento, pero ciertamente relevante para comprender la corrupción transnacional, consistente en que ciertas prácticas corruptas pueden, en ocasiones, ser percibidas como legítimas porque la legitimidad no dimana necesariamente de la legalidad, sino de una percepción social de legitimidad. De esta manera, la *crimilegalidad* visibiliza como algunas prácticas calificadas como corruptas por la ley, que son llevadas a cabo por grupos paramilitares, guerrillas y otros actores al margen de ley en países como Colombia, pueden ser socialmente consideradas como legítimas por la población de los territorios donde tienen presencia.

7. CONCLUSIONES

La corrupción y la criminalidad organizada son fenómenos complejos de amplia extensión, que se caracterizan por una clara dimensión transnacional. Su fluidez y adaptabilidad a diversos sistemas y culturas genera una gran dificultad para delimitarlos y abordarlos holísticamente. Aun así, en lo que se refiere al fenómeno de la corrupción transnacional se pueden identificar las siguientes características: amplia extensión, carácter organizado, dimensión transnacional, seguridad financiera, seguridad frente a la aplicación del Derecho (impunidad) y favorecimiento de los medios de comunicación. Así mismo, se observa que las organizaciones involucradas en este fenómeno operan desde las administraciones y poderes estatales, desde fuera del Estado, pero dentro de una aparente legalidad en los ámbitos económico, financiero, político, social y técnico, y/o al margen de la ley (ya se trate de delincuencia organizada en sentido estricto o de grupos armados organizados que participan en conflictos armados). Además, sus consecuencias (económicas, sociales, políticas, jurídicas, ambientales y éticas) son devastadoras, destacando especialmente el grave menoscabo en el disfrute de derechos fundamentales (sobre todo entre la población vulnerable) y la ruptura del tejido social, constituyendo una auténtica amenaza al desarrollo social sostenible y a la capacidad de acción institucional.

Ante las dificultades para el estudio de la corrupción transnacional, la interdisciplinariedad propia de las aproximaciones crimino-

lógicas presenta una enorme utilidad para tener una perspectiva más completa de sus principales aspectos. De esta manera, si bien ninguna permite describir plenamente este fenómeno, todas y cada una de las aproximaciones abordadas (macrocriminalidad, crímenes de masa, criminología de los poderosos, criminología de los medios de comunicación, criminología verde, crímenes de la globalización, victimología, criminología del *maldesarrollo* y *crimilegalidad*) permiten visibilizar con especial claridad alguna(s) de sus características más relevantes.

En particular, las herramientas de análisis que nos ofrecen estas aproximaciones indican que en tiempos de globalización de los mercados económico-financieros y de sustitución de políticas sociales relacionadas con el Estado de bienestar por políticas de tolerancia cero contra la criminalidad de “los otros” (población de bajos recursos, extranjeros, miembros de minorías, etc...) —pero de gran tolerancia (y frecuente encubrimiento mediático) hacia la criminalidad de los poderosos (delincuentes de cuello blanco y empresas multinacionales, entre otros) que es desarrollada a través de organizaciones que actúan en regiones con gran desigualdad socio-económica (lo que facilita la comisión de delitos de masa o “genocidios por goteo”) desde el aparato del Estado (lo que garantiza la impunidad, sobre todo cuando están involucradas las más altas autoridades), entidades privadas (que garantizan la seguridad financiera de los dineros mal habidos) y grupos al margen de la ley, donde la macrocriminalidad aparece en contextos tanto autoritarios como democráticos, y donde las víctimas de daños sistemáticos y/o a gran escala se multiplican debido a determinadas políticas públicas (como, por ejemplo, la guerra contra las drogas)—, deviene urgente el compromiso de las ciencias jurídico-sociales para ofrecer una respuesta comprensiva y eficaz frente a la corrupción transnacional.

En este contexto, surge la pregunta, que será abordada a lo largo de los demás capítulos de la presente obra colectiva, sobre la función que en el diseño de una respuesta efectiva al fenómeno de la corrupción transnacional pueden jugar las distintas herramientas que ofrece en la actualidad el derecho internacional penal, incluyendo (a) la CPI en cuanto que jurisdicción permanente con aspiraciones de universalidad; (b) otras jurisdicciones internacionales penales per-

manentes de ámbito universal que pudieran establecerse (como la propuesta de crear un TIP contra la corrupción); (c) las jurisdicciones internacionales penales permanentes de ámbito regional, como la establecida por la Unión Africana a través del Protocolo de Malabo o la propuesta de creación de una Corte para América Latina y el Caribe (COPLA); (d) las jurisdicciones penales especializadas de naturaleza híbrida (nacional/internacional) como el Tribunal Especial para Sierra Leona, las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya, el Tribunal Especial para el Líbano o las Salas Especializadas de Kósovo, por solo poner algunos ejemplos; (e) las jurisdicciones nacionales actuando conforme al principio de jurisdicción universal; y (f) las comisiones y misiones de apoyo internacionales que, como la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CIGIC), la Misión de Apoyo contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras (MACCIH) y la Comisión Internacional contra la Impunidad en El Salvador (CICIES) actúan en el ámbito interno para reforzar la capacidad de investigación de la Policía y del Ministerio Público.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. (4 de julio de 2006). Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. (Sentencia). Serie C No. 149.

CIDH. (01 de julio de 2006). Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia. (Sentencia). Serie C No. 148.

Doctrina

Albrecht, H. J. (2007). "International Kriminalität, Gewaltökonomie und Menschenrechtsverbrechen: Antworten des Strafrechts". En: *International Politik und Gesellschaft*. Vol 2. Pp.153-169.

Alpaca Pérez, A. (2013). "Macrocriminalidad y Derecho Penal Internacional". En: *Cuaderno de Trabajo del CICAJ N° 3. Nueva Serie*. Departamento Académico de Derecho, Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ): Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Ambos, K. (2005). *La parte general del derecho penal internacional: bases para una moderna elaboración dogmática*. Berlín: Duncker & Humblot, Fundación Konrad-Adenauer.
- Aristizábal, J. (2007). *Metamorfosis. Guerra, Estado y globalización en Colombia*. Ediciones Desde Abajo: Bogotá.
- Aronowitz, A. (2003). "Trafficking in Human Beings: An International Perspective". Siegel, D., Bunt, H., Van De Bunt, H & Zaitch, D. (eds.). En: *Global Organized Crime: Trends and Developments*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- Arroyo Quiroz, I. & Wyatt, T. (2018). *Criminología verde en México*. Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Astorga, L. (2015). *Drogas sin fronteras*. Ciudad de México: Debolsillo.
- Bagley, B.M. & Páez, A. (1991). *La Economía política del narcotráfico: el caso ecuatoriano*. Quito: FLACSO.
- Ballesteros, J. (2021). "España". En: Olasolo, H. & Buitrago, E., Mané, C. & Sánchez-Sarmiento, A. (eds.). En: *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Volumen 12 de la Colección Perspectiva Ibero-Americanas sobre la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Benito Sánchez, D. (2021). "Análisis de la política criminal contra la corrupción a la luz de las iniciativas internacionales y regionales desde el Derecho penal transnacional". En: Olasolo, H. & Buitrago, E., Mané, C. & Sánchez-Sarmiento, A. (eds.). En: *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Volumen 12 de la Colección Perspectiva Ibero-Americanas sobre la Justicia. Tirant lo Blanch: Valencia.
- Benson, J. S., & Decker, S. (2010). "The organizational structure of international drug smuggling". En: *Journal of Criminal Justice*. Vol. 38 (2). Pp.130-138.
- Benson, J. S. & Simpson, S. (2018). *White-Collar Crime. An Opportunity Perspective*. 3rd Ed. Nueva York: Routledge.
- Benson, M., Madensen, T. & Eck, J. (2009). "White-Collar Crime from an Opportunity Perspective". En: Simpson, S. & Weisburd, D. (eds.). *The Criminology of White-Collar Crime*. Nueva York: Springer. Pp. 175-193.
- Berdugo, I. (2016). "Corrupción y Derecho penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal". En: *Revista Penal*. Vol. 37. Pp.23-45.

- Berdugo, I. (2017). "Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso". En: *Revista Penal*. Vol 40.
- Berdugo, I. & Liberatore, A. (2012). "Presentación". *Estudios sobre la Corrupción. Una reflexión hispano-brasileña*. Centro de Estudios Brasileños. Salamanca: Universidad de Salamanca: Salamanca.
- Berkowitz, B. D. (2003). *The new face of war: How war will be fought in the 21st century*. Free Press: Nueva York.
- Bessant, J. (2002). "Left, right or straight ahead: contemporary prospects for progressive and critical criminology." En: Carrington K. & Hogg R. (eds.). *Critical Criminology. Issues, debates, challenges*. Willan Publishing: Cullompton.
- Blovich, S. L. (2004). *Vigilante in the field of financial transactions*. Documento DOC.W. M/16/04, Ponencia en el seminario ICEPS sobre Riesgos Corporativos, Morton Banking Center, Off-Print ICEPS: Nueva York.
- Boekhout van Solinge, T. (2020). "The Amazon Rainforest: A Green Criminological Perspective". En: South, N. & Brisman, A. (eds.). *Routledge International Handbook of Green Criminology*, Routledge: Londres/Nueva York. Pp. 199-213.
- Böhm, M. L. (2018). *The Crime of Maldevelopment: Economic Deregulation and Violence in the Global South*. Routledge: Nueva York.
- Böhm, M. L. (2021). "La criminalidad del maldesarrollo. Una categoría necesaria en la criminología." En: Galain Palermo, P. & Saad-Diniz, E. (eds.) (2021). *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- Brisman A. & South N. (2020). "The growth of a field: a short history of a 'green' criminology". En: South, N. & Brisman, A. (2 ed.). *Routledge International Handbook of Green Criminology*. Londres/Nueva York: Routledge.
- Bunker, R. J. (2014). *Networks, terrorism and global insurgency*. Londres: Routledge.
- Burgos, Á. (2015). "Cuello Blanco y Delito". En: *Revista de Ciencias Jurídicas*. Vol. 138.
- Carrasco, A. & Fernández, E. (2009). "Estrategias de resistencia indígena frente al desarrollo minero. La comunidad de Likantatay ante un posible traslado forzoso". En: *Estudios Atacameños*. Vol. 38. Pp.75-92.
- Castells, M. (1996). *End of Millenium*. Oxford: Blackwell.
- Castells, M. (1998). *La Era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura, El Fin del Milenio*. Madrid: Alianza Editorial.
- Castresana, C. (2004). "Corrupción, globalización y delincuencia organizada". En: Rodríguez García, N. & Fabián, E. (2004) *La corrupción en un*

- mundo globalizado análisis multidisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis. Pp. 213-226.
- Chanamé, R. (2007). *Diccionario de ciencia política*. Lima: Editorial San Marcos.
- Coleman, J. (1987). "Toward an Integrated Theory of White-Collar Crime". En: *American Journal of Sociology*. Vol. 93(2).
- Delarbre, R. (2010). "Muchos medios en pocas manos: concentración televisiva y democracia en América Latina". En: *Intercom - Revista Brasileira de Ciências da Comunicação*. Vol. 33 (1). Pp. 11-17.
- Domaine, M. (2007) "Criminalidad Económica y Terrorismo", En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*. Vol. 1. Pp. 83-132.
- Engelhart, M. (2016). "Objetivos de la Justicia de Transición". En: Pablo Galain Palermo (ed.), *¿Justicia de Transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Eser, A. (1992). "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales". En: Roxin et. al. (eds.). *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc. Pp. 15-52.
- Fabricius, D. (2016). "Uruguay just desert: ¿Hay una obligación de castigar simplemente por haberlo merecido?". En: Galain Palermo, P. (Ed) (2016). *¿Justicia de Transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fernández Steinko, A. (2008). *Las pistas falsas del crimen organizado: finanzas paralelas y orden internacional*. Madrid: Catarata.
- Fernández Steinko, A. (2013). *Delincuencia, finanzas y globalización*. Madrid: CIS.
- Fernández Steinko, A. (2021). *La economía ilícita en España*. Madrid: Alianza.
- Finckenauer, J. (2010). *Mafia y crimen organizado*. Barcelona: Ediciones Península.
- Fijnaut, C. (2021). "Giovanni Flacone's Prediction of the Italian Mafia's Expansion into North-West Europe". En: Haverkamp et. al. (eds.) *Unterwegs in Kriminologie und Strafrecht- Exploring the World of Crime and Criminology*. Berlin: Duncker&Humblot.
- Fitzgibbon, W. & Hudson, M. (2021). "Five years later, Panama Papers still having a big impact". *International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ)*. <https://www.icij.org/investigations/panama-papers/five-years-later-panama-papers-still-having-a-big-impact/>
- Foucault, M. (1981). "The order of discourse." En: Shapiro (ed.), En: *Language and Politics*. New York University Press. Nueva York: Routledge.

- Friedrichs, D. O. & Rothe, D.L. (2015). *Crimes of Globalization*. London: Routledge.
- Gómez Urso, F. (2012). *La selectividad policial*. Buenos Aires: Editorial Di Plácido.
- Galain Palermo, P. (2021a). “Empresas, derechos humanos y la reacción del Derecho Penal: la necesidad de un concepto amplio de sanción”. En: Galain Palermo, P. & Saad-Diniz, E. (eds.) (2021). *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Galain Palermo, P. (2021b). “Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?”. *Revista Política Criminal*. Vol. 16 (32).
- Garay, L., Salcedo-Albarán, E. & Álvarez-Villa, D. (2020). *Macro-Corrupción y Cooptación Institucional en el departamento de Córdoba, Colombia*. Bogotá: Centro de Investigación Económica y Social, Laboratorio Latinoamericano de Probidad y Transparencia.
- García Villegas, M. (2009). *Normas de Papel. La Cultura del Incumplimiento*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Gilman, N., Goldhammer, J. & Weber S. (2011). *Deviant globalization: Black market economy in the 21st century*. Nueva York: Continuum.
- Ghazi-Tehran, A. & Pontell, H. (2020). “Corruption in the United States and China: codes of conduct vs. crackdowns”. *Crime, Law and Social Change*. Vol 73(4). Pp. 73-92.
- González, J. (2018). *Odebrecht. La historia completa. Los secretos de un escándalo de corrupción que desestabilizo a América Latina*. Bogotá: Penguin Random House.
- Gottschalk, P. (2010). *White-Collar Criminals: Theoretical and Managerial Perspectives of Financial Crime*. Colección Criminal Justice, Law Enforcement and Corrections. Nueva York: Hauppauge.
- Grabosky, P. (2009). “Globalization and White-Collar Crime”. En: Simpson, S. & Weisburd, D. (eds.) *The Criminology of White-Collar Crime*. Nueva York: Springer.
- Gragert, B. A. (1997). “Yakuza: The Warlords of Japanese Organized Crime”. En: *Annual Survey of International & Comparative Law*. Vol. 4 (1).
- Graycar, A., & Sidebottom, A. (2012). “Corruption and control: A corruption reduction approach”. En: *Journal of Financial Crime*. Vol 19(4). Pp. 384-399.

- Haan, V. (2008). *Joint Criminal Enterprise: Die Entwicklung einer mittäterschaftlichen Zurechnungsfigur im Völkerstrafrecht*. Berlín: Duncker & Humblot.
- Hagan, F. (1983). "The Organized Crime Continuum: A Further Specification of a New Conceptual Model". En: *Criminal Justice Review*. Vol. 8. Pp. 52-57.
- Hall, M. (2014). "Victims of Environmental Crime: Routes for Recognition, Restitution and Redress". En: Spapens, T., White, R. & Kluin, M. (eds.). *Environmental Crime and Its Victims: Perspectives within Green Criminology*. Aldershot: Ashgate. Pp. 103-118.
- Hellman, J. & Kaufmann, D. (2001). "La captura del Estado en economías en transición". En: *Finanzas & Desarrollo*. Vol. 38(3). Pp. 31-35.
- Hernández-Basualto, H. (2021). "Responsabilidad penal de las personas jurídicas por violaciones a los Derechos Humanos. Los límites de un cruce". En: Galain Palermo, P. & Saad-Diniz, E. (eds.). *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hernández-Basualto, H. (2021). "Chile". En: Olasolo, H. & Buitrago, E., Mané, C. & Sánchez-Sarmiento, A. (eds.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Volumen 12 de la Colección Perspectiva Ibero-Americanas sobre la Justicia. Tirant lo Blanch: Valencia.
- Hernández Viguera, J. (2009). *Al rescate de los paraísos fiscales. La cortina de humo del G-20*. Barcelona: Icaria.
- Herzog, F. (2008). "¿No a la persecución penal de dictadores ancianos? Acerca de la función de la persecución penal en la criminalidad estatal". En: *Política Criminal*. No. 5.
- Hoelzl, W. (2006). "The Evolutionary Theory of the Firm: Routines, Complexity and Change". En: Dietrich, M. (ed.) *Economics of the Firm: Analysis, Evolution and History*. Londres: Routledge. Pp.111-126.
- Hurtado Pozo, J. (1995). *Corrupción: el caso peruano, Pena y Estado*. Buenos Aires: Del Puerto. Pp.155-164.
- Insieg. (2020). "Narcoeconomía en España durante la pandemia del Covid-19". Blog Seguridad al Día. <https://www.inisieg.es/blog/seguridad/narcoeconomia-en-espana-durante-la-pandemia-del-covid-19/>
- Jarrell, M. & Ozymski, J. (2014). "Communities as Victims of Environmental Crime: Lessons from the Field". En: Spapens, T., White, R. & Kluin, M. (eds.). *Environmental Crime and Its Victims: Perspectives within Green Criminology*, Aldershot: Ashgate. Pp. 249-261.

- Jäger, H. (1989). *Makrokriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Joly, E. (2003). *Impunidad. La corrupción en las entrañas del poder*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Kaplan, D.E. & Dubro, A. (2003). *Japan's Criminal Underground*. Berkeley: University of California Press.
- Katarova, E. (2019). *The Social Construction of Global Corruption. From Utopia to Neoliberalism*. Cham: Palgrave McMillan.
- Keeney, M. (2007). "The architecture of drug trafficking: network forms of organisation in the Colombian cocaine trade". En: *Global Crime*. Vol. 8.
- Kirkpatrick, E. (2016). *The American Drug War in Colombia: Causes, Consequences, and new Policies for an Era of a loosening Stance against Drugs*. Tesis: Department of Political Science and the Robert D. Clark Honors College.
- Kleemans, E. (2014). "Theoretical perspectives on Organized Crime". En: Kleemans, E. (ed.) *The Oxford Handbook of Organized Crime*. Oxford University Press: Oxford.
- Lauría, S. (2019). "Panamá". En Caparros, M. & Fonseca, D. (eds.). En: *Perdidos, ¿Quién gana la copa América de la corrupción?* Buenos Aires: Planeta. Pp. 145-159.
- Leroy, R. (1990). *Microeconomía*. Bogotá: McGraw Hill.
- Levi, M. (2006). "Media Construction of Financial White-Collar Crimes". En: *British Journal of Criminology*. Vol. 46(6).
- Levi, M. (2008). "White-Collar and Organised Crime in the Media". En: *Crime Narratives in Context Network, Seminar Papers*. Vol. 9.
- López, A. & López, S. (2019). *Narcoeconomía: aportes para un debate informado y una agenda de investigación sobre mercados e impactos de las políticas públicas*. Buenos Aires: CECE.
- López González, S. P. (2021). "México". En: Olasolo, H. & Buitrago, E., Mané, C. & Sánchez-Sarmiento, A. (eds.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Volumen 12 de la Colección Perspectiva Ibero-Americanas sobre la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Madanipour, A. & Thompson, M. (2020). "Is globalization linked to low corruption in OECD countries?". En: *Crime, Law and Social Change*. Vol. 73. Pp. 443-455.
- Mantilla, S. (2009). "Hacia una perspectiva "glocal" del conflicto armado en Colombia: dinámicas y actores en los espacios transfronterizos y transnacionales". En: *Revista Papel Político*. Vol. 14.

- Martinson, R. (1974). "What works? Questions and answers about prison Reform". En: *The Public Interest*. Vol. 35.Pp. 22-54.
- Mayoral, P. (2021). "Caso "San Carlos-Panantza" (Minería a gran escala en Ecuador)". En: Galain Palermo, P. & Saad-Diniz, E. (eds.) (2021). *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Medel, M. & Thoumi, F. (2014). *Mexican Drug 'Cartels'*. Oxford: Oxford University Press.
- Meza, V. (sf). "Narcopolítica". CEDOH. <https://www.cedoh.org/Documentacion/Articulos Varios/files/Narcopolitica.pdf>
- Modolell, J. L. (2021). "La conducta jurídico-penal de la persona jurídica como ejemplo de expansión punitiva." En: Galain Palermo, P. & Saad-Diniz, E. (eds.) (2021). *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Morales, J.H. (2021). "El Salvador". En: Olasolo, H. & Buitrago, E., Mané, C. & Sánchez-Sarmiento, A. (eds.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Volumen 12 de la Colección Perspectiva Ibero-Americanas sobre la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Neubacher, W. (2006). "How It Can Happen that Horrendous State Crimes Are Perpetrated? An Overview of Criminological Theories". En: *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 4(4).
- Nieto, A. (2021). "Justicia empresarial restaurativa y víctimas corporativas". En: Galain Palermo, P. & Saad-Diniz, E. (eds.) (2021). *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Noguera, A. (2016). *La relación organización-entorno y la ontología evolutiva: una propuesta para la comprensión de las interacciones como producto del proceso evolutivo de reglas con la caracterización de la prestación del servicio de salud en urgencias*. Tesis Doctoral. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Obokata, T. & Payne, B. (2017). *Transnational Organised Crime. A comparative Analysis*. Londres: Routledge.
- Obokata, T. (2006). *Trafficking in Human Beings From a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Olasolo, H. (2017). *Derecho Internacional Penal, Justicia Transicional y Crímenes Transnacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olasolo, H. & Galaín, P. (2018). "Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención Especial a los Casos de Argentina, Colombia, España,

- México y Uruguay.” *Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch. <https://www.iberoamericaninstituteofthe Hague.org/formacion-e-investigacion/coleccion-perspectiva-iberoamericana-sobre-la-justicia/volumen-1-coleccion-desafios-derecho-internacional-penal>.
- Olasolo, H. (2018). *International Criminal Law, Transnational Criminal Organizations and Transitional Justice*. Boston-Leiden: Brill /Martinus Nijhoff.
- Olasolo, H. (2021). “La corrupción como causa de graves violaciones de derechos humanos constitutivas de crímenes de lesa humanidad.” En: Galain, P. & Saad-Diniz, E. (eds.) (2021). *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olasolo, H. (2021a). “Conclusiones”. En: Olasolo et. al. (eds.), *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito Ibero-Americano*. Volumen 12. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olasolo, H. (2021). “La corrupción como causa de graves violaciones de derechos humanos constitutivas de crímenes de lesa humanidad”. En: Galain, P. & Saad-Diniz, E. (2021). *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olasolo, H. & Mané, C. S. (2021). ‘La respuesta desde los mecanismos de aplicación del Derecho internacional penal. Especial énfasis en la corrupción asociada al crimen transnacional organizado’. En: Olasolo, H. & Buitrago, E., Mané, C. & Sánchez-Sarmiento, A. (eds.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Volumen 12 de la Colección Perspectiva Ibero-Americanas sobre la Justicia. Tirant lo Blanch: Valencia.
- Olasolo, H. & Galain, P. (2022): “La insuficiencia del enfoque de los tratados internacionales anticorrupción para abordar la corrupción transnacional organizada”. En: *Revista de Derecho Universidad Austral*. Vol. XXXV. Núm. 2. Pp. 227-249.
- Oliveira, N. & Ribeiro, E. (2019). “La masacre negra brasileña en la guerra contra las drogas”. En: *Sur: International Journal on Human Rights*. Vol. 15(28). Pp. 35-43.
- O’Neil, S. (2009). “The Real War in Mexico: How Democracy Can Defeat the Drug Cartels”, En: *Foreign Affairs*. Vol. 88(4). Pp. 63-77.
- Palma, O. (2019). *Commercial Insurgencies in the Networked Era: The Revolutionary Armed Forces of Colombia*. Nueva York: Routledge.
- Paoli, L. & Vander Beken, T. (2014). “Organized Crime. A Contested Concept”. En: Paoli, L. (ed.) *The Oxford Handbook of Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press.

- Passos, I. F. & Barral, I. (2013). "Drug Policy: What Impact does it have on Children and Youth?" En: *Psicología & Sociedad*. Vol. 25. Pp.111-121.
- Paternostro, S. (1995), "Mexico as a 'Narco-democracy". En: *World Policy Journal*. Vol. 12.
- Prieto, C. A. (2013). *Las bacrim y el crimen organizado en Colombia*. Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung.
- Ragagnin, F. (2005). "El relato de las noticias sobre delito de cuello blanco: La criminalidad de etiqueta". En: *Revista Palabra-Clave*. Vol. 13.
- Ramírez-Montes, S. & Peñafort, J.S. (2021). "El caso del Cartel de la Toga". En Olasolo, H. & Buitrago, E., Mané, C. & Sánchez-Sarmiento, A. (eds.). En: *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Volumen 12 de la Colección Perspectiva Ibero-Americanas sobre la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ramírez Saíz, J. M. (2006). *Ciudadanía Mundial*. Guadalajara: Editorial ITE-SO.
- Reinicke, G. (2015). "Umbrales entre el narcotráfico y el desarrollo regional en Bolivia". Puente Investigación y Enlace. files.server.idpc.net/library/umbrales-bolivia-2.pdf.
- Rexton, P. (2016) *Drug Trafficking and International Security*. Londres: Rowman & Littlefield.
- Reynolds, J.L. (2006). "Yakuza: Traditions and Amputations". En: Reynolds, J.L. *Secret Societies: Inside the World's Most Notorious Organizations*. Arcade Publishing: Nueva York.
- Rincón, O. (2019). "Perder es ganar un poco". En: Caparros, M. & Fonseca, D. (eds.), *Perdimos, ¿Quién gana la copa América de la corrupción?* Planeta: Buenos Aires.
- Rincon-Ruiz, A. & Kallis, G. (2013). "Caught in the middle, Colombia's war on drugs and its effects on forest and people". En: *Geoforum*. Vol. 46. Pp.60-78.
- Ríos, V. (2015). "How Government Coordination Controlled Organized Crime: The Case of Mexico's Cocaine Markets". En: *Journal of Conflict Resolution*. Vol. 59(8). Pp. 1433-54.
- Ritch, J. (2002). "They'll Make You an Offer You Can't Refuse: A Comparative Analysis of International Organized Crime". En: *Tulsa Journal of Comparative and International Law*. Vol. 9.
- Roberts, P. (2003). "Restoration and Retribution in International Criminal Justice: An Exploratory Analysis". En: von Hirsch, A. et. al. (eds.), *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford: Hart Publishing.

- Rodríguez, G. (2010). *Antiguas y nuevas amenazas a la seguridad de América Latina*. Ponencia presentada en la VII Asamblea Plenaria del Foro Interparlamentario de las Américas (FIPA). Ciudad de México.
- Rojas, F. (2011). "Violencia en América Latina. Debilidad Estatal, Inequidad y Crimen Organizado Inhiben el Desarrollo Humano". En: Rojas, F. & Álvarez, A. (eds.). *América Latina y el Caribe: Globalización y Conocimiento. Repensar las Ciencias Sociales*. Montevideo: Unesco-Flacso.
- Rose-Ackerman, S., & Palifka, B. (2016). *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform* (2nd ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Ruggiero, V. (1997). "Criminals and Service Providers: Cross-National Dirty Economies". En: *Crime, Law & Social Change*. Vol 28. Pp. 27-38.
- Ruggiero, V. (2001). *Crime and Markets: Essays in Anti-Criminology*. Oxford: Oxford University Press.
- Sánchez García de Paz, I. & Blanco Cordero, I. (2000). "Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio". En: *Revista Penal*, Vol. 6. Pp.3-14.
- Sandoval, I. (2016). "Enfoque de la corrupción estructural: poder, impunidad y voz ciudadana". En: *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 78 (1).
- Seymour, C. (1996). *Yakuza Diary: Doing Time in the Japanese Underworld*. Nueva York: Atlantic Monthly Press.
- Simpson, S. (2011). "Making Sense of White-Collar Crime: Theory and Research". En: *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 8.
- Shaxson, N. (2014). *Las islas del tesoro. Los paraísos fiscales y los hombres que se robaron el mundo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Schultze-Kraft, M. (2019) *Crimilegal Orders, Governance and Armed Conflict*. Devon: Palgrave Pivot.
- Sebith, B. (2017). *El tratamiento criminológico de la información periodística sobre delitos de cuello blanco. Estudio del caso FIFAGate publicado por los diarios Clarín y Olé entre 2015 y 2016*. Buenos Aires: Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales.
- Smith, J. (2008-2009). "An International Hit Job: Prosecuting Organized Crime Acts as Crimes Against Humanity". En: *Georgetown Law Review*. Vol. 97.
- Spapens, T. (2014). "Invisible Victims: The Problem of Policing Environmental Crime". En: Spapens, T., White, R. & Kluin, M. (eds.). *Environmental Crime and Its Victims: Perspectives within Green Criminology*. Farnham: Ashgate.

- Suelt, V. (2021) “Dimensiones territoriales de la transición colombiana a la luz de vulneraciones de DDHH por parte de las empresas transnacionales mineras”. En: Pablo Galain Palermo y Eduardo Saad-Dinis (eds.), *Responsabilidad empresarial, Derechos Humanos y la Agenda del Derecho Penal Corporativo, Tirant lo Blanch*: Valencia.
- Sullivan, J. P. & Bunker, R. J. (2015). “Criminal Insurgents in Mexico and Latin America”. En: *A Small Wars Journal—El Centro Anthology*. Vol. 4.
- Sutherland, E. (1983). *White Collar Crime: the Uncut Version*. Holt Rinehart and Winston: New York.
- Sykes, Gresham M. & Matza, D. (1957). “Techniques of neutralization: a theory of delinquency”. En: *American Sociological Review*. Vol. 22(6). 664-670. Reproducido en: Muncie, J., McLaughlin, E. & Langan, M. (eds.) (2005). En: *Criminological Perspectives*. Essential Readings: Londres.
- Tamayo, F. L. & Ariza, L.J. (2021). “Colombia”. En: Olasolo, H. & Buitrago, E., Mané, C. & Sánchez-Sarmiento, A. (eds.). En: *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Volumen 12 de la Colección Perspectiva Ibero-Americanas sobre la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Thompson, D. (1995). *Ethics in Congress: From Individual to Institutional Corruption*. Washington D.C.: Brookings Institute.
- Thrasher, F. M. (1960). *The Gang: A Study of 1,313 Gangs in Chicago*. Chicago: University of Chicago Press.
- Treisman, D. (2000). “The Causes of Corruption: A Cross-National Study”. En: *Journal of Public Economics*. Vol. 76.
- Williams, P. (1996). “Global Organized Crime: Hearing Before the H. Comm”. En: *International Relations*. Vol. 104.
- Zaffaroni, E. (2012). *Crímenes de masa*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.
- Zaffaroni, E. (2012b). *La Pachamama y el humano*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.
- Zaffaroni, E. (2015). *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.
- Zuñiga, L. (2009). *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Madrid: Comares.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). Corrupción y derechos humanos. Doc. Núm. OEA/Ser.L/V/II. 6 de diciembre de 2019.
- International Crisis Group (2012). *Annual report*.
- Larraín, L. (2019). “Narcopolítica”. En: Blog Libertad y Desarrollo. <https://lyd.org/opinion/2019/06/narcopolitica/>
- Mbonu, C. (2004). *Informe preliminar de la Relatora Especial, La corrupción y sus repercusiones en el pleno disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales*. Organización de las Naciones Unidas, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Doc. Núm. E/CN.4/Sub.2/2004/23. 7 de julio de 2004.
- Paullier, J. (2015). ““Narcoeconomía”: ¿debe la lucha antidrogas quedar en manos de los economistas?” BBC Mundo. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160405_mexico_libro_narconomics_wainwright_estrategia_carteles_narcotrafico_jp.
- Prensa-Congreso. (s.f.). “Plantean Propuestas Legislativas Contra la Narcopolítica”. Congreso de Perú. <https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Prensa/heraldo.nsf/CNtitulares2/2ABF0FB81D86511C05257EAD00435434/?OpenDocument>.
- Real Academia Española. (s.f.). “Narcopolítica”. <https://dle.rae.es/narcopol%C3%ADtica>
- Transparencia Internacional (2009). *Guía de lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción*. Disponible en: <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contrala-corrupci%C3%B3n.pdf>

PARTE II
LOS MECANISMOS DE
APLICACIÓN DEL DERECHO
INTERNACIONAL PENAL

*II.1. LOS TRIBUNALES
INTERNACIONALES PENALES DE
ÁMBITO UNIVERSAL*

Capítulo 2

La función que podría desempeñar la Corte Penal Internacional para responder al fenómeno de la corrupción transnacional

HÉCTOR OLASOLO*

ANDRÉS SÁNCHEZ SARMIENTO*

PABLO GALAIN PALERMO*

1. INTRODUCCIÓN

Las aproximaciones criminológicas analizadas en el capítulo anterior muestran como detrás del fenómeno de la corrupción trans-

* Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España); Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos); Profesor Titular de Carrera Académica de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección *International Law Clinic Reports* (ILCR); Coordinador General de las Redes de Investigación *Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional*; *Senior Lecturer* en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Países Bajos); Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre *Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional*. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

* Abogado de la Universidad del Rosario (Colombia), con profundización en Derechos Humanos y Derecho Constitucional, y con especialización en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Colombia. Fue integrante de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario, en apoyo de la OPCV (cohorte 2018).

* Investigador y Docente en la Universidad Andrés Bello, Facultad de Derecho, Santiago de Chile. Doctor Europeo en Derecho (Universidad de Salamanca,

nacional se encuentran organizaciones que operan en los mercados de forma lícita e ilícita más allá de las fronteras de un Estado, y que pueden recurrir tanto a la violencia armada como a sus influencias políticas, sociales, económicas y mediáticas para desarrollar sus prácticas corruptas, menoscabando los derechos fundamentales de los grupos más vulnerables de la población (Galain & Saad-Diniz, 2021).

Dichas aproximaciones reflejan también que las principales características de este fenómeno tan complejo son las siguientes: amplia extensión, carácter organizado, participación de entramados de los sectores público, privado y al margen de la ley, seguridad financiera, garantía de impunidad frente a la aplicación del Derecho, encubrimiento por gran parte de los medios de comunicación, y afectación de los derechos fundamentales de las comunidades más vulnerables ante la pérdida de recursos para financiar políticas públicas que aborden su situación.

En consecuencia, no es irrazonable pensar en un principio en la existencia de un estrecho vínculo entre la corrupción transnacional y la producción de daños de extrema gravedad que puedan lesionar bienes jurídicos individuales y colectivos de la mayor relevancia para la sociedad internacional, que puedan justificar una respuesta, tanto preventiva como represiva, del ordenamiento jurídico internacional, y en particular del DIDH y DIP, sobre todo cuando, según la lógica del principio de complementariedad previsto en el art. 17 (ECPI), no exista una reacción efectiva en el ámbito nacional.

A la luz de lo anterior, el presente capítulo analiza, en primer lugar, en las secciones 2 a 4, las razones y graves consecuencias de la adopción en los tratados internacionales anticorrupción de definiciones jurídicas restrictivas de los tipos penales relativos a la corrupción transnacional que equiparan este fenómeno a ciertas conductas individuales (Benito, 2021). Esta situación tiene un profundo impac-

España). Investigador de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (Uruguay). Director del Observatorio Latinoamericano para la investigación en Política Criminal y en las reformas en el Derecho Penal (OLAP). Ex Becario Marie Curie, DAAD y MPI (Alemania). Correo electrónico: pablo.galain@unab.cl Orcid: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-8283-9939>.

to en ámbitos tales como la eficacia de la lucha contra la corrupción transnacional, la naturaleza del bien jurídico protegido, el reconocimiento de la condición de víctima y las dificultades para recurrir a los mecanismos de aplicación del DIP para incrementar dicha eficacia. Esto genera una serie de incentivos y desincentivos que limitan de manera muy significativa la estrategia preventiva, investigativa y sancionatoria de estos tratados y de las legislaciones nacionales que los implementan (Olasolo & Galain, 2022).

En este contexto surge la necesidad de analizar las distintas herramientas ofrecidas por el DIP para superar los problemas generados por la adopción en los tratados internacionales anticorrupción de definiciones jurídicas restrictivas de los tipos penales relativos a la corrupción transnacional. Estas herramientas se pueden dividir entre aquellas que, al menos en cierta medida, podrían ser aplicables sin necesidad de modificar los tratados internacionales anticorrupción o la normativa de DIP, y aquellas otras que sí requerirían su reforma.

Con base en lo anterior, en las secciones 5 y 6 se analiza la función que podría desempeñar la CPI, distinguiendo entre las medidas que podría adoptar sin necesidad de modificar los tratados internacionales anticorrupción o el ECPI, y aquellas otras que sí requerirían su reforma. El capítulo finaliza con una breve sección de conclusiones.

De esta manera, se deja para los capítulos siguientes el análisis de la aportación que podrían realizar para responder de manera más eficaz a la corrupción transnacional los demás mecanismos de aplicación del DIP, incluyendo:

1. Las jurisdicciones internacionales penales permanentes de ámbito universal, como la propuesta de crear una Corte Penal Internacional contra la Corrupción (capítulo 3).
2. Las jurisdicciones internacionales penales permanentes de ámbito regional, como la establecida por la Unión Africana a través del Protocolo de Malabo (capítulo 4) o la propuesta de creación de una Corte para América Latina y el Caribe (“COPLA”) (capítulo 5).
3. Las jurisdicciones penales especializadas de naturaleza híbrida (nacional e internacional) como el Tribunal Especial para Sierra Leona, las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Cam-

boya, el Tribunal Especial para el Líbano o las Salas Especializadas de Kósovo, por solo poner algunos ejemplos (capítulo 6).

4. Las jurisdicciones nacionales actuando en aplicación del principio de jurisdicción universal (capítulo 7).
5. Los organismos internacionales que, como la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, actúan en el ámbito interno para reforzar la capacidad de investigación de la Policía y del Ministerio Público (capítulo 8).

2. LA DEFINICIÓN DE LOS TIPOS PENALES RELATIVOS AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL COMO CIERTAS CONDUCTAS INDIVIDUALES EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES ANTICORRUPCIÓN

El fenómeno de la corrupción ha sido definido y abordado jurídicamente tanto en el ámbito nacional como en el internacional, donde destaca la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención de Mérida o CNUCC, 2003), único instrumento internacional anticorrupción de alcance universal con 170 Estados Parte.

El Preámbulo de la CNUCC subraya que los Estados Parte están:

Convencidos de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella.

Sin embargo, a la hora de definir las conductas constitutivas de este fenómeno que los Estados se comprometen a tipificar en sus respectivos ordenamientos jurídicos, la CNUCC se limita a recoger ciertas conductas individuales¹ que giran en torno al uso indebido

¹ Las principales conductas que los Estados Partes de la CNUCC se comprometen a tipificar en sus respectivos ordenamientos jurídicos son las siguientes: (a) el soborno de funcionarios públicos nacionales (art. 15);

del poder de decisión, o a la alteración de la esencia de un proceso, para beneficio propio o de un tercero (Katzarova, 2019). Esta aproximación se sigue también en relación con aquellas manifestaciones del fenómeno de la corrupción que presentan una dimensión transnacional conforme a lo previsto en el artículo 3(2) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo o CNUDOT, 2000)².

Este enfoque es seguido también en la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (Convención OCDE, 1997)³ y en

(b) el soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas (art. 16); (c) el peculado y otras formas de desviación de bienes por parte de un funcionario público (art. 17); (d) el tráfico de influencias (art. 18); (e) el abuso de funciones (art. 19); (f) el enriquecimiento ilícito (art. 20); (g) el soborno en el sector privado (art. 21); (h) el peculado de bienes en el sector privado (art. 22); (i) el blanqueo del producto del delito (art. 23); (j) el encubrimiento de los mencionados delitos (art. 24); y (k) la obstrucción a la justicia (art. 25).

² Este carácter transnacional existe cuando la conducta de que se trate se comete en: (a) más de un Estado; (b) dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; (c) dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o (d) en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado. *Vid.*: el artículo 3 (2) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT o Convención de Palermo). Así mismo, el Preámbulo de la CNUCC subraya que los Estados Parte están “[c]onvencidos de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella”.

³ La Convención OCDE se centra en la corrupción que tiene lugar en el mercado internacional. Fue impulsada por EE.UU., único país que al inicio de los años 1990 recogía en su ordenamiento jurídico el delito de soborno a funcionarios públicos de otros Estados en el marco de operaciones económicas internacionales (*Foreign Corrupt Practices Act*, 1977). Al considerar que, debido a esta situación, sus empresas actuaban en el comercio internacional en una situación de desventaja porque no podían recurrir al soborno para incrementar sus cuotas de mercado, EE.UU. impulsó la Convención

los instrumentos regionales anticorrupción: Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996⁴ (CICC), Convenciones Penal y Civil del Consejo de Europa contra la Corrupción de 1999⁵,

OCDE con el fin de establecer unas reglas de juego comunes en el mercado internacional. De esta manera, los Estados Parte se comprometieron a recoger como delito en sus legislaciones nacionales el cohecho activo de funcionarios públicos de otros Estados y de organizaciones internacionales (Benito, 2021). A la Convención se agregaron una serie de comentarios que buscan aclarar numerosos aspectos de su contenido, cuya naturaleza jurídica es, sin embargo, controvertida porque, si bien pueden suponer un “elemento significativo del contexto” en el que la Convención fue elaborada, no son vinculantes, ni forman parte del Convenio, ni pueden ser objeto de firma o ratificación por los Estados.

⁴ La Convención Interamericana contra la corrupción, aprobada el 29 de marzo de 1996 y en vigor desde el 3 de marzo de 1997, exige a los Estados parte que introduzcan en sus ordenamientos jurídicos internos los siguientes delitos: el cohecho activo y pasivo de funcionarios nacionales, las negociaciones incompatibles con la función pública, el blanqueo y el encubrimiento de bienes procedentes de los delitos recogidos en la Convención. Así mismo, se promueve, pero no impone la obligación, de incluir, con pleno respeto a la Constitución y al ordenamiento jurídico de los Estados parte, los delitos de cohecho activo en transacciones comerciales internacionales y enriquecimiento ilícito. Además, se prevé que los Estados parte considerarán recoger como delito en sus legislaciones internas (sin estar obligados a hacerlo) otras prácticas de corrupción como la utilización indebida por funcionarios públicos de información reservada o privilegiada, el uso o aprovechamiento indebido por funcionarios públicos de bienes del Estado, los comportamientos de particulares dirigidos a la adopción por la autoridad pública de una decisión que les otorgue un beneficio ilícitamente y la desviación por funcionarios públicos de bienes o dinero público para actividades distintas a su objeto.

⁵ La Convención Penal sobre la Corrupción se aprobó el 27 de enero de 1999 y entró en vigor el 1 de julio de 2002. Por su parte, la Convención Civil sobre la Corrupción se aprobó el 4 de noviembre de 1999, y entró en vigor el 1 de noviembre de 2003. La Convención Penal impone a los Estados parte la obligación de recoger en sus ordenamientos jurídicos los siguientes delitos: el soborno activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales y extranjeros (incluidos los parlamentarios nacionales), el soborno activo y pasivo en el sector privado, el soborno activo y pasivo de funcionarios de organizaciones internacionales (así como de miembros de asambleas parlamentarias internacionales o supranacionales), el soborno activo y pasivo de jueces y funcionarios de tribunales internacionales, el tráfico de influencias

Convención contra la Corrupción de la Unión Africana de 2003⁶ (CCUA) y los varios instrumentos internacionales aprobados en el seno de la Unión Europea contra la corrupción entre los que destacan el Convenio PIF de 1995⁷ y su Protocolo de 1996⁸, el Convenio UE de 1997⁹, la Acción Común 1998/742/JAI¹⁰, el Corpus

y el blanqueo de dinero proveniente de los delitos recogidos en la Convención. Además, impone a los Estados parte la obligación de prever sanciones penales o de otra índole con respecto a ciertas infracciones contables cometidas para llevar a cabo alguno de estos delitos.

⁶ La Convención para la Prevención y Lucha contra la Corrupción, aprobada por la Unión Africana el 11 de julio de 2003 y en vigor desde el 4 de agosto de 2006, requiere a los Estados parte que introduzcan en sus legislaciones internas los siguientes delitos: el cohecho activo y pasivo de funcionarios nacionales, la malversación de fondos, el tráfico de influencias, el cohecho activo y pasivo en el sector privado, el blanqueo de dinero procedente de estos delitos y el enriquecimiento ilícito (si bien la inclusión de este último delito en los ordenamientos jurídicos nacionales está sujeto a los principios que rigen estos últimos).

⁷ Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, aprobado el 26 de julio de 1995 y en vigor desde el 17 de octubre de 2002 ('Convenio PIF'), que requiere a los Estados miembros de la Unión que tipifiquen en sus ordenamientos jurídicos algunas conductas que, como el fraude, podrían dañar dichos intereses financieros.

⁸ Protocolo Adicional al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, aprobado el 27 de septiembre de 1996, y en vigor desde el 17 de octubre de 2002, que requiere la tipificación en las legislaciones nacionales de los Estados de la Unión de los actos de corrupción cometidos por, o respecto de, funcionarios de la Unión o de Estados miembros responsables de la percepción, gestión o desembolso de los fondos comunitarios sometidos a su control.

⁹ Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea ('Convenio UE'), aprobado el 26 de mayo de 1997 y en vigor desde el 28 de septiembre de 2005, que requiere la tipificación en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados de la Unión de cualquier acto de corrupción en el que estén implicados o se vean afectados funcionarios de la Unión Europea o de Estados Miembros de la Unión.

¹⁰ Acción Común (UE) 98/742/JAI, de 28 de diciembre de 1998, sobre la corrupción en el sector privado, en la que se insta a los Estados miembros a tipificar en sus ordenamientos jurídicos los actos de corrupción privada.

Iuris de 2000¹¹, la Decisión Marco 2003/568/JAI¹², las Directivas 2017/1371¹³ y 2019/1937¹⁴.

Los instrumentos internacionales de ámbito universal y regional no recogen un consenso sobre una definición del fenómeno de la corrupción transnacional, ni sobre el contenido de los distintos tipos penales a través de los cuales se pueden enfrentar sus múltiples manifestaciones, limitándose a establecer un sistema internacional de prevención y lucha contra el mismo que presupone un mínimo nivel de acuerdo internacional sobre la prohibición y persecución penal de ciertas conductas individuales (Burneo, 2009).

Además, junto a la búsqueda de un mayor grado de armonización a nivel interno en las definiciones de los tipos penales que recogen esta conductas, promueven el establecimiento de mecanismos para la prevención, la resolución de las controversias sobre la aplicación de las leyes penales internas y la actuación extraterritorial de las jurisdicciones nacionales, y el fortalecimiento de la cooperación procesal,

¹¹ El Corpus Juris sobre disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea (2000), tiene como objetivo lograr la unificación de las legislaciones penales de los Estados miembros de la Unión en las cuestiones centrales de parte general y de parte especial relativas a la protección de los intereses financieros de la Unión (Choclán, 1998; Carrera, 2001; Méndez, 2002). En este contexto, insta a los Estados a recoger en sus legislaciones nacionales los delitos de corrupción activa y pasiva de funcionarios de la Unión Europea y de sus Estados miembros.

¹² Decisión Marco (UE) 2003/568/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, que, según lo expuesto en sus considerandos, se dirige a 'asegurar que la corrupción activa y pasiva en el sector privado sea una infracción penal en todos los Estados miembros, que las personas jurídicas también puedan ser consideradas responsables de tales delitos y que éstos se castiguen con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias'.

¹³ Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal ('Directiva PIF'), que reemplaza el Convenio PIF y su Protocolo.

¹⁴ Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

incluyendo el desarrollo de la figura de la extradición (Benito, 2021; Olasolo & Mané, 2021).

Fruto de lo anterior, los ordenamientos jurídicos nacionales siguen también un modelo de lucha contra la corrupción transnacional basado en la prohibición y persecución penal de ciertos comportamientos individuales¹⁵.

3. LAS RAZONES DETRÁS DE LA EQUIPARACIÓN DE LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL A CIERTAS CONDUCTAS INDIVIDUALES EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES ANTICORRUPCIÓN

La limitación en los tratados internacionales anticorrupción de las definiciones jurídicas de los tipos penales relativos a la corrupción transnacional, de manera que solo se refieran a ciertas conductas individuales, desconoce varias de las principales características de este fenómeno, y en particular, su amplia extensión y su carácter organizado a través de entramados públicos, privados y al margen de la ley que garantizan la seguridad financiera de los dineros mal habidos y la impunidad frente a la aplicación del Derecho, al tiempo que se agrava por falta de recursos el deterioro de la situación de los grupos más vulnerables de la población —todo ello aderezado con el ocultamiento de estas prácticas a la opinión pública por gran parte de los medios de comunicación (Katzarova, 2019). Como resultado, estas definiciones se diferencian sustancialmente de las de algunos crímenes internacionales, como los delitos de lesa humanidad, que

¹⁵ *Vid.*: Olasolo, Buitrago, Mané & Sánchez Sarmiento (coords.) (2021). Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la justicia. Vol. 12. Valencia (España): Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya (IIH) e Instituto Joaquín Herrera Flores. Capítulos 4 a 11, donde se analizan los ordenamientos jurídicos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, España, México y Uruguay; Olasolo, Hernández Jiménez & Linares (coords.). Las respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal: particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (en prensa).

ponen el acento en la sistematicidad o generalidad de la conducta prohibida y en su realización en desarrollo de la política o práctica de un Estado o de una organización¹⁶.

La razón de esta situación se ha de buscar en el desarrollo histórico de los tratados internacionales anticorrupción. Así, el debate sobre el contenido de la definición jurídico internacional del fenómeno de la corrupción transnacional se inició a principios de la década de 1970 en la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (CNUCD), el Centro (CNUEM) y la Comisión (COMNUEM) de las Naciones Unidas sobre las Empresas Multinacionales y la OCDE. Este debate, que fue en buena medida resultado de las filtraciones sobre la manera en que la multinacional norteamericana de telecomunicaciones International Telephone & Telegraph había hecho todo lo posible (incluyendo la aportación de importantes recursos financieros) para evitar que Salvador Allende ganara las elecciones chilenas de 1970 (Washington Post, 21/02/1972), giró en torno a dos posiciones encontradas.

Por un lado, los países en vías de desarrollo, organizados en el G-77 y en el Grupo de los Países No Alineados, y encabezados durante el periodo 1972-1973 por Chile (antes del golpe de Estado que provocó el asesinato de Allende y la llegada al poder por la fuerza armada del general Pinochet), propusieron una definición jurídico-internacional de la corrupción transnacional que pusiera el énfasis en la excesiva influencia ejercida en su política interna por las empresas multinacionales con sede en los países desarrollados. Esta posición identificaba, por tanto, al sector privado de estos últimos como el principal causante del problema (Katzarova, 2019).

Por otro lado, EE.UU. propuso una definición normativa conforme a la cual solo serían relevantes para el derecho internacional aquellas prácticas corruptas consistentes en pagos ilícitos (sobornos) a autoridades y funcionarios públicos extranjeros (principalmente, pero no solamente, de países en vías de desarrollo), que eran moneda común en las transacciones comerciales internacionales. Esta propuesta suponía, por tanto, limitar la relevancia jurídico-internacional

¹⁶ Vid.: artículo 7 del ECPI.

del fenómeno de la corrupción transnacional a actividades que tuvieran las siguientes características: (a) naturaleza individual, como el soborno, lo que evitaba reflejar la amplia extensión y carácter organizado de estas prácticas; (b) participación del sector público (autoridades y funcionarios públicos), excluyendo con ello las actividades desarrolladas por el sector privado (empresas multinacionales) sin intervención estatal; y (c) vinculación directa a países en vías de desarrollo (a quienes las autoridades y funcionarios corruptos representaban principalmente), dejando así en un segundo plano la contribución por acción u omisión de los países desarrollados que eran sede de las empresas multinacionales (Puckett, 2010; Teachout, 2016).

Ante el poco éxito inicial que tuvo su propuesta en Naciones Unidas y en la OCDE, EE.UU. decidió optar por la vía unilateral, incorporando su contenido en la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA), aprobada en 1978. Con ello respondía tanto a las filtraciones sobre el comportamiento de International Telephone & Telegraph en las elecciones chilenas de 1970 (que había generado gran preocupación sobre las repercusiones que la mala conducta empresarial de sus multinacionales podría tener en la eficacia de la política exterior norteamericana), como al caso Watergate —que había provocado una profunda inquietud en EE.UU. ante la constatación de que dichas empresas habían creado fondos de financiación al margen de la ley que podían ser utilizados para realizar pagos ilícitos tanto dentro como fuera del país (Broehl, 1996).

Además, ante la mayor capacidad de influencia alcanzada por los países en vías de desarrollo en la década de 1970, EE.UU. y los demás países desarrollados de su entorno promovieron en la década siguiente la reconfiguración de la relación entre el Estado y el mercado sobre la premisa de que el libre funcionamiento de este último ofrecía el mejor mecanismo para la gobernanza tanto a nivel nacional como internacional. Como resultado, se redefinió la función del Estado, dando mayor relevancia a su actuación como agente económico, y relegando paulatinamente a un segundo plano su papel como agente socio-político (Stedman Jones, 2014).

Fruto de lo anterior, se fue progresivamente deslegitimando, a partir de la década de 1980, el papel del Estado como defensor del interés público frente a los excesos de las empresas multinacionales

en la búsqueda por maximizar sus beneficios. Así mismo, se buscó reorientar la comprensión del fenómeno de la corrupción, haciendo énfasis en que el epicentro del problema era la acción socio-política de aquellos Estados que superaban las limitadas funciones que la doctrina neoliberal les encomendaba como agentes económicos.

Todo esto se vio favorecido por la progresiva pérdida de importancia estratégica de los países en vías de desarrollo, lo que comenzó con la implantación de regímenes autoritarios en Sudamérica a través de golpes de Estado¹⁷, siguió con la crisis de la deuda externa en la década de 1980 (y la consiguiente necesidad de numerosos Estados en vías de desarrollo de solicitar a las instituciones financieras internacionales créditos condicionados a la limitación de las funciones del Estado y a la reducción de su presupuesto nacional) y se agudizó con el fin de la Guerra Fría a partir de 1989 (Katzarova, 2019).

Esto no supuso, sin embargo, que, de la noche a la mañana, los países en vías de desarrollo dejaran de solicitar una regulación estructural (no limitada al soborno como proponía EE.UU.) de las empresas multinacionales para combatir la corrupción en aquellos foros, como la CNUCD, la CNUEM y la CNUCD, en los que el G-77 y el Grupo de los Países No Alineados tenían una mayor capacidad de influencia. No obstante, con el paso del tiempo, el énfasis en el debate sobre la definición jurídico-internacional de este fenómeno fue inexorablemente pasando del sistemático mal comportamiento empresarial de las multinacionales de los países desarrollados, al mal gobierno estatal de algunas autoridades y funcionarios (“manzanas podridas”), principalmente de los países en vías de desarrollo (Jakobi, 2013).

Cuando EE.UU., motivado principalmente por su interés nacional en reequilibrar las condiciones de competencia entre sus multinacionales y las de terceros países desarrollados que no estaban sometidos a la FCPA (ni a ninguna otra legislación que se le pareciera), reintrodujo en 1989 en la OCDE (foro al que no tenían acceso los países en

¹⁷ Tras los golpes de Estado en Paraguay (1954) y Brasil (1964), la década de 1970 sería testigo de los golpes de Estado en Chile (1973), Uruguay (1973), Argentina (1976) y Bolivia (1978).

vías de desarrollo) la iniciativa de extender a nivel internacional la tipificación del soborno a funcionarios públicos extranjeros previsto en la FCPA, los demás Estados desarrollados (aliados político-militares, pero competidores económicos, de EE.UU.) no mostraron, en principio, ningún interés (Katzarova, 2019).

Esto se debió a que la mayoría de los Estados desarrollados no sólo no establecían en su legislación interna ningún tipo de responsabilidad civil, administrativa o penal por los sobornos pagados por sus multinacionales a funcionarios públicos de terceros países para obtener contratos y poder desarrollar allí sus actividades, sino que además contaban con legislaciones fiscales que permitían deducir como gastos de empresa dichos pagos ilícitos. En consecuencia, la prohibición impuesta por la FCPA a las multinacionales norteamericanas de no realizar este tipo de sobornos o pagos ilícitos si no se quería incurrir en responsabilidad penal, ofrecía al resto de multinacionales una ventaja competitiva muy importante (Pieth, 1999).

Sin embargo, la capacidad de influencia de los EE.UU. en el periodo inmediatamente posterior a la caída del Muro de Berlín era tal que, a pesar del desinterés inicialmente mostrado por los demás países desarrollados en el seno de la OCDE, el trienio 1994-1997 vio el establecimiento de lo que se ha denominado la “gobernanza anticorrupción”, fruto en gran medida de las diversas coaliciones promovidas directa o indirectamente por EE.UU. para extender la regulación de la FCPA a nivel internacional (Larson, 1997; Glynn, et al., 1997; Abbott & Snidal, 2002; Pieth, 2013).

De esta manera, el avance en las conversaciones en el seno de la OCDE y la adopción en 1994 de su Recomendación sobre el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales (RBIBT), llevó a buscar una regulación similar en toda una serie de organizaciones regionales en las que EE.UU. y sus socios más cercanos tenían una gran capacidad de influencia, como la Organización de Estados Americanos (1996), la Unión Europea (1997) y el Consejo de Europa (1999). Esto, unido a la aprobación de la Convención OCDE (1997) y a los acuerdos alcanzados en el Banco Mundial, sentaron las bases para reintroducir en las Naciones Unidas la propuesta de adoptar una aproximación a la definición y abordaje de la corrupción transnacional en línea con lo propuesto por EE.UU.

Fruto de los debates sostenidos durante su proceso de negociación, la CNUCC (2003) superó la limitación de la definición normativa de la corrupción transnacional a prácticas donde intervienen autoridades y funcionarios públicos (principalmente de los países en vías de desarrollo), que se puede encontrar en la convención OCDE y en las convenciones regionales arriba mencionadas, aprobadas todas ellas en la segunda mitad de 1990 (Benito Sánchez, 2021).

De esta manera, como afirman Ramazzini & Duarte (2021) y Ballesteros (2021), la CNUCC extiende la definición jurídico-internacional de este fenómeno a las conductas, públicas o privadas, de personas naturales o jurídicas, con independencia de su nacionalidad, constitutivas de soborno de funcionarios públicos nacionales, extranjeros y de organizaciones internacionales, soborno privado, malversación o peculado en el sector público y privado, apropiación indebida y otras formas de desviación de bienes, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, lavado de dinero, encubrimiento y obstrucción a la justicia (Benito Sánchez, 2021)¹⁸.

Sin embargo, la CNUCC, al igual que la Convención OCDE y los instrumentos regionales anticorrupción, ha adoptado por influencia de EE.UU. una definición jurídico-internacional de la corrupción transnacional que desconoce su amplia extensión, su carácter organizado a través de entramados públicos, privados y al margen de la ley que garantizan la seguridad financiera del producto del delito y la impunidad de quienes se encuentran involucrados, y el

daño causado a los grupos más vulnerables de la población ante la ausencia de recursos, para centrarse en la prohibición de ciertas acciones individuales que giran en torno al uso indebido del poder de decisión, o a la alteración de la esencia de un proceso, para beneficio propio o de un tercero (Katzarova, 2019; Pieth, 2013; Puckett, 2010)¹⁹.

¹⁸ *Vid.*: Com. IDH, 2018; 2019: párrs. 93-101.

¹⁹ El contenido del debate mantenido desde el inicio de la década de 1970 hasta la aprobación de la CNUCC refleja que, dependiendo de su composición, diferentes organizaciones y foros internacionales, como la CNUCD, la CNUEM, la CNUCD y el G-77 por un lado, y la OCDE, el Banco Mundial y el G-7 por otro, han ofrecido versiones contradictorias sobre cómo debería

4. LAS CONSECUENCIAS DE LA EQUIPARACIÓN DE LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL A CIERTAS CONDUCTAS INDIVIDUALES EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES ANTICORRUPCIÓN

4.1. Consecuencias en relación con la eficacia de la lucha contra la corrupción transnacional

El enfoque adoptado en los tratados internacionales anticorrupción de equiparar la corrupción transnacional con determinados comportamientos individuales marca una profunda separación con la manera en la que el DIP aborda otros fenómenos como los recogidos a través de la figura de los crímenes de lesa humanidad, donde el acento se pone en el contexto en el que se producen las conductas individuales, y en particular en (a) la sistematicidad o generalidad de la violencia contra la población civil; y (b) la existencia de una política o práctica de un Estado o de una organización que subyace a la dinámica de violencia (Olasolo & Mané, 2021; Benito Sánchez, 2021).

Esta situación genera una serie de incentivos y desincentivos que afectan a la prevención, investigación y sanción de las organizaciones que promueven la corrupción transnacional y de la extensión de sus prácticas corruptas, limitando con ello, de manera significativa, la eficacia de lucha contra la corrupción transnacional.

En primer lugar, desde la perspectiva de la función de armonización de los tipos penales en el ámbito interno, la actual definición jurídico-internacional de la corrupción transnacional supone un incentivo para que las jurisdicciones nacionales adopten también un modelo de conductas individuales que desconoce su extensión, carácter organizado, participación de actores públicos, privados y al

entenderse y abordarse el fenómeno de la corrupción. Esto responde a los diferentes proyectos de construcción global propuestos por los países en vías de desarrollo y los países desarrollados, y como el declinar de la capacidad de influencia de los primeros y el fortalecimiento de los segundos (en particular, de EE.UU.) han provocado la convergencia en torno a la actual definición jurídico-normativa de dicho fenómeno.

margen de la ley, y afectación de los sectores más vulnerables de la población.

En segundo lugar, genera un desincentivo para promover estrategias nacionales, que puedan ser coordinadas internacionalmente, de lucha contra la corrupción transnacional, caracterizadas por centrar su acción preventiva, investigativa y sancionatoria en las organizaciones y dirigentes que la promueven y en la extensión de sus prácticas corruptas.

Como resultado, en materia de determinación de responsabilidades e incautación de activos, esta situación limita, en gran medida, el análisis de las prácticas de corrupción en aquellas instituciones públicas y organizaciones privadas en las que se presentan, porque favorece que la normativa internacional relativa a la delimitación del alcance extraterritorial de las jurisdicciones nacionales y la cooperación judicial internacional, así como las actuaciones de los sistemas internos de justicia civil, administrativa y penal, se enfoquen en conductas individuales (Olasolo & Galaín Palermo, 2022). Este enfoque individual de la corrupción no solo brinda un manto de protección para los grupos organizados y personas que interactúan en los complejos entramados arriba mencionados, sino que conduce al desarrollo de políticas criminales oblicuas que concentran la atención y los recursos administrativos en la persecución de conductas individuales desviadas cercanas al abuso de función (Galaín 2021) en lugar de a la identificación y sanción de prácticas sistemáticas y/o generalizadas de corrupción (Galaín Palermo, 2021).

4.2. Consecuencias en la determinación del bien jurídico protegido y la condición de víctima

El análisis del bien jurídico protegido y de la condición de víctima en relación con las manifestaciones del fenómeno de la corrupción transnacional recogidas en los tipos penales internos y en las convenciones anticorrupción esta también marcado porque el mismo se circunscribe a hechos individuales, que no tienen en consideración las principales características del fenómeno, tal y como se han expuesto en el capítulo anterior.

Como consecuencia, la mayor parte de la doctrina penal comparada entiende que las conductas constitutivas de los tipos penales anticorrupción no provocan daños individuales jurídicamente relevantes porque la relación de causalidad entre la conducta punible y el daño que indirectamente se pueda generar a una o varias personas concretas es difusa y demasiado distante. En consecuencia, la posición dominante en la doctrina es que estos tipos penales no hacen sino proteger bienes jurídicos colectivos²⁰, como el adecuado funcionamiento de la administración pública (incluida la administración de justicia) o el aparato institucional del Estado en el caso de la corrupción pública²¹,

²⁰ La doctrina española, italiana y alemana plantean, como regla general, que los delitos relacionados con la corrupción pública buscan salvaguardar bienes jurídicos colectivos el debido funcionamiento de la administración pública —con todo lo que eso conlleva (el ejercicio de las funciones públicas, la relación entre la administración y el ciudadano, la prestación de los servicios públicos a su cargo y la organización entre la administración y cada uno de sus funcionarios). *Vid.*: Olasolo, Hernández Jiménez & Linares (coords.). Las respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal: particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (en prensa); Fiandaca & Musco, *Parte Speciale I* (2005: 214). No obstante, algunos autores como Kindhäuser, (2007: 9), consideran que “el funcionamiento de la administración pública” termina siendo un bien jurídico tutelado indeterminado, abstracto y muy amplio, por lo que sería hay que analizar cada delito para determinar cuál es su bien jurídico tutelado específico.

²¹ En Colombia se recogen también varios delitos relacionados con la corrupción pública como el prevaricato, la concusión, el cohecho y el peculado (Colombia Legal Corporation, 2020). También se contemplan otros delitos relacionados con la celebración indebida de contratos (públicos), el enriquecimiento ilícito, los abusos de autoridad, la usurpación y el abuso de funciones públicas y la utilización indebida de información y de influencias derivadas del ejercicio de la función pública. Todos estos delitos se encuentran consagrados en el título XV del Código Penal colombiano (arts. 397-434), el cual contempla los delitos contra la administración pública, lo cual es indicativo de que el bien jurídico protegido es su adecuado funcionamiento. La jurisprudencia nacional en materia de cohecho y concusión ha confirmado esta conclusión (UNODC y fiscalía general de la Nación, 2018a), especificando esto incluye: (a) el “normal desenvolvimiento de las funciones estatales” (es decir, el debido funcionamiento de las distintas ramas del poder público) (CSJ, Cas. Penal., sent.dic. 3/1999; MP. Jorge Aníbal Gómez Gallego, citado por UNODC y Fiscalía General de la

Nación, 2018a); y (b) los principios de legalidad, transparencia, integridad, imparcialidad, objetividad y moralidad de la administración, entre otros (CSJ. Cas. Penal. Sent.abr.6/2005; MP. Herman Galán Castellanos & CSJ, Cas. Penal. Auto Interlocutorio nov. 23/2011 MP Fernando Alberto Castro Caballero, citados por UNODC y fiscalía general de la Nación, 2018a). En consecuencia, se busca salvaguardar la debida ejecución de la función pública y el buen desenvolvimiento de las tres ramas del poder público y de todo el aparato institucional del Estado.

Con respecto al bien jurídico protegido por los delitos de corrupción pública en los demás países de América Latina, es interesante revisar los planteamientos contenidos en los informes preliminares enviados en el año 2000 a la Organización de Estados Americanos en relación con la adecuación de la legislación de los Estados Parte a la CICC. Así, la institución chilena Formación Jurídica para la Acción, afirma que el bien jurídico protegido en materia de crímenes asociados a la corrupción pública es “el recto, normal o regular funcionamiento de la Administración Pública entendido este último concepto en sentido amplio —como actividad general del Estado— y no solo en su dimensión estrictamente administrativa”. De esta manera, los principios de “autonomía, imparcialidad, legalidad, eficiencia, razonabilidad, neutralidad política, responsabilidad, fidelidad, probidad y transparencia” deben incluirse dentro de aquellos que hacen parte de del debido funcionamiento de la administración pública, que debe ejecutarse con profesionalismo, estar a disposición del ciudadano y no caer en el autoritarismo, la opresión burocrática, o los abusos de poder, los cuales afectan principalmente a los sectores poblacionales más desfavorecidos socio-económicamente. Por su parte, la Dirección de Probidad Administrativa de Honduras considera que el bien jurídico protegido en los delitos de corrupción pública previstos en la CICC es la función pública, entendida como el adecuado “ejercicio de potestades legales concedidas a los funcionarios públicos”, que es realizada por la Administración Pública, de acuerdo con los fines del ordenamiento jurídico. Olivo de Pichardo, en representación de la Procuraduría General de la Nación de República Dominicana, y la Universidad Católica de Bolivia concuerdan también con esta posición. Por su parte, la Oficina Anticorrupción de Argentina, planteó que para para su ordenamiento jurídico el bien jurídico protegido es el “funcionamiento normal, ordenado y legal de la administración pública”, de manera que “no solo se protege la regularidad funcional de los órganos del Estado, sino que también busca castigar los actos de los funcionarios, en lo que se relaciona con el ejercicio de la función pública”. Finalmente, el Comité Nacional de Integralidad de Nicaragua, siguiendo a destacados representantes de la doctrina española, presenta la siguientes alternativas sobre cuáles deben ser los bienes jurídicamente tutelados por los delitos de

o la libre competencia en el mercado o el orden económico en los supuestos de corrupción privada²².

corrupción pública: (a) según Muñoz Conde (2021), el cohecho pasivo y el activo tienen bienes jurídicamente tutelados diferentes; el primero persigue el “quebrantamiento del deber y la confianza depositada en el funcionario” público, y el segundo “el respeto que se debe al normal y correcto funcionamiento de los órganos estatales”; (b) para Bustos Ramírez (1986) el bien jurídico protegido es la función administrativa; (c) se trata más bien del normal funcionamiento de la administración pública y la transparencia; y (d) que el bien jurídico protegido es, en última instancia, la prestación de los servicios por parte del aparato institucional en función de sus obligaciones frente a los ciudadanos (el debido funcionamiento de la administración pública permite la correcta prestación de los servicios estatales).

Finalmente, en España, En España, los delitos relativos a las distintas manifestaciones de la corrupción pública se recogen en el Título XIX del Código Penal español, que consagra los delitos contra la administración de justicia, dentro de los cuales se encuentran “el cohecho, la malversación, los fraudes y exacciones ilegales, las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y los abusos en el ejercicio de su función” (Rasillo López, 2016). Además, el Título XIII bis regula los delitos relativos a la financiación ilegal de los partidos políticos, cuyo bien jurídico protegido “son las funciones constitucionales de los partidos políticos, que merecen una protección penal específica” (Rasillo López, 2016), porque la manifestación de la voluntad popular debe determinarse exclusivamente de acuerdo con la voluntad de los electores, y no puede permitirse que se vea truncada por pagos hechos por privados que benefician intereses particulares, que no se corresponden necesariamente con los intereses del electorado.

²² Véase por ejemplo el caso español, cuyo Código Penal, recoge en el Título XIII, Capítulo XI, Sección 4ª, los delitos de corrupción privada, incluyéndose delitos relacionados con el soborno para obtener ventajas competitivas (hacia el sector privado o hacia agentes públicos extranjeros), la corrupción en los deportes y la corrupción en las transacciones económicas internacionales. El bien jurídico protegido es la protección de la “competencia justa y honesta” y de “las reglas de buen funcionamiento del mercado” (Rasillo López, 2016; Benito Sánchez, 2021). Con respecto a otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos, así como a terceros países como Alemania, Italia y EE.UU. *vid.*: Olasolo, Hernández Jiménez & Linares (coords.). Las respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal: particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (en prensa). Colombia es una excepción en este sentido porque la doctrina y la jurisprudencia consideran, mayoritariamente, que el delito de corrupción privada, recogido desde la aprobación de la Ley 1474/2011 (el

Así mismo, la consideración de que los hechos individuales de corrupción afectan a bienes jurídicos colectivos, y no a personas naturales, ha provocado que la mayoría de la doctrina penal comparada considere que los tipos penales anticorrupción son crímenes sin víctima²³.

En este sentido, Huisman & Vande Walle (2010) señalan que, en los delitos relativos a la corrupción, la comisión de la conducta prohibida por el victimario y los perjuicios que una o más personas naturales pueden sufrir a raíz de la misma se encuentran temporal y espacialmente distanciados. Por ello, es muy difícil determinar que exista una relación de causa y efecto entre ambos eventos. Como resultado, la corrupción ha sido tradicionalmente desvinculada de la “victimización humana” por las legislaciones penales (Salcedo-Albatán *et al.*, 2021: 11), con independencia de que pueda presentar una dimensión transnacional.

Además, incluso si se llegara a reconocer que personas naturales han sido víctimas de delitos de corrupción, su posición social probablemente les impediría intervenir en el proceso penal, porque son principalmente las poblaciones más vulnerables económicamente las que se enfrentan a una mayor victimización por este tipo de conductas (Huisman & Vande Walle, 2010: 126).

Como resultado de lo anterior, en este tipo de delitos, la condición de víctima sólo se reconoce, en el mejor de los casos, a ciertas personas jurídicas como el Estado, los agentes que compiten en el mercado o la sociedad en su conjunto (Huisman & Vande Walle,

Estatuto Anticorrupción) en el artículo 250A el Código Penal colombiano (que tipifica, tanto la promesa, el ofrecimiento o la concesión de cualquier tipo de beneficio no justificado a directivos, administradores, empleados o asesores de una sociedad para favorecerse a sí mismo o a algún tercero, como la solicitud, aceptación o recepción de un beneficio de esta naturaleza por quien ostenta dichos cargos), tiene como bien jurídico protegido el patrimonio privado (bienes y derechos) de los que gozan las sociedades, específicamente sus socios y asociados (UNODC & Fiscalía General de la Nación, 2018b).

²³ La doctrina alemana ha sido, en particular, una de las que han afirmado que, por ejemplo, el soborno (como conducta corrupta) es un crimen sin víctimas (Peters, 2018).

2010: 126), lo que, para Planchadell (2016), supone una dificultad añadida para el desarrollo de las investigaciones y los enjuiciamientos penales.

4.3. Consecuencias relativas a la distinta naturaleza de los delitos recogidos en los instrumentos internacionales anticorrupción y los crímenes internacionales, y las dificultades para extender a los primeros los mecanismos previstos en el DIP para la investigación y enjuiciamiento de los segundos

La limitación a ciertas conductas individuales que no tienen en consideración las principales características de la corrupción transnacional ha marcado también el análisis de este fenómeno por el Derecho penal transnacional y el DIP.

Así, aunque su dimensión transnacional hace que superen en su desarrollo, o en sus efectos, el ámbito interno de las fronteras estatales, de manera que son objeto de interés para más de un Estado (Nadelmann, 1990; Boister, 2003, 2017; Smith, 2009; Fronza & Insolara, 2020), los delitos previstos en las convenciones universales y regionales anticorrupción están lejos de dirigirse a proteger bienes jurídicos colectivos de la Comunidad Internacional (Transparencia Internacional, 2018), como sí ocurre con los crímenes internacionales en sentido estricto (Boister, 2003; 2017; Van der Wilt, 2014; Olasolo, 2016; 2017a; 2017b; 2018b).

Debido a que, según la doctrina mayoritaria, los delitos recogidos en las convenciones anticorrupción se dirigen, en principio, a proteger el adecuado funcionamiento de la administración pública o el aparato institucional del Estado (corrupción pública), o la libre competencia en el mercado o el orden económico (corrupción privada), su regulación en dichas convenciones está principalmente orientada al control del delito, reafirmando la soberanía estatal en lugar de superarla (Boister, 2003).

Por ello, las definiciones de los tipos penales que recogen las prácticas de corrupción son muy flexibles (Scholtenhardt, 2005), con el fin de permitir que los Estados puedan asumir dichas definicio-

nes, conservando al mismo tiempo la capacidad de interpretarlas y adaptarlas según sus propias circunstancias nacionales (Jenks, 1953). Además, solo imponen a los Estados la obligación de recoger los delitos en sus legislaciones nacionales, de manera que su comisión no genera responsabilidad penal a falta de implementación interna del convenio anticorrupción de que se trate (Boister, 2003, 2017; Enck, 2003; Fijnaut, 2002; Benito Sánchez, 2021; Olasolo & Mané, 2021).

De esta manera, los tratados internacionales anticorrupción presentan tres objetivos principales, además de las limitadas medidas preventivas que recogen. En primer lugar, obtener una mayor armonización de las definiciones de los tipos penales en las legislaciones nacionales como condición necesaria para fomentar la asistencia y cooperación judicial (lo que incluye a su vez armonizar la extensión de la responsabilidad penal a las personas jurídicas). En segundo lugar, establecer mecanismos que faciliten la resolución de las controversias sobre la aplicación de las leyes penales internas y la actuación extraterritorial de las jurisdicciones nacionales. En tercer lugar, diseñar nuevos mecanismos de asistencia y cooperación judicial entre los Estados (Boister, 2003; Van Lampe, 2011; Van Der Wilt, 2014; Olasolo, 2017a; 2018b). En definitiva, de lo que se trata es de superar las dificultades generadas por la resistencia de los Estados a tolerar que otros sistemas penales, y otras jurisdicciones nacionales, puedan actuar en el mismo espacio y sobre las mismas prácticas corruptas transnacionales²⁴.

En este contexto, las propuestas recogidas por Benito (2021) en materia de prevención de la corrupción, armonización de tipos penales anticorrupción, aplicación extraterritorial de la ley penal, responsabilidad penal de las personas jurídicas y asistencia y cooperación judicial²⁵ (así como las relativas al establecimiento a nivel regional

²⁴ Sin embargo, si, como Braithwaite (1985) y Boister (2017) señalan, el problema radica en última instancia en que los Estados se resisten a tolerar que otros sistemas penales y otras jurisdicciones nacionales actúen de manera concurrente sobre un mismo espacio y unas mismas actividades, será difícil que una iniciativa de estas características llegue a contar con el apoyo suficiente para convertirse en realidad.

²⁵ Desde una perspectiva preventiva, sugiere: (a) realizar campañas tendentes a la sensibilización cultural y la educación ciudadana para promover

el reproche social de las prácticas de corrupción; (b) adoptar medidas de carácter administrativo y mercantil para establecer reglas que aseguren un funcionamiento claro y transparente de los sectores público y privado; (c) realizar auditorías sistemáticas para evaluar periódicamente la eficacia de las medidas preventivas; (d) prohibir las donaciones anónimas a partidos políticos y sus fundaciones; (e) incrementar los recursos financieros y de personal de los tribunales de cuentas para que puedan realizar una supervisión más detallada de los informes financieros de los partidos políticos, con el fin de verificar que las condonaciones de su deuda por parte de entidades bancarias y proveedores privados no obedecen a un intercambio de favores; (f) promover una cultura ética empresarial contraria al pago de sobornos para conseguir cuotas de mercado; y (g) adoptar códigos de conducta en las empresas, que incluyan sanciones efectivas y canales internos de denuncia que garanticen la protección de quien los utiliza (Benito, 2021)

En relación con la armonización de los tipos penales y la responsabilidad de las personas jurídicas, se recomienda: (a) eliminar la distinción entre cohecho propio e impropio; (b) tipificar las prácticas asociadas a la corrupción como el tráfico de influencias u otros abusos de funciones del cargo; (c) tipificar las prácticas de corrupción en el sector privado que afecten de manera grave al bien jurídico de la competencia leal en el mercado; (d) sancionar las prácticas de corrupción (como el cohecho propio o impropio) y asociadas con la corrupción (como el tráfico de influencias) con penas disuasorias, efectivas y proporcionadas a la entidad y la gravedad del hecho ilícito; (e) afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y prever penas eficaces, proporcionadas y disuasorias para las mismas, que incluyan en todo caso la multa (que debe calcularse de modo proporcional al beneficio obtenido), la prohibición para participar en concursos o sistemas públicos de contratación y la prohibición de obtener subvenciones y beneficios fiscales; y (f) emplear los recursos necesarios para evitar que el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no permita eludir la responsabilidad de las personas naturales que hayan intervenido en las prácticas de corrupción (Benito, 2020).

En materia de asistencia y cooperación judicial, se propone que, en relación con el desarrollo de las funciones de investigación, se adopten las siguientes medidas: (a) promover la especialización de quienes las llevan a cabo; (b) dotar de recursos suficientes para poder penetrar en las estructuras empresariales y económicas de la corrupción; (c) aplicar técnicas internacionalmente admitidas en la lucha contra la delincuencia organizada, como los agentes encubiertos o las entregas vigiladas; (d) solicitar en las comisiones rogatorias que se adopten medidas de investigación basadas en las nuevas tecnologías, como las videoconferencias, la vigilancia electrónica

en América Latina, África y Asia de instituciones semejantes en su mandato y competencias a *Eurojust*), se dirigen a reforzar la lucha contra la corrupción transnacional, de forma que, en caso de que los Estados decidan adoptarlas, resulten plenamente compatibles con la naturaleza y las características de los demás delitos transnacionales y el derecho penal transnacional (Boister, 2003; 2017; Van Der Wilt, 2014; Olasolo, 2017a; 2018b)²⁶.

Lo mismo se puede decir de la construcción en el ámbito universal de un sistema más integrado de asistencia y cooperación judicial que incorpore las experiencias que mejor han funcionado en el ámbito regional (especialmente, *Eurojust*), tratando de esta manera de

y las comunicaciones por internet; y (e) establecer las garantías necesarias para que se puedan desempeñar las funciones de investigación sin presiones indebidas (Benito, 2020).

inalmente, con respecto a otros aspectos de la asistencia y cooperación judicial, así como en relación con la aplicación extraterritorial de la ley penal, se recomienda: (a) privar a quienes incurrir en prácticas de corrupción de las ganancias obtenidas a través de las mismas; (b) fomentar la aplicación extraterritorial de la ley penal; (c) promover la supresión del principio de doble incriminación en los procedimientos de extradición para los casos de prácticas de corrupción transnacional, siguiendo el modelo de la orden europea de detención y entrega, y la posterior normativa en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales; (d) fortalecer la asistencia y cooperación judicial en el ámbito de la recuperación y restitución de los activos procedentes de la corrupción, poniendo un énfasis especial en los mecanismos dirigidos a la confiscación de los sobornos y demás ganancias derivadas de la corrupción; y (e) fomentar la cooperación de los Estados a los que con frecuencia se envían, o por los que suelen circular, las ganancias derivadas de la corrupción (paraísos fiscales), rechazándose la invocación del secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca (Benito, 2020).

²⁶ Von Lampe (2011) subraya que, para incrementar la efectividad en el campo de la prevención, es necesario conocer el contexto situacional en el que se desarrollan los fenómenos de la corrupción y la delincuencia transnacional organizada, sus patrones de espacio y tiempo, sus opciones racionales y sus actividades cotidianas, con el fin de poder entender las contingencias políticas, económicas y culturales que los caracterizan.

superar el excesivo proteccionismo de muchos Estados en aras de salvaguardar su soberanía nacional (Olasolo & Mané, 2021)²⁷.

No ocurre, sin embargo, lo mismo, con otras propuestas como las de Smith (2009) y Paulose (2013) de utilizar los mecanismos de aplicación del DIP (tribunales internacionales penales (TIPs) de ámbito universal o regional, tribunales híbridos (THs) y principio de jurisdicción universal) para promover la persecución penal de los delitos contenidos en los instrumentos internacionales anticorrupción²⁸. Como resultado, numerosos autores como Eser & Otto (1992), Boister (2003; 2017), Von Lampe (2011), Van der Wilt (2014), y Olasolo

²⁷ Sin embargo, si, como Braithwaite (1985) y Boister (2017) señalan, el problema radica en última instancia en que los Estados se resisten a tolerar que otros sistemas penales y otras jurisdicciones nacionales actúen de manera concurrente sobre un mismo espacio y unas mismas actividades, será difícil que una iniciativa de estas características llegue a contar con el apoyo suficiente para convertirse en realidad.

²⁸ En este sentido, es importante subrayar que la Convención de Mérida parece haber aceptado la posibilidad de aplicar de manera supletoria el principio de jurisdicción universal en su artículo 42(4), que establece que “cada Estado Parte podrá también adoptar las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite”. Así mismo, la Unión Africana ha asumido también recientemente esta posición, aprobando en 2014 el Protocolo de Malabo, que atribuye a la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos jurisdicción penal sobre un buen número de delitos transnacionales (incluyendo, la corrupción, el lavado de dinero, el tráfico de personas, el tráfico de drogas, el tráfico de sustancias peligrosas o la explotación ilícita de recursos naturales), además de sobre varios crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Esta posición ha sido también acogida por quienes desde 2016 proponen para la región de las Américas la creación de una Corte Latinoamericana y del Caribe contra el crimen organizado transnacional (COPLA), si bien esta iniciativa, auspiciada por Argentina, presenta los aspectos novedosos de incluir una agencia supranacional de recogida y análisis de información y de limitar su jurisdicción material a los delitos transnacionales (incluyendo las prácticas relacionadas con la corrupción). Además, desde una perspectiva universal, se mantiene abierto el debate sobre si la jurisdicción de la CPI debería extenderse para incluir ciertos delitos transnacionales, incluidos los actos de corrupción (Olasolo, 2018b).

(2017a; 2018b) han subrayado que el recurso a este tipo de mecanismos para fortalecer la lucha contra las conductas individuales recogidas en los tratados internacionales anticorrupción tendría, en un principio, como efecto central el menoscabo de la naturaleza del DIP y la distorsión de su objeto y fines (Olasolo & Mané, 2021).

Esto se debe, principalmente, a que los crímenes internacionales (en particular, aquellos sobre los que tienen jurisdicción los TIPs, es decir, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y, en el caso de la CPI, el crimen de agresión) protegen, además de bienes jurídicos individuales, bienes jurídicos colectivos, como la paz y seguridad internacionales y la preservación de ciertos grupos humanos y de la población civil, cuyo titular es la Comunidad Internacional, y se caracterizan por la naturaleza de la violencia empleada, su extensión (escala, sistematicidad e intensidad), su carácter organizado (ya sea desde dentro o fuera del Estado), y su comisión frente a personas protegidas y/o en situación de particular vulnerabilidad (May, 2005; Castro, 2006; Orakhelashvili, 2006; Werle, 2010; Vanegas Moyano, 2011; Luban, 2011; Satzger, 2012; Ambos, 2013; Van der Wilt, 2014; Olasolo, 2018b; Olasolo & Galain, 2018). Por ello, quienes incurren en los mismos son considerados *hostis humanis* o “enemigos de la humanidad” (Cassese, 2008)²⁹.

²⁹ Es importante significar tener cuidado con esta terminología de *hostis humanis* o “enemigos de la humanidad”, porque desde los últimos años del siglo XX se ha utilizado por algunos sectores para fomentar reformas legislativas a nivel nacional e internacional, que tienen como elementos comunes el debilitamiento de garantías constitucionales y legales (materiales y formales), el adelantamiento de la persecución penal a etapas previas a la tentativa, la extensión de plazos de prescripción, la exigencia de la prisión preventiva, el aumento de las penas, entre otras características, cuando se trata de la prevención y reacción frente a determinados delincuentes, entre ellos, quienes integran grupos organizados criminales. *Vid.*: Muñoz Conde, F., De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo, Hammurabi, Buenos Aires, 2008. Este fenómeno ha conducido a la doctrina penal a afirmar la existencia de un “derecho penal para enemigos” (donde se trata al delincuente como una “fuente de peligros” que solo debe ser controlada o vigilada mediante medidas de seguridad, porque no hay expectativas de un comportamiento racional “resocializado” en el futuro), que se distingue del “derecho penal para ciudadanos” (que permite la inte-

De esta manera, debido a la especial naturaleza de los crímenes internacionales, el DIP tiene una serie de características propias que no pueden ser extrapolables a las convenciones universales o regionales anticorrupción. Entre ellas, cabe destacar las siguientes:

1. Su objeto: protección de los valores esenciales de la Comunidad Internacional posterior a la segunda guerra mundial, mediante la prohibición, bajo la amenaza de una pena, de aquellas conductas que más gravemente los menoscaban.
2. Sus fuentes: especial relevancia del DIP consuetudinario y naturaleza imperativa o de *ius cogens* de una buena parte de sus normas, que ni admiten acuerdo en contrario, ni pueden ser derogadas por otras normas que no tengan su misma naturaleza.

racción con el delincuente, el reproche de su conducta y esperar una cierta resocialización a través del cumplimiento de la pena). Vid.: Jackobs, G. *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, en ZStW 97, 1985, pp. 751-785; *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart*, en Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, C. H. Beck, 2000: 47-56; y “*Burgers-
trafrecht und Feindstrafrecht*”, *Ritsumeikan Law Review* No. 21, 2004: 93-107. Este derecho penal para enemigos se ha utilizado para la persecución del narcotráfico en Colombia (Aponte, A., *Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum „effizienten“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*. 1. Aufl., Nomos-Verlag, Baden-Baden, 2004), o contra el terrorismo luego del ataque a las Torres Gemelas en Nueva York (con repercusiones en Guantánamo e Irak). Vid.: Viquez, *Die Rezeption des Feindstrafrechts“ in Lateinamerika*, Dissertation, Hamburg 2011 <https://ediss.sub.uni-hamburg.de/bitstream/ediss/4401/1/Dissertation.pdf>. Hasta el momento, sin embargo, no se ha intentado trasladar una lógica similar a la lucha contra la corrupción transnacional, por lo que no se ha llegado a considerar que los corruptos pueden llegar a convertirse en una especie de “enemigo social” al que se tiene que combatir. En síntesis, la definición normativa a nivel internacional jamás ha considerado que merezca la pena la construcción política del corrupto y de la corrupción como un “enemigo social” o un “enemigo político” a ser combatido mediante herramientas jurídicas más o menos flexibles. En consecuencia, si vemos que no ha habido un interés político en la construcción normativa de la corrupción de tipo individual (no sistémica, no extendida) como un “enemigo” de la sociedad (la ciudadanía, el Estado de derecho, etc.), menos interés político parece que podría haber para la construcción normativa de una corrupción sistémica, generalizada y transnacional.

3. Sus instituciones: TIPs de ámbito universal o regional, THs y principio de jurisdicción universal (Boister, 2003; 2017; Van der Wilt, 2014; Olasolo, 2016; 2017a; 2017b; 2018b).

Además, la aplicación de sus normas se dirige, en particular, contra aquellos dirigentes que instrumentalizan las estructuras de poder a su disposición para planear, instigar, ordenar, facilitar y cometer crímenes internacionales, recibiendo por ello el calificativo de “máximos responsables” (Resoluciones 1503 (2003) y 1534 (2004) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; Fiscalía de la CPI, 2003; 2007; 2010; 2013; 2016).

5. HERRAMIENTAS QUE OFRECE EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL PARA SUPERAR SIN NECESIDAD DE REFORMAS CONVENCIONALES LA RESTRICTIVA DEFINICIÓN DE LOS TIPOS PENALES RELATIVOS A LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES ANTICORRUPCIÓN. PARTICULAR ATENCIÓN A LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

5.1. Introducción

La restrictiva definición de los tipos penales relativos a la corrupción transnacional en los tratados internacionales anticorrupción limita significativamente el abordaje integral de este fenómeno. Ante esta situación, algunos ponen el acento en que las respuestas jurídicas no son suficientes para abordar de manera eficaz el fenómeno de la corrupción, y que es, por tanto, necesario articularlas con medidas extrajurídicas de naturaleza económico-financiera y socio-política, incluyendo, entre otras:

1. Las tendientes a establecer límites éticos, tanto para el funcionamiento a nivel global de la economía de mercado, como para la actuación en el mismo de las instituciones financieras y las empresas multinacionales.

2. Las dirigidas en última instancia a favorecer la alternancia de partidos políticos en el ejercicio del poder (lo cual contribuye a la prevención e identificación de las tramas de corrupción).
3. Las relativas a limitar las posibilidades técnicas de facilitar las prácticas corruptas transnacionales por los profesionales del lobby, las finanzas, la contabilidad y el derecho (OEA, Secretaría General, 2011: 52, 73).

Sin embargo, no es menos cierto que, a pesar de las dificultades analizadas en la sección anterior para la utilización de los mecanismos de aplicación del DIP con el fin de incrementar la eficacia de la lucha contra la corrupción transnacional, no es menos cierto que existen ciertas herramientas que, sin necesidad de modificar los tratados internacionales anticorrupción o la actual normativa de DIP (incluido el ECPI), conviene explorar para ver en qué medida pueden ser utilizadas tanto para investigar las prácticas corruptas de organizaciones públicas, privadas y al margen de la ley, como para enjuiciar a sus dirigentes.

A esto hay que unir la necesidad de redefinir los tipos penales relativos a la corrupción transnacional mediante la incorporación de elementos objetivos contextuales, tal y como se hace en el DIP para responder a otros fenómenos, como los crímenes de lesa humanidad, que presentan varias características en común con la corrupción transnacional (amplia extensión, carácter organizado, participación de actores públicos, privados y al margen de la ley, garantías de impunidad, encubrimiento de los medios de comunicación y victimización de amplios sectores de la población civil).

5.2. El recurso a los mecanismos de aplicación Derecho Internacional Penal para perseguir los crímenes cometidos por organizaciones que incurrir tanto en prácticas de corrupción transnacional como en crímenes de lesa humanidad. Especial atención a las organizaciones del crimen organizado transnacional

La primera herramienta que nos ofrece el DIP es el recurso a los mecanismos de aplicación DIP para perseguir los crímenes cometi-

dos por organizaciones que incurren tanto en prácticas de corrupción transnacional como en crímenes de lesa humanidad, especialmente las organizaciones del crimen organizado transnacional.

Así, en lo que se refiere específicamente a la CPI, el art. 7(1) y (2)(a) del ECPI establece que los crímenes de lesa humanidad se caracterizan por la existencia de una multiplicidad de actos graves cometidos de manera generalizada o sistemática (“ataque”) contra una población civil de conformidad con la política de un Estado o de una organización. Los actos graves a los que se refiere el artículo 7(1) del ECPI, que Ambos (2013) y Werle (2010) denominan “hechos individuales”), y que afectan con particular intensidad a uno o varios intereses esenciales del sujeto pasivo como la vida, la integridad física, la salud o la libertad (Vanegas, 2011), son el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, el traslado forzoso de población, la detención arbitraria³⁰, la tortura, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada, otras formas de violencia sexual de gravedad comparable, la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia³¹, la desaparición forzada, el apartheid y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad o la salud física o mental.

El artículo 7(1) del ECPI entiende por “ataque” una línea de conducta que implique la comisión generalizada o sistemática de los actos graves arriba mencionados³². El carácter generalizado del ataque

³⁰ En la formulación del apartado (e) del artículo 7(1) se refiere a “encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional”.

³¹ En la formulación del apartado (h) del artículo 7(1) ECPI se refiere a “persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”.

³² CPI, *Prosecutor v. Katanga* (2014), párr. 1111; CPI, *Prosecutor v. Bemba* (2016), párr. 149; CPI, *Prosecutor v. Al Mahdi* (2016), párr. 38; CPI, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda* (2019), párr. 660, 1170. *Vid.*: también, TPIR, Pro-

tiene que ver con su aspecto cuantitativo, en particular, con sus dimensiones y el número de víctimas³³. Un ataque reviste la condición de generalizado cuando, o bien se desarrolla en un área geográfica amplia, o bien tiene lugar en un área geográfica más reducida donde un gran número de víctimas se ven afectadas³⁴. El carácter generalizado de un ataque puede ser, por tanto, generado por el efecto acumulativo de una serie de actos graves, o por el efecto singular de un solo acto de extraordinaria magnitud³⁵.

A pesar de no ser generalizado, un ataque puede constituir un crimen de lesa humanidad si posee un carácter sistemático, porque se ha llevado a cabo siguiendo un patrón de actuación que responde a un plan metódicamente organizado para la consecución de un determinado objetivo³⁶. Quedan por tanto excluidos los actos graves que constituyen una mera sucesión accidental³⁷.

En cuanto al sujeto pasivo del ataque, la expresión “una población civil” expresa la naturaleza colectiva de todo crimen contra la

secutor v. Semanza (2003), párr. 326; TPIR, *Prosecutor v. Kalelijeli* (2003), párr. 866.

³³ CPI. *Prosecutor v. Al Mahdi* (2016), párr. 80; CPI. *Prosecutor v. Bemba* (2016), párr. 163; CPI. *Prosecutor v. Katanga* (2014), párr. 1105. *Vid.*: también, TPIY, *Prosecutor v. Tadić* (1997), párr. 648; TPIR, *Prosecutor v. Kayishema y Ruzindama* (1999), párr. 123).

³⁴ CPI. *Prosecutor v. Al Mahdi* (2016), párr. 38; CPI. *Prosecutor v. Bemba* (2016), párr. 163; CPI, *Prosecutor v. Katanga* (2014), párr. 1105.

³⁵ CPI. *Prosecutor v. Bemba* (2016), párr. 163; CPI, *Prosecutor v. Katanga* (2014), párr. 1101, 1123; *Vid.* También, TPIY, *Prosecutor v. Blaskic* (2000), párr. 203-206; TPIY, *Prosecutor v. Kordic* (2000), párr. 179.

³⁶ CPI. *Prosecutor v. Al Mahdi* (2016), párr. 48; CPI, *Prosecutor v. Bashir* (2009), párr. 81; CPI, *Prosecutor v. Katanga* (2014), párr. 1113. *Vid.* también TPIR, *Prosecutor v. Akayesu* (1998), párr. 580; TPIR, *Prosecutor v. Kayishema* (1999), párr. 123; TPIR, *Prosecutor v. Nahimana*, (2007), párr. 920; TPIY, *Prosecutor v. Kordic y Cerkez* (2001), párr. 179.

³⁷ CPI. *Prosecutor v. Bemba* (2016), párr. 156; *Vid.* también TPIY, *Prosecutor v. Tadic*, (1997), párr. 648; TPIY, *Prosecutor v. Kunarac* (2001), párr. 580; TPIY, *Prosecutor v. Kunarac* (2002), párr. 94; TPIY, *Prosecutor v. Kordic y Cerkez* (2004), párr. 94; TPIY, *Prosecutor v. Blaskic* (2004), párr. 101; TPIR, *Prosecutor v. Akayesu* (1998) párr. 580; TPIR, *Prosecutor v. Ntakirutimana* (2003), párr. 804.

humanidad³⁸, y la indefensión del sujeto pasivo del crimen frente a la estructura estatal u organización que ha de encontrarse detrás del ilícito. En todo caso, conviene subrayar con Luban (2011) que los crímenes de lesa humanidad son agresiones contra poblaciones civiles vistas no como entidades metafísicas unificadas, sino simplemente como grupos de individuos, cuyo propio interés humano y dignidad están en peligro. En consecuencia, por “una población civil” se entiende un grupo de individuos que ha de compartir ciertos rasgos distintivos, si bien no se exige que estos últimos se refieran a ninguna condición en particular, como la nacionalidad o la etnicidad. Además, no es necesario que se ataque a la población civil en su conjunto, sino que es suficiente con que la violencia sea dirigida contra una parte de esta³⁹. Con ello se excluyen del ámbito de los crímenes de lesa humanidad los casos donde las víctimas son elegidas al azar⁴⁰.

El artículo 7(2)(i) del ECPI requiere que el ataque sea “en conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o promover esa política”⁴¹. Este requisito ha sido definido por la jurisprudencia de la CPI en el sentido de exigir que el

³⁸ CPI, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda* (2019), párr. 667-669. Vid. también TPIY, *Prosecutor v. Tadic* (1997), párr. 644; TPIY, *Prosecutor v. Kunarac* (2001), párr. 425.

³⁹ CPI, *Prosecutor v. Katanga* (2014), párr. 762, 1105, 1656; CPI, *Prosecutor v. Bemba* (2016), párr. 154. Vid. también, TPIY, *Prosecutor v. Tadic* (1997), párr. 644; TPIY, *Prosecutor v. Kunarac* (2001), párr. 425.

⁴⁰ CPI, *Prosecutor v. Katanga* (2014), párr. 161; CPI, *Prosecutor v. Bemba* (2016), párr. 149, 671. Vid. también, TPIY, *Prosecutor v. Stakic* (2003), párr.627; TPIY, *Prosecutor v. Kunarac* (2002), párr. 90.

⁴¹ CPI, *Prosecutor v. Katanga* (2014), párr. 1122; CPI, *Prosecutor v. Lubanga* (2014), párr. 436. Los Elementos de los Crímenes, en su sección introductoria sobre los crímenes de lesa humanidad, desarrollan este elemento afirmando que se “requiere que el Estado u organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil”. Además, en la sexta nota al pie de los Elementos de los Crímenes se añade que “[...] la política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización”.

ataque sea plenamente organizado y siga un patrón regular de conducta, y que en su desarrollo se necesite de la utilización de recursos públicos o privados⁴². Ahora bien, la propia jurisprudencia de la CPI ha subrayado que no es necesario que dicha política sea expresamente definida o formalizada⁴³.

La jurisprudencia de la CPI ha afirmado que no solo los Estados en sus niveles nacional, regional o local, sino también organizaciones no estatales, sin vínculos con los Estados o enfrentadas a los mismos, pueden incurrir en crímenes de lesa humanidad⁴⁴. A la hora de determinar las características que ha de tener una “organización”

⁴² CPI, Situación en Kenia (2010), párrs. 84-86; CPI, Situación en Costa de Marfil (2011), párr. 43; CPI, Situación en la República de Burundi (2017), párr. 40-48; CPI, Situación en Filipinas (2018), párr.51-53.

⁴³ CPI. *Prosecutor v. Bosco Ntaganda* (2019), párr. 674. Vid también, TIPY, *Prosecutor v. Kunarac* (2002), párr. 95; *Ambos & Wirth* (2002); *Heller* (2009).

⁴⁴ CPI. *Prosecutor v. Al Mahdi* (2016), párr. 49; CPI, *Prosecutor v. Katanga* (2014), párrs. 1106 et. seq.. Ya para 1991, la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en un nuevo Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad Internacional, atribuía responsabilidad penal, sin exigir actuar bajo la autoridad de un Estado, a quienes incurrieran en la comisión a gran escala o de manera sistemática de las violaciones graves de derechos humanos allí recogidas. Vid. Art. 21 del Proyecto de Código contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, en Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of Its Forty-Third Session (29 Abril-19 Julio 1991), 46 U.N. GAOR Supp. (No. 10), U.N: Doc. A/46/10 (1991), reimpresso en [1991] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 94, 103, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Part 2). El propio comentario de la CDI subrayaba esta cuestión al afirmar que no excluía la posibilidad de que individuos privados con poderes de hecho, o grupos del crimen organizado, pudieran cometer el tipo de violaciones sistemáticas o a gran escala al que se refería el proyecto. Este nuevo entendimiento de los crímenes de lesa humanidad en función de la naturaleza, intensidad, escala y sistematicidad de la violencia contra la población civil, y no en base al carácter estatal de la estructura que lo lleva a cabo, se mantuvo en el Proyecto de 1996, que se refería expresamente a la actuación bajo la instigación o dirección de “un Gobierno o de cualquier organización o grupo”. Vid. Art. 18 del Proyecto de Código contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, en Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of Its Forty-eighth Session, 51 U.N. GAOR Supp. (No. 10) at 14, U.N. Doc. A/CN.4/L.532,

para poder incurrir en este tipo de crímenes internacionales, la jurisprudencia de la CPI ha afirmado que no tiene por qué tener la condición de *cuasi-Estado*, sino que es suficiente con que cumpla con algunas de las siguientes características: (a) disponer de un mando responsable o una jerarquía establecida adecuadamente; (b) contar con los medios necesarios para lanzar un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; (c) ejercer un control sobre una parte del territorio de un Estado; (d) tener como objetivo principal realizar actividades criminales contra la población civil; (e) expresar, de forma explícita o implícita, la intención de atacar una población civil; y (f) hacer parte de otro grupo más importante que cumpla al menos con algunas de estas características⁴⁵.

De esta manera, según la jurisprudencia de la CPI, el criterio clave para determinar si un grupo puede ser considerado como “organización” es la capacidad de ejecutar sobre el terreno políticas o prácticas de comisión a gran escala o siguiendo un patrón de conducta de actos graves previstos en el art. 7(1) del ECPI contra una

corr.1, corr.3 (1996), reimpresso en [1996] Y.B. Int'l L. Comm'n, vol. 2, 47, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2).

⁴⁵ CPI, Prosecutor v. Al Mahdi (2016), párr. 49; CPI, Prosecutor v. Katanga (2014), párrs 1119- 1120; CPI, Situación en Kenia (2010) párr. 93; CPI, Situación en Costa de Marfil, párr. 43; CPI, Situación en la República de Burundi (2017), párr. 65; CPI, Situación en Filipinas (2018), párr. 47-49. El juez Hans Peter Kaul en su voto particular en la decisión de autorización para la apertura de una investigación en la situación en Kenia afirma que que el término “organización” utilizado en el artículo 7(2)(a) del ECPI debe ser interpretado de manera restrictiva, a los efectos de abarcar sólo a aquellos grupos que puedan ser considerados como cuasi-estados, por cumplir, entre otras, con las siguientes características: (i) una colectividad de personas; (ii) concebida para actuar con un objetivo común; (iii) durante un período prolongado de tiempo; (iv) con un mando responsable o una estructura jerárquica que tenga el poder de decisión; (v) con capacidad de imponer su política a sus miembros y poder de sancionarlos; y (vi) con capacidad y medios para atacar a gran escala cualquier población civil. De esta manera, se excluirían tanto a grupos sin control alguno de civiles armados, como a los grupos del crimen organizado. Vid. CPI, Situación en Kenia (2010a), párr. 51.

población civil⁴⁶. No es por tanto necesario, que el grupo tenga una estructura jerarquizada (o al menos esto no es lo que debe distinguir a la organización), sino que debe contar con un grado de estructura suficiente, que le permita una cierta capacidad de acción, concertación y coordinación para el cumplimiento de sus objetivos criminales, quedando en todo caso excluidos los actos aislados (aunque se repitan de forma accidental), aun cuando puedan ser calificados como “inhumanos”⁴⁷.

Con base en lo anterior, y a la luz de la jurisprudencia de la CPI en relación con los distintos elementos de la definición de los crímenes de lesa humanidad prevista en el artículo 7 del ECPI, se puede afirmar que no parece, en principio, haber ningún obstáculo para poder recurrir a los mecanismos de aplicación del DIP, incluida la CPI, con el fin de investigar y enjuiciar a los dirigentes de instituciones estatales, organizaciones privadas y estructuras de la delincuencia organizada transnacional por los actos graves que cometan contra la población civil que sean constitutivos de crímenes de lesa humanidad (Kress, 2010; Werle & Burghardt, 2012; Olasolo & Galain, 2018). Esto con independencia de las prácticas de corrupción transnacional de las que puedan ser también responsables.

Esta conclusión es particularmente aplicable a las organizaciones del crimen organizado transnacional (Kress, 2010; Werle & Burghardt, 2012). Así, como vimos en el capítulo anterior (Olasolo,

⁴⁶ CPI, Situación en Kenia (2010) párrs. 84-86; CPI, Situación en Costa de Marfil, párr. 43; CPI, Situación en la República de Burundi (2017), párr. 47; CPI, Situación en Filipinas (2018), párr. 53 Vid. también, Kress (2010); Werle & Burghardt (2012).

⁴⁷ CPI, *Prosecutor v. Katanga* (2014), párrs. 1119-1120. En el mismo sentido, Luban (2011). Un sector de la literatura, sin embargo, considera que, para que puedan cometer determinados crímenes internacionales (como la desaparición forzada de personas, por sus características típicas), estas organizaciones deben ejercer el control sobre una parte del territorio o han de poder disponer de los mismos, obstaculizando o impidiendo la intervención del Estado para brindar protección física y jurídica a los habitantes de su territorio. Vid. Ambos, K. & Böhm, M.L., “Análisis comparativo-internacional”, en *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Temis, Bogotá, 2009, pp. 195-255.

et al., 2022), los trabajos realizados desde mediados de 1990 muestran que este tipo de organizaciones, como los cárteles mexicanos del narcotráfico, las bandas criminales colombianas ('Bacrim'), la *Cosa Nostra* italo-norteamericana, la mafia rusa, las tríadas chinas o los *yakuza* japoneses, conforman auténticas estructuras empresariales clandestinas, que operan de modo racional para obtener beneficios en mercados prohibidos (Zaffaroni, 1999; Ritch, 2002) y participan activamente en el mercado financiero global debido a su estructura, membresía y capacidades logísticas, tecnológicas y operativas (Kleemans, 2014; Olasolo & Galain, 2018)⁴⁸. Además, se organizan a través de redes descentralizadas y flexibles (sus nodos están formados por personas que se conocen por lazos familiares o experiencias comunes, facilitando una comunicación informal al interior de la red) (Benson & Decker, 2010)⁴⁹, que permanecen en el tiempo (Domine,

⁴⁸ Se estima que mediante procesos de lavado de dinero reintroducen cada año en los flujos económicos legales entre 2.17 y 3.61 trillones de dólares, lo que equivale a entre el 3% y el 5% del producto interior bruto a nivel global (Obokata & Payne, 2017).

⁴⁹ Dada la naturaleza descentralizada, flexible y adaptativa de las organizaciones de la delincuencia organizada transnacional, en los últimos años se han estudiado las mismas, así como otras organizaciones armadas estructuradas en redes, con base en los marcos teóricos que estudian las organizaciones como sistemas sociales (OSS) y como sistemas complejos adaptativos (CAS) (Berkowitz, 2003; Bunker, 2014; Sullivan & Bunker 2015; Palma 2019). Esto está permitiendo explicar, desde una perspectiva evolutiva, el comportamiento flexible y adaptable de estas organizaciones, comprendiendo las lógicas de comportamiento de sus actores y las tareas que desempeñan, así como los continuos procesos de cambio a los que están sujetos conforme a las necesidades impuestas por las condiciones del contexto en el que actúan (Noguera, 2016). Desde esta perspectiva, la organización es un espacio donde el conocimiento y la estructura de relaciones, el aprendizaje y el comportamiento individual configuran actividades que se convierten en mecanismos que se adaptan a un entorno, al mismo tiempo que este último modifica a la organización generando condiciones de interacción y cambio permanente (Hoelzl, 2006). Como consecuencia, el concepto de economía criminal global, propuesto inicialmente por Castells en 1996, ha sido desarrollado para mostrar que las organizaciones de la delincuencia organizada transnacional son auténticas corporaciones transnacionales, que construyen conexiones con otros grupos y conforman auténticas estructuras en red de diversos actores, que ofrecen un amplio portafolio de servicios, y

2007), y se adaptan y fluctúan constantemente conforme a las condiciones del contexto (sus miembros puedan confiar así en un tejido de puntos de contacto en diferentes Estados para actuar “de forma segura”) (Palma, 2013), construyendo conexiones con otras organizaciones y formando cadenas de tráfico ilícito global (Castells, 1996).

Este tipo de organizaciones presentan además dos características esenciales. En primer lugar, actúan mediante el recurso a la amenaza y al ejercicio de la violencia (incurriendo con frecuencia en el tipo de actos graves previstos en el art. 7 (1) del ECPI) frente a quienes suponen un obstáculo en el desarrollo de sus operaciones, por lo que estructuras paramilitares hacen con frecuencia parte de las mismas (Paoli & Vander Beken, 2014; Obokata & Payne, 2017)⁵⁰. En segundo lugar, con el fin de poder desplegar sus actividades a lo largo del tiempo, requieren disponer de una conexión estructural con los poderes públicos (administrativo, legislativo y judicial) y privados (en particular, pero no exclusivamente, el sector económico-financiero) de los ámbitos material y territorial (local, regional, nacional y supranacional) en los que operan, lo que hace que la corrupción juegue un papel central en sus actividades (Hagan, 1983; Zaffaroni, 1999; Aronowitz, 2003; Obokata, 2006; Domine, 2007; Kleemans, 2014). Esta estrecha conexión entre las organizaciones de la delincuencia organizada y el sector económico-financiero, así como el sistema socio-político encargado de diseñar la legislación anticorrupción y promover su aplicación, constituye un elemento central de su funcionamiento (Obokata, 2006; Aronowitz, 2003; Zaffaroni, 1999; Hagan, 1983), que les permite realizar sus transacciones ilícitas aprovechándose, no de “vacíos legales”, sino de la interacción social con las

tienen como principios de actuación la descentralización, la flexibilidad, la adaptabilidad y la evolución según el contexto.

⁵⁰ Rojas (2011) ha afirmado en relación con las Bandas criminales (Bacrim) colombianas, que, si bien no buscan el poder político, su objetivo principal es obtener el poder económico y el control social en las áreas en las que operan, para lo que, según Prieto (2013), pueden llegar a incurrir en un número significativo de masacres, homicidios, desplazamientos forzados, extorsiones y hechos de reclutamiento forzado de menores, entre otros hechos delictivos, con el fin de evitar cualquier interferencia con sus transacciones económicas (Rodríguez, 2010; Garzón, 2012).

autoridades en los territorios y jurisdicciones en los que desarrollan sus actividades (Kleemans, 2014)⁵¹. Por ello, a mayor capacidad de acción de la delincuencia organizada transnacional, mayor fortalecimiento y extensión de sus prácticas corruptas y de las redes que las promueven (Olasolo *et al.*, 2022)⁵².

En consecuencia, a la luz de lo anterior, se puede afirmar que los requisitos exigidos por la definición de los crímenes de lesa humanidad en el art. 7(1) y (2) (a) del ECPI son cumplidos por las organizaciones de la delincuencia organizada transnacional (Young, 2000; Smith, 2008-2009; Olasolo 2017a; 2017b; 2018b), que, en cuanto estructuras empresariales clandestinas que se dedican a realizar transacciones económicas en mercados prohibidos, presentan, entre otras, las siguientes características: (a) hacen uso de los últimos avances tecnológicos, así como de la ampliación y la desregulación

⁵¹ Esta situación ha sido particularmente estudiada en los últimos años en relación con los cárteles del narcotráfico mexicanos, dada su preponderancia en la exportación de estupefacientes hacia el mayor consumidor mundial de sustancias prohibidas, EE.UU., Paternostro, 1995; O' Neil, 2009; Brown, 2013; Medel & Thoumi, 2014; Astorga, 2015; Ríos, 2015; Rexton, 2016; Olasolo & Galain, 2018). Debido a su estrecha relación con el sistema político-jurídico encargado de diseñar la legislación y promover su aplicación, los cárteles mexicanos, al igual que otras organizaciones de la delincuencia transnacional organizada como las Bacrim colombianas (Crisis Group, 2012; Prieto, 2013), o los Yazuka japoneses (Seymour, 1996; Gragert, 1997; Kaplan & Dubro, 2003; Reynolds, 2006; Smith, 2008-2009), por poner solo algunos ejemplos, no llevan a cabo sus transacciones ilícitas aprovechándose de “vacíos legales”, sino a través de su interacción social con las autoridades en los territorios y jurisdicciones en los que realizan sus actividades (Kleemans, 2014).

⁵² Esto es precisamente lo que ha sucedido desde la caída del Muro de Berlín en 1989 como consecuencia de: (a) la desregulación de los mercados financieros (Sánchez García de Paz & Blanco Cordero, 2000; Blovich, 2004; Castresana, 2004); (b) las innovaciones tecnológicas en las comunicaciones y las transacciones financieras (Glynn, Koborin & Naim, 1997); y (c) la instrumentalización de las poblaciones residentes que buscan escapar de la marginalidad en las áreas desconectadas para desarrollar una “economía criminal global” dirigida a proveer bienes y servicios prohibidos a quienes conforman la ciudadanía global en las áreas conectadas (Castells, 1996; 1998; Mantilla, 2009; Olasolo, 2018; Olasolo & Mane, 2021); Katzarova, 2019.

de los mercados financieros globales, tratando de presentarse como empresas económicas lícitas y obteniendo unos beneficios anuales que superan al producto interior bruto de un gran número de países en vías de desarrollo; (b) tienen la capacidad de actuar a través de redes en una multiplicidad de Estados, contando con una alta capacidad de transformación; (c) poseen una conexión estructural con los poderes públicos y privados de los ámbitos material y territorial en los que operan; y (d) sostienen su acción recurriendo habitualmente al tipo de actos graves previstos en el art. 7 (1) del ECPI con el fin de obtener, y mantener, el poder económico y el control social en las áreas en las que operan (Rojas, 2011; Prieto, 2013).

5.3. La perspectiva del análisis del daño social en el abordaje de las prácticas sistemáticas y generalizadas de corrupción transnacional

Además de los casos de organizaciones que acompañan sus prácticas de corrupción transnacional con actos sistemáticos o a gran escala de violencia grave contra ciertos sectores de la población civil, es necesario analizar si aquellas prácticas corruptas caracterizadas por su amplia extensión (generalidad), su carácter organizado (sistematicidad), la participación en las mismas de actores públicos, privados y al margen de la ley (que ofrecen seguridad financiera a los dineros mal habidos e impunidad a las personas involucradas), el encubrimiento por gran parte de los medios de comunicación, y el deterioro en el nivel de afectación de los derechos fundamentales de los sectores más vulnerables de la población, pueden por sí mismas ser constitutivas de crímenes de lesa humanidad.

Como punto de partida es importante reconocer que los retos actuales frente a la criminalidad económica requieren cambiar el paradigma penal. Grandes empresas y Estados tienen hoy la capacidad de lesionar de manera sistemática y a gran escala los derechos humanos de los sectores más vulnerables de la población. En este contexto, el daño social ocasionado por la corrupción transnacional está relacionado con la vulneración de “bienes jurídicos vinculados inmediata o mediatamente a las personas, comunidades y el medio ambiente”.

En consecuencia, limitar el análisis del bien jurídico protegido a aquellos que han sido tradicionalmente tutelados por los tipos penales anticorrupción (el adecuado funcionamiento de la administración pública o el aparato institucional del Estado en los casos de la corrupción pública, o la libre competencia en el mercado o el orden económico en supuestos de corrupción privada), supone desconocer la afectación de otros bienes jurídicos que se ven también gravemente vulnerados y que el derecho debe proteger (Galain, 2021: 53).

Ante esta situación, Böhm (2021) propone que el daño social sea considerado como una categoría de estudio, toda vez que:

[...] debido a la falta de interés en el juzgamiento y al beneficio económico que significa para muchos de estos actores poderosos (a través de medios legales o ilegales), tanto el daño social como las violaciones de derechos humanos causadas por actividades empresariales no son percibidas como crímenes por los medios masivos de comunicación, por su público y la sociedad en general, o incluso por las esferas gubernamentales y judiciales, sino como inevitables efectos colaterales (externalidades) del progreso y desarrollo —que, por cierto, nunca se materializa.

De esta manera, el daño social que generan las prácticas sistemáticas o generalizadas de corrupción transnacional, en particular cuando son cometidas desde entidades estatales y grandes empresas, no ha sido analizado en sus distintas dimensiones, de manera que los efectos adversos que este tipo de prácticas corruptas genera para la sociedad civil y las comunidades son, en gran medida, todavía desconocidos. Esto hace que la dogmática penal sobre este tipo de prácticas esté construida sobre falsas premisas, porque ni es cierto que las mismas configuren crímenes “sin víctimas”, ni tampoco es cierto que no vulneren directamente derechos humanos fundamentales y el tejido social (Böhm, 2021: 241).

Esta situación es abordada por la criminología del *maldesarrollo*, que centra su análisis en el daño social ocasionado por los grandes proyectos económicos, las prácticas comerciales de las grandes empresas transnacionales, las transacciones financieras internacionales y las acciones estatales, con el fin de superar la aproximación jurídico-penal clásica que limita su estudio y desconoce sus verdaderos efectos sociales, económicos, políticos y culturales (los cuales impi-

den, entre otras cosas, la satisfacción en el corto, medio y largo plazo de las necesidades básicas, tanto a nivel colectivo como individual, de los sectores más vulnerables de la población) (Böhm (2021: 244). Esto significa también investigar:

[...] Las actividades de Estados y corporaciones que son perjudiciales para las personas, ya sea respecto de la falta de alimentos sanos, la vivienda o calefacción inadecuadas, los bajos ingresos, la exposición a varias formas del peligro, la violación de derechos humanos básicos, y la victimización frente a varias formas de crimen (Hillyard & Tombs, 2013: 184;17-18; Pemberton, 2007: 46)

Para ello, es necesario centrar el análisis en el daño social, toda vez que solo así se pueden observar los verdaderos efectos de las prácticas sistemáticas o generalizadas de corrupción (Böhm, 2021: 241). Además, autores como Ferrajoli (2014) consideran que el análisis no debe limitarse únicamente al daño social, sino que debe enfocarse también en “la violencia estructural y cultural” porque de lo contrario los ciclos de violencia y de delincuencia se seguirán repitiendo.

En este contexto, analizar las prácticas sistemáticas o generalizadas de corrupción desde la perspectiva de la preservación de la administración pública y el orden económico no reconoce el verdadero daño que generan a la sociedad en su conjunto, porque afectan también a toda una serie de bienes jurídicos individuales (la vida, la integridad física, la propiedad, entre otros) y colectivos (la calidad de vida de las comunidades, su estabilidad económica, su seguridad, y su capacidad de progresar social-económicamente). Como resultado, el daño social abarca un amplio universo de consecuencias perjudiciales que la doctrina tradicional, los ordenamientos jurídicos nacionales y los tratados internacionales anticorrupción no han tenido hasta ahora en consideración, lo que permite a su vez mostrar que dichas prácticas tienen la capacidad de afectar bienes jurídicos tanto individuales como colectivos (Landa Gorostiza, 2004)⁵³, como también ocurre con los crímenes de lesa humanidad (Gil, 2016).

⁵³ Algunos autores afirman que la protección que pretende ofrecer esta categoría de crímenes internacionales va destinada a bienes jurídicos personalísimos, a saber, “la vida, la integridad física y la salud de las personas, su libertad ambulatoria, la libertad sexual, etc.” (Gil, 2016: 204). Esta postura,

5.4. La calificación de ciertas prácticas sistemáticas o generalizadas de corrupción transnacional como constitutivas de crímenes de lesa humanidad

5.4.1. Primera aproximación

La posibilidad de enmarcar ciertas manifestaciones de la corrupción transnacional en la categoría de los crímenes de lesa humanidad ha sido propuesta por parte de la doctrina en el DIP. Así, para autores como Starr (2007), Bloom (2014) o Schmidt (2015), los elementos contextuales y específicos de algunas de las categorías de crímenes de lesa humanidad, tal y como se recogen en el artículo 7(1) y (2) del ECPI, se configuran cuando prácticas corruptas de naturaleza sistemática o generalizada cumplen con las siguientes tres condiciones:

1. Constituyen una línea de conducta que implica la comisión múltiple, de manera sistemática o generalizada, contra ciertos sectores de la población civil (generalmente aquellos que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad porque disponen de menos recursos, o son objeto de discriminación por un motivo no permitido por el derecho internacional) de actos previstos en el artículo 7(1) del ECPI.
2. Se desarrollan de conformidad con la política de un Estado (en su nivel local, regional o nacional) o de una organización.
3. Se llevan a cabo con la intención específica, o al menos con el conocimiento, de que “en el curso normal de los acontecimientos” generarán graves consecuencias negativas para los sectores de la población civil afectados (arts. 7(1) y 30 del ECPI)⁵⁴.

que en su momento fue fuertemente sostenida, ya no es reconocida como la opinión mayoritaria.

⁵⁴ Esto, sin embargo, no es un tema pacífico, toda vez que se discute si en casos de prácticas corruptas de naturaleza sistemática o generaliza se está frente a un dolo directo de segundo grado o un dolo eventual, lo cual dificultaría la adecuación de esta conducta criminal como crimen de lesa humanidad a la luz del art. 30 del ECPI (Schmidt, 2015). Si bien el dolo directo de segundo grado se encuentra incluido en el art. 30 del ECPI, el dolo eventual ha sido

Frente a esta posición, autores como Doukellis (2016) subrayan que considerar las prácticas sistemáticas o generalizadas de corrupción como crímenes de lesa humanidad violaría los principios de *nulla crimen sine lege* y *nulla poene sine lege*, porque no existe ninguna norma jurídica en el DIP en general, o en el ECPI en particular, que expresamente las configure como tal, y tratar de incluir estas prácticas en cualquiera de los tipos penales recogidos en el art. 7(1) del ECPI supondría extender su interpretación en contra de la voluntad de los redactores del ECPI y de la obligación, conforme al art. 22 del ECPI, de interpretar los tipos penales “estrictamente”, evitar su extensión por analogía, y adoptar en caso de ambigüedad la interpretación más favorable a la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. La ausencia de jurisprudencia de la CPI, o de cualquier otro TIP o TH, que admita esta equiparación constituye, para Doukellis un argumento adicional en apoyo de su posición.

5.4.2. El debate sobre la posible consideración de ciertas prácticas sistemáticas o generalizadas de corrupción como un crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos

El ECPI consagra en su art. 7(1)(k) el crimen de lesa humanidad de “otros actos inhumanos”. Este tipo penal, también recogido en los artículos 6(c), 5(i) y 3(i) de los Estatutos del TMI, el TPIY y el TPIR, constituye un tipo subsidiario de la categoría de crímenes de lesa humanidad cuya finalidad principal es evitar vacíos de impunidad (Jyrkkiö, 2011). En consecuencia, como lo ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia del TPIY, puede utilizarse para perseguir conductas que no hayan sido expresamente recogidas en los demás tipos penales recogidos en dicha categoría (TPIY, caso Delalić *et al.*, 1998; Vasiljević, párr. 234; Kupreškić, párr. 563; Blaškić, párr.

un tema de discusión, de manera que mientras algunas decisiones han afirmado también su inclusión, otras lo han negado. Al no haber un consenso generalizado, casos en los que solamente se tenga conciencia de la probabilidad de las consecuencias adversas sin que haya una certeza virtual de que efectivamente se producirán podrían no ser considerados como crímenes de lesa humanidad.

237; Kordić & Čerkez, párrs. 269; Jyrkkiö, 2011). Esto genera ciertas dificultades en su interpretación debido a la ambigüedad de su definición. Además, en el caso de la CPI estas dificultades se ven incrementadas por los siguientes factores: (a) su menor alcance en el ECPI debido a la inclusión expresa en su art. 7 (1) de nuevos tipos penales de lesa humanidad que no aparecen recogidos en los Estatutos del TMI, el TPIY y el TPIR (Jyrkkiö, 2011); y (b) el hecho de que la jurisprudencia de la CPI no haya definido todavía con precisión el alcance de lo que puede considerarse como otro acto inhumano.

Los elementos específicos del crimen de lesa humanidad de “otros actos inhumanos” se recogen en el art. 7(1)(k) del ECPI y en los EC que lo desarrollan. La primera disposición se refiere expresamente a “[o]tros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”. Por su parte, los EC desarrollan la misma al señalar que esta categoría de crímenes de lesa humanidad requiere los siguientes elementos específicos:

[...]1. Que el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. 2. Que tal acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto. 3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto.

La jurisprudencia del TPIY ha señalado en el caso *Delalić et al.* (1998: para. 543), que un acto inhumano es una acción u omisión deliberada que causa importantes sufrimientos físicos o mentales o que genera serias afecciones a la dignidad humana. La SPI en el caso *Karadžić* (2016, para. 494) ha acogido esta misma posición, señalando además que, para que se configure el crimen de lesa humanidad de “otros actos inhumanos”, debe haber existido una acción u omisión: (a) cuya gravedad sea similar a la de las otras conductas enumeradas en el artículo 5 del ETPIY; y (b) que haya sido realizada con la intención de causar el daño previsto, o a sabiendas de que este probablemente se terminaría materializando al actuar de esa manera.

Con respecto a la naturaleza y extensión del daño, la SPI en el caso *Tadić* (1997, para. 729) ha subrayado que la conducta debe causar verdaderos daños a la integridad corporal, la salud física o mental

o la dignidad de las víctimas (como la mutilación o las lesiones físicas graves). Por su parte, en el caso Kupreškić *et al.* (2000, para. 566), la SPI ha agregado que existen circunstancias que pueden facilitar la identificación de un acto inhumano, como por ejemplo cuando existen tratos crueles o degradantes contra grupos étnicos, religiosos, políticos o raciales, o cuando hay manifestaciones sistemáticas o generalizadas de crueldad o humillación con fines discriminatorios o persecutorios. Finalmente, la Sala de Apelaciones en el caso Vasiljević (2004, para. 165) ha señalado que es imperativo tener en consideración todas las circunstancias de hecho alrededor de la conducta, incluyendo la naturaleza de la conducta, el contexto en el que ocurrió, las circunstancias personales de las víctimas y las consecuencias mentales y morales para las mismas.

El TPIR también se ha pronunciado sobre qué debe entenderse por “acto inhumano”. Así, la SPI en el caso Kayishema (TPIR 1999, paras. 153, 583) entiende que un acto inhumano es aquella conducta, cuya seriedad es comparable a la de las otras conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad previstas en el art. 3 del ETPIR, y que es desarrollada con la intención de generar daños de similar gravedad a las víctimas, o al menos sabiendo que existe la posibilidad de infligir dichos daños. Sin embargo, la SPI también ha subrayado que esta figura no puede ser utilizada por la Fiscalía como una categoría que lo abarque todo, teniendo, en todo caso, que determinarse caso por caso aquello que puede ser constitutivo de otro acto inhumano (TPIR, Kayishema, 1999, para. 151).

En cuanto a la jurisprudencia de la CPI, las SCPs en los casos Kataranga & Ngudjolo (2008: para. 450), y Muthaura *et al.* (2012: para. 269) han afirmado que los Estatutos del TMI, el TPIY y el TPIR dejan un margen demasiado amplio para la aplicación de la figura de “otros actos inhumanos”. Por ello, el ECPI y los EC establecen algunas limitaciones adicionales a la aplicación de esta conducta, lo que hace que su aplicación no pueda ser tan amplia. Así, establecen que el acto debe tener un “carácter” similar al de los demás actos consagrados en el artículo 7(1) del ECPI, lo cual significa que debe tener una naturaleza y una gravedad semejantes. Además, no puede imputarse una conducta como “otro acto inhumano” si cumple con las características de cualquier otro crimen consagrado en el artículo

7(1) del ECPI, toda vez que esta categoría es residual. Finalmente, el lenguaje utilizado por el ECPI y los EC dejan claro que esta figura a interpretarse de manera “conservadora” y no puede usarse para “expandir acriticamente” el alcance de los crímenes de lesa humanidad (CPI, Muthaura *et al.*, 2012, para. 269). Esta línea jurisprudencial ha sido también acogida por la SPI en el caso Ongwen (2021, para. 2741), al afirmar que, si bien esta figura ha sido incluida en los diferentes instrumentos internacionales en materia de DIP porque existe una imposibilidad manifiesta de enumerar todos los actos inhumanos que podrían constituir crímenes de lesa humanidad, debe respetar el contenido del artículo 22(2) del ECPI, que requiere que los tipos penales previstos en el ECPI sean interpretados estrictamente, no se hagan extensivos por analogía y en caso de ambigüedad sean interpretados en favor del acusado.

Con base en lo anterior, autores como Starr (2007), Schmidt (2015) y Bloom (2014) afirman que ciertas prácticas sistemáticas o generalizadas de corrupción pueden cumplir con los tres elementos específicos del crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos.

Así, en relación con el primero, afirman que las prácticas corruptas de naturaleza sistemática o generalizada pueden causar grandes sufrimientos, atentar gravemente contra la integridad corporal o la salud mental o física. Así, en el caso Blagojević & Jokić (17/01/2005: párr. 647) ante el TPIY, la SPI ha subrayado que los daños físicos han de entenderse como afectaciones graves a la salud, desfiguraciones o perjuicios internos o externos a los órganos o los sentidos de la víctima (Bloom, 2014). Si bien no tienen por qué ser permanentes, sí deben afectar a las víctimas a largo plazo. Por su parte, en relación con los daños psicológicos, la SPI del TPIR en el caso Kayishema & Ruzidana (21/05/1999) ha afirmado que estos deben exceder una afectación menor y temporal de las capacidades mentales (como, por ejemplo, cuando se viven experiencias traumáticas de las que es difícil recuperarse). Además, la jurisprudencia del TPIY, el TPIR y la CPI considera que los daños han de analizarse a la luz de los hechos del caso, de manera que sean estos los que determinen la seriedad de los mismos y de los graves sufrimientos infligidos a las víctimas. En consecuencia, es el juez quien, en última instancia, ha de determinar si las prácticas sistemáticas

o generalizadas de corrupción han generado este tipo de impacto negativo en las víctimas. En este contexto, Starr (2007), Schmidt (2015) y Bloom (2014) consideran que ciertas prácticas sistemáticas o generalizadas de corrupción tienen la capacidad de causar daños colectivos a la población de una magnitud suficiente, si tenemos en cuenta su impacto manifiesto en el incremento de la pobreza, la inequidad social y los índices de violencia, en la reducción la esperanza de vida, en el deterioro de la educación esencial y en el debilitamiento de los servicios de salud.

En relación con el segundo elemento, Bloom (2014) considera que ciertas prácticas sistemáticas o generalizadas de corrupción son comparables en cuanto a su gravedad con otras conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad según el art. 7(1) del ECPI, porque pueden generar: (a) afectaciones a la expectativa de vida de la población afectada que son similares a las que causan los crímenes de asesinato y exterminio; (b) graves perjuicios para la satisfacción de las necesidades vitales de las víctimas, como lo hacen los crímenes de deportación, desplazamiento forzado y persecución; (c) opresión contra ciertos sectores de la población que, en ciertos escenarios, podría llegar a ser comparable con la que genera el crimen de *apartheid*. Schmidt (2015) comparte estas consideraciones y agrega que, de acuerdo con Starr (2007), no se exige que los sufrimientos o daños generados a las víctimas sean una consecuencia inmediata de las prácticas corruptas.

Con respecto al tercer elemento, Bloom (2014) considera que la interpretación conjunta de los arts. 7(1)(k) y 30 del ECPI y los EC requiere llevar a cabo las prácticas sistemáticas o generalizadas de corrupción con la voluntad de querer generar el impacto negativo arriba mencionado para las víctimas, o al menos con la conciencia de que dicho impacto se producirá en el curso ordinario de los acontecimientos. Esto significa, en su opinión, que no es necesario actuar con la intención específica de producir una determinada consecuencia (muerte, lesiones graves, desplazamiento), sino que es suficiente con tener la conciencia de que se generará para la víctima un impacto negativo que le provocará grandes sufrimientos o

una afectación grave de su integridad corporal o de su salud física o mental⁵⁵.

En contraposición a esta posición, Doukellis (2016) afirma que este tipo de interpretación del tipo penal de “otros actos inhumanos” es incorrecto porque confunde la conducta típica con el resultado prohibido. De esta manera, considera que, según el art. 7(1)(h) del ECPI, no toda acción u omisión que cause grandes sufrimientos o una afectación grave de la integridad corporal o la salud física o mental puede caracterizarse como “otro acto inhumano”. Por el contrario, solo pueden tener esta caracterización aquellas conductas que vulneran bienes jurídicos similares a los protegidos por el resto de los tipos penales previstos en el art. 7(1) del ECPI (como la vida, la integridad física o la libertad). En consecuencia, interpretar de manera desfavorable al acusado la falta de certeza sobre el significado que quisieron atribuir los redactores del ECPI a la expresión “otro acto inhumano”, vulnera tanto su voluntad (porque optaron por no incluir expresamente en el art. 7(1) del ECPI las prácticas sistemáticas o generalizadas de corrupción) como el art. 22 del ECPI.

En el mismo sentido, la Organización Global de Parlamentarios contra la Corrupción (GOPAC) también rechaza la calificación de las prácticas corruptas de carácter sistemático o generalizado como un crimen de lesa humanidad porque, en su opinión, intentar utilizar esta figura para perseguir este tipo de prácticas podría generar que los Estados parte del ECPI trataran de, o bien limitar el alcance de

⁵⁵ Esto, sin embargo, no es un tema pacífico, toda vez que se discute si en casos de prácticas corruptas de naturaleza sistemática o generalizada se está frente a un dolo directo de segundo grado o un dolo eventual, lo cual dificultaría la adecuación de esta conducta criminal como crimen de lesa humanidad a la luz del art. 30 del ECPI (Schmidt, 2015). Si bien el dolo directo de segundo grado se encuentra incluido en el art. 30 del ECPI, el dolo eventual ha sido un tema de discusión, de manera que mientras algunas decisiones han afirmado también su inclusión, otras lo han negado. Al no haber un consenso generalizado, casos en los que solamente se tenga conciencia de la probabilidad de las consecuencias adversas sin que haya una certeza virtual de que efectivamente se producirán podrían no ser considerados como crímenes de lesa humanidad.

esta disposición, o bien utilizar la misma para ejecutar vendettas políticas a través de la CPI.

5.4.3. El abordaje del problema desde el contenido de la relación de causalidad en el Derecho Internacional Penal

Si bien el debate se ha centrado, en gran medida, hasta el momento en la posible calificación de ciertas prácticas sistemáticas o generalizadas de corrupción como un crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos, la cuestión afecta también a otros tipos penales previstos en el art. 7(1) del ECPI, como el de asesinato, el exterminio, la deportación, el traslado forzoso de población o la persecución (en caso de que la privación grave de derechos fundamentales como consecuencia de las prácticas corruptas tenga un trasfondo discriminatorio).

Esto se debe a que, como Starr (2007), Bloom (2014) o Schmidt (2015) señalan, y Benito (2021), Ballesteros (2021), Hernández-Basualto (2021), López-González (2021), Morales (2021), Olasolo & Mané (2021), Ramírez-Montes & Peñafort (2021) y Tamayo & Ariza (2021) recuerdan, las prácticas corruptas de carácter sistemático o generalizado afectan con frecuencia a los derechos fundamentales (pudiendo incluir la muerte, las lesiones o afectaciones graves a la salud física o psíquica o el desplazamiento forzado, entre otros daños producidos por el agravamiento del nivel de insatisfacción de necesidades básicas como el acceso a la alimentación, al agua, a la atención sanitaria o a la vivienda) de los sectores más vulnerables de la población (ya sea por disponer de menos recursos o porque son objeto de discriminación), generando, según la CtIDH en los casos Ximenes Lopes (2006) y Masacre de Ituango (2006), la responsabilidad internacional del Estado.

Esto es resultado de que dichas prácticas provocan toda una serie de fenómenos intermedios (que a su vez contribuyen a causar los graves daños que acabamos de mencionar) entre los que cabe indicar, entre otros, los siguientes:

1. La exclusión (los gobiernos eligen a unos pocos para que actúen en representación de la mayoría, suprimiendo los meca-

nismos de control ciudadano y ocultando los motivos que justifican la toma de sus decisiones).

2. La ausencia de una oposición política efectiva (lo que permite la adquisición ilegal de contratos, la venta ficticia de bienes, la concesión de puestos públicos y las maniobras ocultas para perpetuarse en el poder).
3. El incremento en el gasto ineficiente de los recursos.
4. La disminución en la calidad de los servicios públicos y en el impacto de las políticas sociales (la capacidad de un Estado para movilizar recursos destinados a la prestación de servicios esenciales para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales se ve socavada por este tipo de prácticas corruptas).
5. El crecimiento significativo de la inequidad y del desequilibrio en la distribución de riqueza.
6. La politización y pérdida de confianza en las instituciones (cuando no la captura del Estado por intereses privados y la alienación política de los ciudadanos).
7. La utilización de la justicia para fomentar la impunidad (la inoperancia de la justicia es consecuencia de la coacción o del ofrecimiento de incentivos para manipular su actuación en favor de determinados intereses).
8. El grave deterioro del medio ambiente.

A la luz de lo anterior, no cabe sino afirmar que este tipo de prácticas corruptas pueden, sin duda, contribuir a causar una multiplicidad de actos recogidos en el art. 7(1) del ECPI (“ataque”), cometidos de manera sistemática o generalizada (“ataque”), contra los sectores más vulnerables de la población civil. Además, siempre y cuando pueda probarse: (a) que estas prácticas de corrupción se desarrollan de conformidad con la política de alguna entidad estatal, u organización, de ámbito local, regional o nacional; y (b) que quienes están involucrados en las mismas son conscientes de que, en el curso ordinario de los acontecimientos, este tipo de prácticas contribuirán a causar los daños arriba mencionados a los sectores más vulnerables

de la población civil, la clave de este debate dependerá, en última instancia, del tratamiento en el DIP en general, y en el ECPI en particular, de la relación de causalidad entre conducta y resultado prohibido.

Esta cuestión no es nada fácil porque ni los estatutos, ni la jurisprudencia de los TIPs (incluida la CPI), han desarrollado en profundidad el contenido de la relación de causalidad, limitándose, en el mejor de los casos, a referencias demasiado superficiales. En consecuencia, es necesario apoyarse en la doctrina penal comparada para comprender los distintos aspectos de la misma, en particular, toda la discusión dogmática que permitió el pasaje desde las teorías de la causalidad empíricas hasta las teorías normativas hoy dominantes (como la imputación objetiva) en la doctrina alemana (Koriath, 2007; Hübner, 2009; Goeckenjan, 2017; Wolter, 1981) e iberoamericana (Castillo Codes, 2009; Vargas Pinto, 2008; Arburola Valverde, 2010; Cupido, 2021; Iberley, 2020; Vallejo Ríos, 2015)⁵⁶.

⁵⁶ Según esta doctrina, existen dos grandes grupos de teorías de la causalidad (empíricas y normativas), según las circunstancias que consideran jurídicamente relevantes para determinar la existencia del nexo causal entre la conducta y el resultado prohibido (Castillo Codes, 2009). Las teorías de la causalidad empíricas son aquellas que consideran que las causas jurídicamente reprochables son aquellas que, en términos fácticos, contribuyeron a causar el ilícito (la causalidad se analiza por tanto desde una perspectiva ontológica). Lo que intentan, por tanto, determinar es si la circunstancia que se estudia efectivamente tiene una relación material y de hecho con la consecuencia negativa (Cupido, 2021). De este modo, estas teorías pretenden identificar todas las circunstancias que hayan contribuido al resultado prohibido para asignarles una cierta relevancia jurídica.

Entre las teorías de la causalidad empírica, la teoría de la equivalencia de condiciones basada en el concepto de *conditio sine qua non* es la más conocida. Según la misma, todas las circunstancias que son una *conditio sine qua non* para materialización del resultado prohibido tienen la misma relevancia. Por ello, cualquier circunstancia indispensable para que un resultado se genere es considerada “causa” penalmente relevante (Castillo Codes, 2009). Esta teoría no distingue, por tanto, entre aquellas circunstancias sobre las que puede afirmarse que sin su existencia no se habría concretado el resultado prohibido (Vargas Pinto, 2008). De acuerdo con esta teoría, se debe realizar una “supresión mental hipotética” de cada una de las posibles causas para así determinar si realmente son indispensables para la generación

del resultado prohibido. En caso de que la sustracción de la posible causa no afecte al resultado, entonces no hay relación causal ni tampoco responsabilidad penal. Por el contrario, si al eliminar la posible causa se elimina también el resultado prohibido, entonces se trataría de una condición necesaria para su materialización que da lugar a responsabilidad penal (Arburola Valverde, 2010).

Para numerosos autores, esta teoría resulta insuficiente a la hora de distinguir ciertas causas que, si bien *son conditio sine qua non* de un resultado, no deberían ser relevantes a la hora de atribuir responsabilidad penal. Esto se debe a que, en una cadena causal, hay muchas circunstancias necesarias para llegar al resultado prohibido, sin que esto deba llevar a la conclusión de que todas deben ser relevantes en materia penal. Así, por ejemplo, una persona no debería responder penalmente por haber usado un arma que posteriormente fue utilizada por otra persona para asesinar a alguien más, y sin embargo sigue siendo una circunstancia indispensable porque se utilizó dicha arma y en su ausencia no se habría provocado la muerte de la víctima. En consecuencia, para estos autores, esta teoría maneja un concepto de causa demasiado amplio que termina siendo difícil de delimitar, por lo que, en principio, es preferible construir la causalidad conforme a otras teorías que permiten individualizar mejor las causas del resultado prohibido que son penalmente relevantes (Castillo Codes, 2009).

Como consecuencia de lo anterior, surgen las teorías normativas que son aquellas que no buscan el origen ontológico del resultado prohibido, sino que se enfocan en encontrar la(s) circunstancia(s) penalmente relevante(s) que lo causaron. Estas teorías se enfocan en aquellas causas que verdaderamente quieren prohibirse al consagrar un determinado tipo penal, de tal forma que no se analicen todas las posibles causas fácticas que puedan generar el resultado prohibido, sino que el análisis se centre directamente en las que son penalmente relevantes (Cupido, 2021). Entre las más conocidas, están las teorías de la causa adecuada, la causa próxima, la relevancia y la imputación objetiva.

La teoría de la causa adecuada nació como una alternativa a la teoría de la equivalencia de las condiciones (Arburola Valverde, 2010) y propone que, tras identificar las circunstancias necesarias para la producción del resultado prohibido, se identifique cuál de todas estas es la más probable que lo haya generado. Esto quiere decir solamente será relevante una relación causal cuando, a la luz de las reglas de la experiencia, sea la más probable en haber desencadenado el resultado prohibido (Iberley, 2020).

La doctrina ha criticado esta teoría por varios motivos. Por un lado, porque utiliza “criterios de previsibilidad” (para determinar la causalidad, toda vez que la identificación del factor indispensable para causar el resultado prohibido depende de lo que consideraría un individuo medio en un de-

terminado momento histórico. Sin embargo, como lo que “normalmente” puede generar un resultado no siempre es percibido de la misma forma por parte de la sociedad, se trata de un criterio poco estable. Por otro lado, el criterio de la previsibilidad del sujeto medio es un criterio que raya con lo subjetivo, a pesar de que se pretendía utilizar como un criterio objetivo. Esto implica que la evaluación de la causalidad dejaría de ser un proceso objetivo y dependería netamente del ideal de individuo promedio que tenga el operador jurídico que haga el examen de causalidad. Esto podría resultar siendo inadecuado (e incluso peligroso), ya que el juez podría terminar absolviendo a un presunto autor de un delito bajo el pretexto de que sería improbable que un ser humano medio pensara en que sus acciones conllevarían al resultado antijurídico, cuando el acusado sí lo consideró viable (Castillo Codes, 2009).

En contraste con la anterior, la teoría de la causa próxima considera que la causa más próxima a la materialización del resultado prohibido es la que debe considerarse como jurídicamente relevante (Cupido, 2021). Entre las variantes de esta aproximación, destaca la teoría de la previsibilidad, según la cual, se entiende por causa próxima aquella conducta que para el autor es previsible que genere el resultado prohibido. Sin embargo, como esto presenta el riesgo de acabar confundiendo la causalidad con el elemento mental del delito, algunos autores proponen excluir aquellas circunstancias que están muy alejadas de la materialización del hecho ilícito o están opacadas por otras causas más cercanas (Cupido, 2021).

En cuanto a la teoría de la relevancia, esta considera que, para identificar la causa a la cual se le atribuye el resultado prohibido, generando así responsabilidad penal, es necesario analizar cuál es la acción “jurídicamente relevante” de acuerdo con el tipo penal examinado. Según esta teoría, es el mismo tipo penal el que indica cuáles son las causas relevantes para producir un resultado adverso contra un bien jurídico protegido. Para ello, primero se analiza la causalidad bajo los mismos criterios que en la teoría de la equivalencia de las condiciones, de tal forma que se pueda determinar que efectivamente existe un nexo causal entre una cierta circunstancia y el resultado prohibido, para posteriormente examinar si la misma es relevante a la luz del tipo penal imputado (Iberley, 2020; Vallejo Ríos, 2015).

La teoría de la relevancia marcó el camino hacia el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, al promover un análisis mucho más jurídico/normativo de la causalidad, dejando de un lado el análisis inicial enfocado principalmente en la causalidad como fenómeno ontológico (Larrauri Pijoan, 1989). La dogmática penal empezó a entender que la simple relación causal entre una condición y un resultado no era suficiente para atribuir responsabilidad penal por una acción (Iberley, 2020). En virtud de lo anterior, dejaron de enfocarse en la causalidad por se y se concentraron en

Si bien numerosos sistemas penales nacionales, y en particular aquellos de tradición romano-germánica, adoptan teorías normativas de la causalidad (siendo mayoritaria entre los mismos la teoría de la imputación objetiva), lo cierto es que, tal y como Cupido (2021) subraya, la jurisprudencia de los TIPs (TPIY, Mucic *et al.* 1998: párr. 326; TPIR, Kayishema, 1999: párr. 199; CPI, Bemba, 2016: párr. 211) recurre principalmente a las teorías empíricas, y especialmente a la teoría de la equivalencia de las condiciones, para determinar el nexo causal entre una conducta (en nuestro caso las prácticas sistemáticas o generalizadas de corrupción) y el resultado prohibido (muerte, afectaciones graves de la integridad corporal o de la salud física o mental, desplazamiento forzado u otras violaciones graves de derechos fundamentales).

En consecuencia, en el estado actual de desarrollo del DIP, no es necesario que las prácticas corruptas de carácter sistemático o generalizado constituyan una causa adecuada, una causa próxima, una causa relevante o una causa suficiente para la imputación objetiva

la imputación de la acción típica (Larrauri Pijoan, 1989). Como se explicó anteriormente, la causa y la imputación no son lo mismo, y hay que recalcar que no siempre que hay causalidad hay imputación (y viceversa). Debido a esto, no siempre las acciones vinculadas causalmente a un resultado son (o deben ser) imputables.

Finalmente, la teoría de la imputación objetiva “trata de averiguar si el resultado producido puede verse como obra de la persona y no como fruto del azar o de la causalidad” (Maraver Gómez, citado en López Casal, 2016: 121). Se privilegia de esta manera el estudio de la conducta (sin recurrir a la voluntad del actor, para no caer en criterios subjetivos) como factor determinante del resultado, con base en la aplicación de criterios normativos para determinar qué conductas pueden generar el riesgo que pretende prevenir el tipo penal, de tal forma que no se incurra en el error de creer que una relación causal natural implica la tipicidad de la conducta. Entre los numerosos criterios normativos propuestos, se pueden destacar los siguientes: (a) la conducta debe generar un riesgo a un bien jurídicamente protegido más allá del riesgo permitido, el cual se concretó con la materialización del resultado prohibido (Iberley, 2020; Larrauri Pijoan, 1989); y (b) se ha de considerar el fin de protección de la norma, por lo que una conducta solo será imputable cuando la norma haya sido formulada precisamente para cubrir esa conducta en particular y sus consecuencias (Larrauri Pijoan, 1989).

de los daños provocados en los sectores más vulnerables de la población, sino que basta con que dichas prácticas sean fácticamente una circunstancia indispensable (*conditio sine qua non*) para la producción de dichos daños.

Desde esta perspectiva, y a pesar de que es, sin duda, deseable que el DIP en general, y la jurisprudencia de la CPI en particular, desarrollen de manera más articulada el contenido de la relación de causalidad, dejando a un lado la teoría empírica de la equivalencia de las condiciones, para adoptar alguna de las variantes de las teorías normativas (sobre todo la relativa a la imputación objetiva), lo cierto es que esto todavía no ha sucedido. Por lo tanto, en la actualidad, se puede afirmar que ciertas prácticas sistemáticas o generalizadas de corrupción pueden ser calificadas como crímenes de lesa humanidad, siempre y cuando constituyan una *conditio sine qua non* para ocasionar a los sectores más vulnerables de la sociedad civil alguno(s) de los tipos de daño arriba mencionados.

5.5. La función de la Corte Penal Internacional en la persecución penal de la gran corrupción a través de una política criminal centrada en los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad

Las conclusiones alcanzadas en la sección anterior son particularmente relevantes a la hora de responder a las denominadas situaciones de “gran corrupción”, entendidas como prácticas corruptas de carácter sistemático o generalizado, promovidas desde las altas esferas del poder, que involucran importantes recursos (Transparencia Internacional, 2009: 2015). Como Garay, *et al.* (2020) subrayan, estas situaciones (a las que califican como macrocorrupción agravada) deben distinguirse de los casos ordinarios de macrocorrupción consistentes en prácticas corruptas de naturaleza sistémica, donde conviven actuaciones lícitas e ilícitas de agentes estatales y no estatales, en un entramado complejo sin claros límites territoriales que no necesariamente se organiza de forma jerárquica.

Con respecto a la gran corrupción, Olasolo & Galain (2022) subrayan que los estudios realizados desde comienzos del siglo XXI

muestran la extensa corrupción que se promueve de manera sistemática y/o a gran escala desde las altas esferas del poder político y económico mediante organizaciones que operan desde las administraciones y poderes del Estado y/o a través de entidades que actúan dentro de una aparente legalidad⁵⁷. De esta manera, la gran corrupción consiste en “[...] combinar el poder público y económico en beneficio propio. Es abusar del poder público para perpetrar delitos. Es valerse del poder económico para perpetrar delitos” (Simon, 2018: 43). Este fenómeno tiene una relación directa con el ejercicio del poder político, alimentándose de las prerrogativas de la función pública para obtener beneficios ilícitos (desde una posición aventajada es más sencillo cometer los crímenes y evitar ser perseguidos). En consecuencia, los entramados de la “gran corrupción” son exitosos debido a la posición de privilegio desde los que operan, a lo que hay que sumar su profundo conocimiento de los mecanismos financieros y jurídicos a través de los que se garantizan el goce de los bienes y activos mal habidos y la impunidad, y su estrecha relación con gran parte de los medios de comunicación que por acción u omisión encubren sus actuaciones⁵⁸.

⁵⁷ Estas “organizaciones” que operan dentro de un contexto de gran corrupción (sistémica) pueden permanecer unidas durante el tiempo, pero como se aprecia claramente en los casos de narcotráfico mexicano, ya no se trata mayormente de “carteles” (como se ha construido desde las instancias políticas encargadas de la represión) sino de “asociaciones” esporádicas para actuar “colaborativamente” en cuestiones puntuales dentro de la amplia cadena que va desde la producción hasta el suministro. Vid.: Beittel, J., “*Mexico: Organized Crime and Drug Trafficking Organizations*”, Congressional Research Service, 2020, <https://sgp.fas.org/crs/row/R41576.pdf>. Estos cambios operacionales de las organizaciones criminales están vinculados directamente a las variaciones en la reacción de las políticas gubernamentales y de la política criminal, tal como se ve en el cambio de la política mexicana a partir de la caída del PRI (vinculado durante décadas con el crimen organizado a través de pactos corruptos) y la posterior “política de guerra” impulsada por el expresidente Felipe Calderón (Olasolo y Galain, 2018). Vid.: Shelley, 2001: 213-231.

⁵⁸ Los medios de comunicación pueden cumplir con tres funciones preventivas de la corrupción: (i) ser vigilante de la corrupción, (ii) promover la integridad y (iii) comprometer a los ciudadanos en la lucha contra la corrupción. (Schauseil, 2019). En este sentido, las posibilidades de éxito y

Como Simon (2018: 45) señala, la gran corrupción hace parte del concepto de delincuencia del poder, que es desarrollada en el ejercicio de la función política y se dirige hacia la cooptación del Estado y el control sobre su economía política (lo que permite desviar para beneficio propio la distribución de los recursos sociales de un país), gracias a la desigualdad que existe entre quienes la llevan a cabo y quienes la padecen. Al tener acceso a los recursos económicos y los medios coercitivos necesarios para conseguir sus intereses, quienes se encuentran en posición de poder pueden delinquir sin grandes obstáculos y sin que la población tenga herramientas efectivas para contrarrestarlos.

Existen diferentes manifestaciones de la gran corrupción, dependiendo del contexto del que se trate. En algunos casos, puede ser uno o varios actos de grandes dimensiones cometidos por miembros del poder público en beneficio propio; en otros, puede manifestarse a través de esquemas piramidales de criminalidad asentados en el aparato institucional. En este segundo caso, las instituciones públicas y las corporaciones privadas afectadas se convierten en auténticas organizaciones criminales, encaminadas al enriquecimiento ilícito y a la obtención de beneficios privados para sus integrantes, donde quienes desempeñan altos cargos intervienen las distintas ramas del poder público para debilitar los contrapesos institucionales y facilitar las prácticas corruptas (Transparencia Internacional, 2015: 1).

Como veíamos en el capítulo anterior, la doctrina ha desarrollado varios conceptos con el fin de describir con mayor precisión las distintas variantes del fenómeno de la gran corrupción. Así, Hellman & Kaufmann (2001) hablan de “captura del Estado” para describir la situación en la que actores privados tienen el poder para influir en la toma de decisiones por las autoridades estatales (ya sea a nivel local, regional o nacional), y lo utilizan para que se adopten políticas públicas o decisiones administrativas con las que esperan generar benefi-

seguridades aumentan a favor de los corruptos cuando los medios de comunicación (cada vez más grandes corporaciones que actúan internacionalmente) no solo dejan de cumplir estas funciones preventivas, sino que participan activa o pasivamente del sistema ilícito para la obtención de beneficios espurios.

cios para sí mismos o para terceros, creando así una situación de dependencia. Por su parte, la CIDH (2018) subraya que los “esquemas criminales de captura del Estado” pueden darse en los ámbitos local, regional o nacional. Finalmente, Garay, *et al.* (2020) distinguen entre los casos de cooptación institucional (donde a través de actos lícitos e ilícitos, se captura una institución del Estado y se pone al servicio de intereses de actores estatales y no estatales, desnaturalizando sus funciones ordinarias) y las situaciones de captura plena del aparato del Estado (donde las más altas esferas del gobierno, con influencia sobre todos los poderes públicos, ponen el aparato estatal al servicio de un entramado de corrupción a gran escala).

Para la CIDH (2018) las consecuencias de las distintas manifestaciones de la gran corrupción son particularmente dañinas porque, además de menoscabar los pilares del Estado de Derecho e impedir que puedan cumplir con sus fines, ponen el poder público al servicio de los entramados que fomentan las prácticas corruptas. Todo esto hace que la gran corrupción genere graves perjuicios a amplios sectores de la población civil.

En el mismo sentido, Sharma (2015: 69-71) subraya que la gran corrupción se caracteriza por generar consecuencias devastadoras para la colectividad humana, incluyendo la privación a los grupos sociales más vulnerables (e incluso, en ocasiones, a la mayor parte de la población) del goce de derechos fundamentales, pudiendo llegar a comprometer su supervivencia si desemboca en crisis alimentarias y sanitarias como la ocurrida en Malawi en 2002. En consecuencia, en este tipo de escenarios se puede apreciar una relación de causalidad directa entre el fenómeno de la gran corrupción y el resultado prohibido por varios de los tipos penales de crímenes de lesa humanidad previstos en el art. 7 del ECPI (muerte, afectaciones graves de la integridad corporal o de la salud física o mental, desplazamiento forzado u otras violaciones graves de derechos fundamentales).

A la luz de la anterior, no se puede sino afirmar que, si bien la restrictiva definición de los tipos penales relativos a la corrupción transnacional en los tratados internacionales anticorrupción y las legislaciones nacionales limita significativamente el abordaje integral de este fenómeno, y genera notables dificultades para la utilización de los mecanismos de aplicación del DIP con el fin de incrementar la

eficacia de la lucha contra el mismo, no es menos cierto, que la CPI puede entrar a jugar, sin necesidad de reformar el ECPI, una función muy relevante en la persecución de ciertas prácticas corruptas de naturaleza sistemática o generalizada que pueden ser constitutivas de crímenes de lesa humanidad conforme al art. 7 del ECPI, y en particular de las distintas manifestaciones de la gran corrupción⁵⁹.

En este sentido, no se puede olvidar que la CPI ha recibido el mandato de identificar, perseguir, juzgar y castigar, de manera complementaria a las jurisdicciones nacionales, a aquellos dirigentes (denominados “máximos responsables”) que instrumentalizan las estructuras de poder a su disposición para planear, instigar, ordenar, facilitar y cometer, entre otros, crímenes de lesa humanidad (Fiscalía de la CPI, 2003; 2007; 2010; 2013; 2016) (este enfoque en los máximos responsables caracteriza también a otros mecanismos de aplicación del DIP como los TIPs de ámbito universal (Resoluciones 1503 (2003) y 1534 (2004 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas) y regional (art. 46(h) del Protocolo de Malabo y art. 10 del Proyecto de Estatuto de COPLA), y los THs (art. 1 del Estatuto de la CESL; art. 1 de la Ley que establece las SETC).

Además, en línea con lo anterior, la Fiscalía de la CPI ha señalado expresamente en varios de sus documentos de política criminal (CPI, Fiscalía, 2003; 2007; 2010; 2013; 2016) que se ocupa principalmente de investigar y ejercitar la acción penal contra quienes ostentan el mayor grado de responsabilidad, para lo cual busca esclarecer a través de sus investigaciones cuál es el funcionamiento interno de las instituciones estatales, organizaciones privadas y grupos al margen de la ley involucrados en las actividades delictivas, con el fin de es-

⁵⁹ Esta función, puede centrarse en su potencialidad disuasora y de contralor a través de solicitudes fiscales de apertura de investigación a las Salas de Cuestiones Preliminares, aun cuando sea controvertible la posibilidad efectiva de una intervención de tipo sancionatorio (retributivo-preventiva) o de reparación (reparadora). Ello no elimina la posibilidad de intervenciones de tipo restaurador (“*restorative peacemaking*”), tal como se sugiere por parte de la doctrina para los crímenes más graves que se estarían cometiendo con la reciente invasión rusa en territorio ucraniano. *Vid.*: Braithwaite, 2022: 1-11.

tablecer quienes fungen como máximos responsables (CPI, Fiscalía, 2016: 14)⁶⁰.

6. LA REDEFINICIÓN JURÍDICO-INTERNACIONAL DE LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL MEDIANTE LA INCORPORACIÓN DE ELEMENTOS OBJETIVOS CONTEXTUALES Y LA EXTENSIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL A LOS NUEVOS TIPOS PENALES ANTICORRUPCIÓN

Como hemos visto, la restrictiva definición de los tipos penales relativos a la corrupción transnacional en los tratados internacionales anticorrupción limita significativamente la eficacia de la lucha contra la corrupción transnacional (tanto en materia de armonización de los tipos penales en el ámbito interno, como en el desarrollo de estrategias que se centren su acción preventiva, investigativa, sancionatoria y de incautación de bienes en las organizaciones y dirigentes que la promueven y en la extensión de sus prácticas corruptas), fomenta la construcción de la dogmática penal de estos delitos sobre premisas incorrectas (inexistencia de bienes jurídicos individuales protegidos o su configuración como delitos “sin víctimas” porque no afectan directamente a derechos humanos fundamentales, ni provocan un daño social), provoca una distinción artificial entre ciertas manifesta-

⁶⁰ Además, analiza el nivel jerárquico, el rol fáctico y el grado de participación o intervención de las personas investigadas (CPI, Fiscalía, 2007:7), pudiendo en algunas ocasiones ejercitar la acción penal frente a quienes, sin ser tener un alto rango, hayan sido determinantes para la comisión de los crímenes (CPI, Fiscalía, 2003: 3). Por otra parte, no se puede olvidar que la CPI y el ER han otorgado dentro del derecho penal internacional un papel de gran importancia a la reparación del daño por parte de los autores de crímenes internacionales, que junto con los objetivos de reparación (verdad, justicia y no repetición) exigidos por la “justicia de transición” y con las sentencias de los organismos supranacionales de custodia de los derechos humanos, conforman un conglomerado de normas, principios y valores que tienen que ser aplicados también en el campo de la corrupción transnacional.

ciones de la corrupción transnacional y los crímenes internacionales de derecho imperativo y dificulta significativamente el recurso a los instrumentos previstos en el DIP para incrementar la eficacia de su persecución penal.

El hecho de que el DIP ofrezca ciertas herramientas para superar sin necesidad de reformas convencionales algunos de estos problemas, y que la CPI pueda jugar una importante función a este respecto, no elimina la necesidad de redefinir los tipos penales relativos al fenómeno de la corrupción transnacional en los tratados internacionales anticorrupción y las legislaciones penales nacionales, así como de introducir expresamente en los instrumentos convencionales del DIP las nuevas definiciones de las manifestaciones más agravadas de este fenómeno.

Para ello, es necesario en primer lugar armonizar los tratados internacionales anticorrupción de ámbito universal y regional para reconocer que la corrupción transnacional no es solamente un problema relacionado con el sector público, sino que afecta también a las relaciones privadas, tal como ha señalado la OCDE y otros instrumentos regionales anticorrupción en sus normativas en la década del noventa.

En segundo lugar, se necesita reconocer, como ha hecho recientemente la CIDH (2019), la existencia de múltiples y variadas formas de corrupción, que van “desde casos aislados o esporádicos a prácticas generalizadas y cotidianas, de formas individuales a sistemas de corrupción, de desviaciones de poder a captura del Estado por bandas criminales”. En consecuencia, junto a los tradicionales tipos penales anticorrupción que criminalizan ciertas conductas individuales, es necesario establecer en los tratados internacionales anticorrupción (con el consiguiente efecto de armonización sobre las legislaciones nacionales) modalidades agravadas que reflejen adecuadamente en su definición las principales características que, como hemos identificado en el capítulo 1, son propias de la corrupción transnacional: amplia extensión, carácter organizado, participación de actores públicos, privados y al margen de la ley, garantías de seguridad financiera y de impunidad jurídica, encubrimiento por gran parte de los medios de comunicación y victimización de los sectores más vulnerables de la población civil).

En tercer lugar, se requiere que los tratados internacionales anticorrupción hagan énfasis en la necesidad de que las jurisdicciones nacionales prioricen a través de sus respectivas políticas criminales las estrategias de prevención, investigación y sanción de estas modalidades agravadas.

En cuarto lugar, es necesario reconocer que ciertas manifestaciones de las modalidades agravadas de la corrupción transnacional son de tal gravedad (en particular, pero no solamente, los casos de gran corrupción), que, además de menoscabar directamente los derechos fundamentales de las víctimas, provocan un daño social de tal magnitud que afecta a la propia existencia de los grupos más vulnerables de la población civil (bien jurídico colectivo), asumiendo de esta manera la propia naturaleza de crimen internacional. Con base en lo anterior, es conveniente reformar los instrumentos convencionales del DIP, incluyendo el ECPI, para incluir expresamente dentro de los mismos este tipo de modalidades agravadas de la corrupción transnacional (ya sea como una modalidad de los crímenes de lesa humanidad, o como un crimen internacional con autonomía propia), de manera que no quede ninguna duda con respecto a la obligación de proceder a su persecución penal a través de los distintos mecanismos de aplicación del DIP, y en particular de la CPI. Esto se llevaría a cabo a través del enfoque en los “máximos responsables” que caracteriza la política criminal de los TIPs de ámbito universal y de los THs, tal y como ha reiterado en numerosas ocasiones en relación con la CPI su propia Fiscalía (CPI, Fiscalía, 2003; 2007; 2010; 2013; 2016).

7. CONCLUSIONES

A pesar de que la corrupción transnacional es un fenómeno de gran complejidad con consecuencias devastadoras para la población vulnerable, los tratados internacionales anticorrupción han adoptado definiciones jurídicas restrictivas de los tipos penales relativos al mismo, que equiparan este fenómeno a ciertas conductas individuales. Esto tiene un profundo impacto en la eficacia de la lucha contra la corrupción transnacional, la naturaleza del bien jurídico protegido, el reconocimiento de la condición de víctima y las dificultades para recurrir a los mecanismos de aplicación del DIP para

incrementar dicha eficacia. Como consecuencia, la estrategia preventiva, investigativa y sancionatoria recogida en estos tratados, y en las legislaciones nacionales que los implementan, tiene un alcance muy limitado.

En este contexto surge la necesidad de poner el énfasis en la amplia extensión (carácter generalizado o a gran escala) del fenómeno, en los entramados (públicos, privados y al margen de la ley) y dirigentes que, o bien lo promueven, o bien contribuyen al mismo, buscando el blindaje del dinero mal habido, garantizando la impunidad de quienes incurrir en prácticas corruptas y de quienes se benefician en última instancia de las mismas, o encubriendo por acción u omisión dichas prácticas ante la opinión pública desde los medios de comunicación. De ahí, la importancia de analizar las herramientas que ofrece a estos efectos el DIP, y en particular el ECPI.

Estas herramientas se pueden dividir entre aquellas que, al menos en cierta medida, podrían ser aplicables sin necesidad de modificar los tratados internacionales anticorrupción o el ECPI, y aquellas otras que sí requerirían su reforma. Entre las primeras destacan: (a) el recurso a la CPI para perseguir los crímenes cometidos por organizaciones que incurrir tanto en prácticas de corrupción transnacional como en crímenes de lesa humanidad recogidos en el art. 7 del ECPI; (b) la consideración de ciertas prácticas sistemáticas o generalizadas de corrupción transnacional como constitutivas, según el propio art. 7 del ECPI, de ciertas categorías de crímenes de lesa humanidad (incluyendo la relativa a otros actos inhumanos); y (c) la persecución penal de la denominada gran corrupción con base en el enfoque de máximos responsables acogido por la Fiscalía de la CPI.

Por su parte, en un segundo grupo se encontraría, en particular, la redefinición jurídico internacional de la corrupción transnacional mediante la incorporación de elementos objetivos contextuales, tal y como hace el ECPI para responder a otros fenómenos que presentan varias características en común con la corrupción transnacional. Este es el caso, por ejemplo, de las dinámicas de violencia grave, desarrolladas de manera sistemática o generalizada contra ciertos sectores de la población civil, que, según el art. 7 del ECPI, son constitutivas de crímenes de lesa humanidad. Esta medida tendría que tomarse, en todo caso, conjuntamente con la reforma del ECPI a los efectos

de extender la jurisdicción de la CPI a los nuevos tipos penales anti-corrupción construidos de esta manera.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. (4 de julio de 2006). Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (sentencia). Serie C No. 149.

CIDH. (01 de julio de 2006). Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia (sentencia). Serie C No. 148.

Corte Internacional de Justicia

CIJ. Democratic Republic of the Congo vs. Belgium. Case concerning the arrest warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) [the Yerodia case] Arrest warrant case (2001).

Corte Penal Internacional

Situaciones

CPI (2010). Situación en la República de Kenia. Sala de Cuestiones Preliminares II. ICC-

01/09-19-Corr.

CPI (2011). Situación en la República de Costa de Marfil. Sala de Cuestiones Preliminares

II. ICC-02/11-14.

CPI (2017). Situación en la República de Burundi. Sala de Cuestiones Preliminares II. ICC-

01/17.

CPI (2018). Situación en la República de las Filipinas. Sala de Cuestiones Preliminares.

Casos

CPI. (2014). Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo. Sala de Apelaciones. ICC-01/04-01/06.

CPI. (2014). Prosecutor vs. Germain Katanga. Sala de Primera Instancia II. ICC-01/04-01/07-3436

CPI. (2016).

ICC (2016). The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Sala de Primera Instancia VIII.

ICC-01/12-01/15-171.

CPI. (2016). Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo. Sala de Primera Instancia III. ICC-

01/05-01/08-3343.

CPI. (2019). The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. Sala de Primera Instancia VI. ICC 01/04-02/06-2359.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

TPIY (1998) Mucic et al., Trial Chamber, Judgment, Case No.: IT-96-21-T, 16 November 1998

Tribunal Penal Internacional para la Ruanda

TPIR. (2003). Prosecutor v. Semanza, Trial Chamber, Judgment, Case No ICTR-97-20, 15 May 2003.

TPIR. (2003) Prosecutor v. Kalelijeli, Trial Chamber, Judgment, Case No ICTR-98-44A, diciembre 2003.

TPIR, Kayishema, Trial Chamber II, Judgment, Case No ICTR-95-1, 21 May 1999, para. 199.

Doctrina

Abbott, K. W., & Snidal, D. (2002). "Values and interests: International legalization in the fight against corruption". En: *Journal of Legal Studies*. Vol. 31(1 II). Pp. 141-178.

Aponte, A. (2004). *Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Acusatorio Penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura y Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla.

Aronowitz, A. (2003). "Trafficking in Human Beings: An International Perspective". En: Siegel, D., Bunt, H. & Zaitch, D. (eds.). *Global Organized Crime: Trends and Developments*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.

Ambos, K. (2013). "Crímenes de lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional". En: Sadat, L.N. (ed.). (2011). *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 279-304. Reimpreso en Cuadernos de Derecho Penal. Vol. 10.

- Ambos, K. & Böhm, M. L. (2009). "La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa". En: Ambos (ed.), *Desaparición Forzada de Personas Análisis Comparado e Internacional*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) & Temis.
- Ballesteros, J. (2021). "España". En: Olasolo, H. & Buitrago, E., Mané, C. & Sánchez-Sarmiento, A. (eds.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Volumen 12 de la Colección Perspectiva Ibero-Americanas sobre la Justicia. Tirant lo Blanch: Valencia. Pp. 299-340.
- Benson, J. S., & Decker, S. (2010). "The organizational structure of international drug smuggling". En: *Journal of Criminal Justice*. Vol. 38(2). Pp. 130-138.
- Blanco Cordero, I. (2013) "Armonización en la UE de los delitos de corrupción. El caso de España". En: *European Inklings*. Vol. 2. Pp. 152-204.
- Bloom, N. (2014). "Fluctuations in Uncertainty". En: *Journal of Economic Perspectives*. Vol. 28 (2). Pp. 153-176.
- Berkowitz, B. D. (2003). *The new face of war: How war will be fought in the 21st century*. Nueva York: Free Press.
- Blovich, S. L. (2004). *Vigilante in the field of financial transactions*. Documento DOC.W. M/16/04, Ponencia en el seminario ICEPS sobre Riesgos Corporativos. Nueva York: ICEPS.
- Boister, N. (2003). "Transnational Criminal Law?". En: *European Journal of International Law*. Vol. 14.
- Boister, N. (2017). "Responding to Transnational Crime: The Distinguishing Features of Transnational Criminal Law". En: Van der Wilst, H. & Paulussen, C. (eds.). *Legal Responses to Transnational and International Crimes: Towards an Integrative Approach?* Londres: Elgar Publishers.
- Böhm, M. L. (2018). *The Crime of Maldevelopment: Economic Deregulation and Violence in the Global South*. Nueva York: Routledge.
- Böhm, M. L. (2021). "La criminalidad del maldesarrollo. Una categoría necesaria en la criminología." En: Galain Palermo, P. & Saad-Diniz, E. (eds.). *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Burne, J. (2009). "Corrupción y Derecho Internacional de los Derechos Humanos". En: *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*. Vol. 63. Pp. 333-347.
- Braithwaite, J. (1985). "White Collar Crime". En: *Annual Review of Sociology*. Vol. 11.

- Braithwaite, J. (2022). "Putin's war: restorative reflections". En: *The International Journal of Restorative Justice*. Vol 5. Pp. 1-11.
- Bunker, R. J. (2014). "Networks, terrorism and global insurgency". Londres: Routledge.
- Bustos Ramirez, J. J. (1986). *Manual de derecho penal, parte especial*. Madrid: Ariel.
- Cassese, A. (2008). *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Castillo Codes, E. (2007). *La imprudencia: auditoría y participación*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Castells, M. (1998). *La Era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura, El Fin del Milenio*. Madrid: Alianza Editorial.
- Castresana, C. (2004). "Corrupción, globalización y delincuencia organizada", En: Rodríguez, N. y Fabián, E. (Coord.). *La corrupción en un mundo globalizado análisis multidisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis. Pp. 213-226.
- Castro, C. (2006). "Algunos lineamientos sobre la legitimidad del injusto en los bienes jurídicos supraindividuales". En: Balmaceda, I. et. al. (eds.). *Problemas actuales del derecho penal*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Cupido, M. (2021). "Causation in international crimes cases: (re) conceptualizing the causal linkage". En: *Criminal Law Forum*. Vol. 32. Pp. 1-50.
- Domaine, M. (2007). "Criminalidad Económica y Terrorismo". En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*. Pp. 83-132.
- Doukellis, N. (2015). "Fighting Grand Corruption: A Criticism of the 'Crime Against Humanity' Approach & A Feasible Solution". En: *Georgetown University Law Center, Students*. Vol. 18. Pp. 1-30.
- Enck, J. (2003). "The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime: Is It All That It Is Cracked Up to Be? Problems Posed by the Russian Mafia in the Trafficking of Humans". En: *Syracuse Journal of International Law and Commerce*. Vol. 30. Pp. 369-385.
- Eser A. & Lagodny, O. (1992). *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*. Freiburg im Breisgau: Max Planck Institute.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Buenos Aires: Editorial Trotta.
- Fijnaut, C. (2021). "Giovanni Flacone's Prediction of the Italian Mafia's Expansion into North-West Europe". En: Haverkamp, R. et. al. (eds.), *Unterwegs in Kriminologie und Strafrecht- Exploring the World of Crime and Criminology*. Berlin: Duncker&Humblot.

- Fiandaca, G. & Musco, E. (2005). *Derecho Penal: Parte General*. Bogotá: Temis.
- Fronza, E. & Insolara, P. (2020). “El caso Odebrecht”. En Olasolo, H. & Buitrago, E., Mané, C. & Sánchez-Sarmiento, A. (eds.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Volumen 12 de la Colección Perspectiva Ibero-Americanas sobre la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores: Valencia. Pp. 43-76.
- Galain Palermo, P. (2021a). “Empresas, derechos humanos y la reacción del Derecho Penal: la necesidad de un concepto amplio de sanción.” En: Galain Palermo, P. & Saad-Diniz, E. (eds.) (2021). *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Galain Palermo, P. (2021b). “Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?”. En: *Revista Política Criminal*. Vol. 16 (32).
- Galain Palermo, P. & Saad-Diniz, E. (2021). *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo*, Santiago de Chile: Universidad Andrés Bello & Tirant lo Blanch.
- Garay, L., Salcedo-Albarán, E. & Álvarez-Villa, D. (2020). *Macro-Corrupción y Cooptación Institucional en el departamento de Córdoba, Colombia*. Bogotá: Centro de Investigación Económica y Social & Laboratorio Latinoamericano de Probidad y Transparencia.
- Gil, A. (2016). “Crímenes contra la humanidad”. En: *EUNOMÍA Revista En Cultura De La Legalidad*. Vol. 10. Pp. 202-215.
- Glynn, P., Kobrin, S. & Naim, M. (1997). “The Globalization of Corruption”. En: Elliott, K.A. (ed.). *Corruption and the Global Economy*. Washington: Peterson Institute. Pp. 7-31.
- Goeckenjan, I. (2017). *Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung. Eine Analyse zurechnungsausschließender Topoi beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Gragert, B. A. (1997). “Yakuza: The Warlords of Japanese Organized Crime”. En: *Annual Survey of International & Comparative Law*: Vol. 4 (1).
- Hagan, F. (1983). “The Organized Crime Continuum: A Further Specification of a New Conceptual Model”. En: *Criminal Justice Review*. Vol. 8. Pp. 52-57.

- Hansen, T. (2017). "The Responsibility to Protect and the International Criminal Court: Protection and Prosecution in Kenya". En: *The Journal of Modern African Studies*. Vol. 55(2). Pp. 344-345.
- Hernández-Basualto, H. (2021). "Responsabilidad penal de las personas jurídicas por violaciones a los Derechos Humanos. Los límites de un cruce." En: Galain Palermo, P. & Saad-Diniz, E. (eds.) (2021). *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hernández Jiménez, N. & Anzola Rodríguez, S. (2021). "El caso Duarte". En: Olasolo et.al. (eds.), *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito Ibero-Americano*. Volumen 12, Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 107-132.
- Hillyard, P & Tombs, S. (2013). "¿Más allá de la criminología?". En: *Crítica Penal y Poder*. Vol. 4.
- Hübner, C. (2009) *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, Duncker & Humblot: Berlin.
- Huisman, W., & Vande Walle, G. (2010). "The criminology of corruption". En: de Graaf, G., von Maravic, P. & Wagenaar, P. (eds.), *The good cause: theoretical perspectives on corruption*. B. Budrich: Opladen. Pp. 115-145.
- Jakobi, A. (2013). "The Changing Global Norm of Anti-corruption: From Bad Business to Bad Government". En: *Zeitschrift Für Vergleichende Politikwissenschaft*. Vol. 7 (1). Pp. 243-264.
- Jakobs, G. (1985). "Derecho penal del enemigo". En: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Vol. 97. Pp. 751-785.
- Jenks, W. C., (1953). "The Conflict of Law-Making Treaties". En: *British Yearbook of International Law*. Vol. 30. Pp. 401-425.
- Jyrkkiö S. T. (2011). "'Other Inhumane Acts' as Crimes Against Humanity". En: *Helsinki Law Review*. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1871883>
- Viquez, K. (2011). *Die Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika*. Universität Hamburg.
- Katarova, E. (2019). *The Social Construction of Global Corruption. From Utopia to Neoliberalism*. Cham: Palgrave McMillan.
- Kindhäuser, U. (2007). "Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán (The Conditions of Corruption in the State, Economy and Society. The Delicts of Corruption in the German Criminal Code)". En: *Política Criminal*. Vol. 2 (3).

- Kleemans, E. (2014). "Theoretical perspectives on Organized Crime". En: Paoli, L. (ed.) *The Oxford Handbook of Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press.
- Koriath, H., (2007). *Kausalität und objektive Zurechnung*. Baden-Baden: Nomos-Verlags-Gesellschaft.
- Kress, C. (2010). "On the Outer Limits of Crimes Against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision". En: *Leiden Journal of International Law*. Vol. 23. Pp. 855-873.
- Landa Gorostiza, J.M. (2004). "El 'Nuevo' Crimen de Lesa Humanidad una primera aproximación". En: *Revista penal*. Vol. 14. Pp. 70-90.
- Larrauri Pijoan, E. (1989). "Introducción a la imputación objetiva". En: *Nuevo Foro Penal*. Vol. 46.
- Larson, A. (1997). "US Policy on Corruption". En: Elliott, K.A. (ed.). *Corruption and the Global Economy*. Peterson Institute: Washington, DC. Pp. 237-241.
- López Casal, Y. (2016). "La imputación objetiva y sus criterios en el derecho de daños costarricense". En: *Revista Judicial*. Vol. 119.
- López González, S. P. (2021). "México". En: Olasolo, H., Buitrago, E., Mané, C. & Sánchez-Sarmiento, A. (eds.) *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Volumen 12 de la Colección Perspectiva Ibero-Americanas sobre la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores.
- Luban, D. (2011). *Una Teoría de los Crímenes contra la Humanidad*. Bogotá: Temis.
- Mantilla, S. (2009). "Hacia una perspectiva 'glocal' del conflicto armado en Colombia: dinámicas y actores en los espacios transfronterizos y transnacionales". En: *Revista Papel Político*. Vol. 14.
- May, L. (2004). *Crimes against Humanity: A Normative Account*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Morales, J.H. (2020). "El Salvador". En Olasolo, H. & Buitrago, E., Mané, C. & Sánchez-Sarmiento, A. (eds.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Volumen 12 de la Colección Perspectiva Ibero-Americanas sobre la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores.

- Muñoz Conde, F. (2021). *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2008). “¿Es el Derecho penal internacional un “Derecho penal del enemigo”?”. En: *Revista penal*. Vol. 21. Pp. 93-102.
- Nadelmann, E. (1990). “Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society”. En: *International Organization*. Vol. 44.
- Obokata, T. & Payne, B. (2017). *Transnational Organised Crime. A comparative Analysis*. Routledge: Londres.
- Obokata, T. (2006). *Trafficking in Human Beings From a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Olasolo, H. (2017). *Derecho Internacional Penal, Justicia Transicional y Crímenes Transnacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olasolo, H. & Galaín, P. (2018). *Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención Especial a los Casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay*. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olasolo, H. (2018). *International Criminal Law, Transnational Criminal Organizations and Transitional Justice*. Boston-Leiden: Brill /Martinus Nijhoff.
- Olasolo, H. (2021). “La corrupción como causa de graves violaciones de derechos humanos constitutivas de crímenes de lesa humanidad.” En: Galain Palermo, P. & Saad-Diniz, E. (eds.) (2021). *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olasolo, H. (2021a). “Conclusiones”, en Olasolo et al. (eds.), *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito Ibero-Americano*. Volumen 12. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olasolo, H., Buitrago, E., Mané, C. & Sánchez Sarmiento, A. (2021). “La respuesta desde los mecanismos de aplicación del derecho penal internacional. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional”. En Olasolo et al. (eds.), *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito Ibero-Americano*. Vol. 12. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 641-694.
- Olasolo, H. & Galain, P. (2022): “La insuficiencia del enfoque de los tratados internacionales anticorrupción para abordar la corrupción transnacional organizada”. En: *Revista de Derecho Universidad Austral*. Vol. XXXV. Núm. 2. Pp. 227-249.
- Orakhelashvili, A. (2006). “Peremptory Norms in International Law”. *British Yearbook of International Law*. Vol 78(1). Pp. 480-482.

- Palma, O. (2019). *Commercial Insurgencies in the Networked Era: The Revolutionary Armed Forces of Colombia*. Nueva York: Routledge.
- Paoli, L. & Vander Beken, T. (2014). "Organized Crime. A Contested Concept". En: Paoli, L. (ed.). *The Oxford Handbook of Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press.
- Paulose, R. M. (2013). 'Towards a New Framework in the Law of War: Incorporating Transnational Organized Crime'. En: *Georgetown Law Review*. Vol. 17.
- Peters, A. (2018). "Corruption as a Violation of International Human Rights". En: *European Journal of International Law*. Vol. 29.
- Pieth, M. (1999). "International Efforts to Combat Corruption.", Paper Presented at the 9th International Anti-Corruption Conference (IACC). Durban.
- Planchadell-Gargallo, A. (2016). "Las víctimas en los delitos de corrupción (panorama desde las perspectivas alemana y española)". En: *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. 36. Pp. 1-77.
- Prieto, C. A. (2013). *Las bacrim y el crimen organizado en Colombia*. Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung.
- Puckett, B. (2010). "Clans and the Foreign Corrupt Practices Act: Individualized Corruption Prosecution in Situations of Systemic Corruption". En: *Georgetown Journal of International Law*. Vol. 41 (4). Pp. 815-860.
- Ramazzini, F. & Duarte, T. (2021). "Brasil". En: Olasolo et al. (eds.), *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito Ibero-Americano*. Volumen 12. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 175-194.
- Rasillo López, P. (2016): "Los delitos de corrupción tras la reforma del Código Penal por LO 1/2015". En: *Revista de Jurisprudencia*. Vol. 2.
- Reynolds, J.L. (2006). "Yakuza: Traditions and Amputations". En: Reynolds, J.L. *Secret Societies: Inside the World's Most Notorious Organizations*. Nueva York: Arcade Publishing.
- Ritch, J. (2002). "They'll Make You an Offer You Can't Refuse: A Comparative Analysis of International Organized Crime". En: *Tulsa Journal of Comparative and International Law*. Vol. 9.
- Rodríguez, G. (2010). "Antiguas y nuevas amenazas a la seguridad de América Latina". Ponencia presentada en la VII Asamblea Plenaria del Foro Interparlamentario de las Américas (FIPA). Ciudad de México.
- Rojas, F. (2011). "Violencia en América Latina. Debilidad Estatal, Inequidad y Crimen Organizado Inhiben el Desarrollo Humano". En: Rojas, F., et.

- al. (eds.). *América Latina y el Caribe: Globalización y Conocimiento. Repensar las Ciencias Sociales*. Montevideo: Unesco-Flacso.
- Salcedo-Albarán, E., Garay-Salamanca, L.J. & Ugaz J. C. (2021). “*Super Network of Corruption in Venezuela: Kleptocracy, Nepotism and Human Rights Violation*”. Publicación independiente. ISBN 979-8739921147
- Satzger, H. (2012). *International and European Criminal Law*. Munich: Hart/Beck.
- Schauseil, W. (2019). “Media and anti-corruption”. En: *U4 Anti-corruption Resource Centre*. Pp. 1-18.
- Schloenhardt, A. (2005). “Transnational Organized Crime and International Law”; The Palermo Convention”. En: *CRIM. L.J.*. Vol. 29.
- Schmidt, T. (2015). *Crimes of Business in International Law: Concepts of Individual and Corporate Responsibility for the Rome Statute of the International Criminal Court*. Londres: Bloomsbury Publishing.
- Seymour, C. (1996). *Yakuza Diary: Doing Time in the Japanese Underworld*. Nueva York: Atlantic Monthly Press.
- Shelley, L. (2001). “Corruption and Organized Crime in Mexico in the Post-PRI Transition”. En: *Journal of Contemporary Criminal Justice*, Vol.17 (3). Pp. 213-231.
- Simon, D. (2018). *Political Corruption Continuity and Change*. Nueva York: Routledge.
- Smith, J. (2009). “An International Hit Job: Prosecuting Organized Crime Acts as Crimes Against Humanity”. En: *Geo. L.J.* Vol. 97.
- Starr, S. B. (2007). “Extraordinary Crimes at Ordinary Times: International Justice Beyond Crisis Situations”. En: *Northwestern University Law Review*, Vol. 101 & *Harvard Public Law Working Paper* No. 133.
- Stedman, D. (2014). *Hayek, Friedman, and the Birth of Neoliberal Politics*. Princeton & Oxford: Princeton University Press.
- Sullivan, J. P. & Bunker, R. J. (2015). “Criminal Insurgents in Mexico and Latin America”. En: *A Small Wars Journal – El Centro Anthology*. Vol. 4.
- Tamayo, F. L. & Ariza, L.J. (2020). “Colombia”. En Olasolo, H. & Buitrago, E., Mané, C. & Sánchez-Sarmiento, A. (eds.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Volumen 12 de la Colección Perspectiva Ibero-Americanas sobre la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional; Instituto Joaquín Herrera Flores.
- Teachout, Z. (2016). *Corruption in America. From Benjamin Franklin’s Snuff Box to Citizens United*. Boston: Harvard University Press.

- Van der Wilt, H. (2014). "Crimes against humanity: a category hors concours in (international) criminal law?". En: Van Beers, B. et al. (eds.). *Humanity across International Law and Biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Vanegas Moyano, M. (2011). "De los delitos de lesa humanidad y de los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario". En Castro, C. (ed.). *Manual de Derecho Penal, Parte Especial-Tomo I*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario & Temis..
- Von Lampe, K. (2016). *Organized Crime. Analyzing Illegal Activities, Criminal Structures, and Extra-legal Governance*. Nueva York: Sage.
- Von Lampe, K. (2011), "The Application of the Framework of Situational Crime Prevention to 'Organized Crime'". En: *Criminology & Criminal Justice*. Vol. 11(2). Pp. 145-163.
- Werle, G. (2010). *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Werle, G., & Burghardt, B. (2012). "Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a 'State-like' Organization?". En: *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 10.
- Wolter, J. (1981). *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionellen Straftatsystem*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Young, K. (2000). *The International Criminal Court: A Commentary of the Rome Statute*. Champaign: University of Illinois.
- Zaffaroni, E. R. (1999). "Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita". En: Moccia, S. (ed.) *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali, tra efficienza e garanzia*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.

Informes, resoluciones y otros documentos

- International Crisis Group (2012). *Annual report*.
- Organización de los Estados Americanos, Secretaría General (2011), Política, dinero y poder. Un dilema para las democracias de las Americas. Pp. 52; 73-75. Disponible en: https://www.oas.org/es/sap/docs/oea_poliit_dinero_poder_s.pdf.
- Transparencia Internacional (2009). *Guía de lenguaje claro*.
- Transparencia Internacional (2018). *Exporting Corruption. Progress Report 2018: Assessing Enforcement of the OECD Convention on Combatting Foreign Bribery*.

Capítulo 3

***Una corte penal internacional
per il reato di corruzione?***

PIETRO INSOLERA*
PIERGIUSEPPE PARISI*
EMANUELA FRONZA*

1. INTRODUZIONE

La corruzione è fenomeno che vulnera non soltanto il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione. Il nesso

* Doctor por la Universidad de Trento (Italia) en Derecho Penal Europeo y Comparado, y abogado defensor (colegiado en el Colegio de Abogados de Italia).

* Profesor Asistente de Derecho Internacional de los derechos humanos en el Centro de Derechos Humanos Aplicados y el Departamento de Derecho de la Universidad de York (Reino Unido). Es co-director de la Maestría en Derecho y práctica internacional de los derechos humanos en la misma Universidad y ha co-liderado el proyecto Ritualising Protection Project. Sus intereses abarcan los derechos de los pueblos indígenas, la justicia transicional y transformativa, la justicia penal internacional y los lenguajes de los derechos humanos.

* Profesora Asociada de Derecho Penal en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Alma Mater Studiorum de Bolonia, donde enseña derecho penal internacional y europeo, derecho penal comparado y justicia penal internacional. Fue Investigadora Principal de la unidad italiana del proyecto M.E.L.A. (Leyes de la memoria en perspectivas europeas y comparadas, <http://melaproject.org/>). Ha sido becaria de la Fundación Alexander von Humboldt en la Humboldt-Universität zu Berlin, Berlín (Alemania). Es referente para Italia del "Grupo Latinoamericano de Estudios sobre el Derecho Penal Internacional" y miembro de otros grupos de investigación internacionales en Europa y América Latina. Es miembro de varios comités directivos o editoriales de revistas jurídicas italianas y extranjeras. Ha sido responsable de programas internacionales de investigación y ha dirigido, como directora científica, las Clínicas de Derecho en Derecho

causale tra fenomeno corruttivo e violazioni dei diritti umani è noto ed è stato oggetto di accertamento da parte di istituzioni internazionali, organizzazioni della società civile e della ricerca accademica. Per esempio, la Corte Interamericana dei Diritti Umani, nel caso del Complesso Penitenziario di Curado (Brasile), ha disposto che lo Stato adottasse una serie di misure cautelari al fine di prevenire violazioni del diritto alla vita, rilevando come la corruzione di parte del personale facilitasse l'ingresso di armi all'interno del penitenziario (CtIDU, 2015: para. 20). In maniera non dissimile, la corruzione è stata ritenuta una delle principali concause alla base di fenomeni di abuso da parte delle forze di polizia in Azerbaïjan (Rose, 2016) o di gravi violazioni del diritto alla salute in un ospedale dello stato dell'Uttar Pradesh in India (HRW, 2018: 265).

Nel corso degli ultimi anni, poi, studi di carattere empirico-statistico (v. sui danni *stricto sensu* economici i dati riportati da Wolf, 2018; sugli effetti negativi rispetto alla protezione dei diritti umani, v. ad es. Barkhouse, Hoylan, Limon, 2018) hanno dato conto della estrema e multiforme lesività del reato di corruzione, specialmente quando esso si manifesta nelle peculiari forme della cd. *Grand corruption* transnazionale (per una definizione: v. UNODC, 2004; Mongillo, 2012: 14-15; Wolf, 2014; Wolf, 2018)¹.

Penal Internacional de la Universidad de París I, Panthéon-Sorbonne y la Universidad de Nápoles II, financiadas por la Comisión Europea dentro del Proyecto Laboratorio Europeo del Sistema Penal Internacional (LINCS). Es autora de libros en italiano, inglés, español, alemán y francés. Ha publicado numerosas contribuciones publicadas en Italia y en el extranjero.

¹ Da ultimo *vid.*: Benestad, 2020: 1, "Il termine 'grand corruption' è stato utilizzato ampiamente anche se non è mai stato definito dall'ONU né da altri organi internazionali. Si concorda generalmente che una soglia rigida monetaria di per sé stessa non può definire le forme più gravi di corruzione. Tuttavia, casi che riguardano milioni di dollari statunitensi —a volte miliardi— coinvolgenti individui ai quali sono state affidate preminenti funzioni pubbliche, rientrano nell'ambito di tale nozione. La grand corruption generalmente richiede una corruzione radicata in profondità ad alti livelli di governo che risulta in una significativa appropriazione illecita di ricchezza e in una estesa distorsione sociale. Inoltre, questa forma di corruzione spesso contiene un elemento di transazioni transnazionali, il che significa

In questi casi, la portata offensiva delle pratiche corruttive, non limitandosi certo a vulnerare il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, nonché le finanze pubbliche sul piano domestico, incide negativamente su una molteplicità di interessi collegati tra loro, ben potendo determinare, in alcune circostanze, gravi violazioni dei diritti umani (Peters, 2018; Davis, 2018; Bacio-Terracino, 2010).

In tal senso, si è ad esempio rilevato che:

La corruzione è una piaga insidiosa che comporta una vasta gamma di effetti corrosivi sulle società. Mette a repentaglio la democrazia e lo Stato di diritto, porta alla violazione dei diritti umani, distorce i mercati, erode la qualità di vita e consente di fiorire al crimine organizzato, al terrorismo e ad altre minacce alla sicurezza umana (Annan, 2003)².

Ovvero che:

La corruzione è un enorme ostacolo alla realizzazione di tutti i diritti umani —civili, politici, economici, sociali, culturali, così come del diritto allo sviluppo. La corruzione viola i principi cardine della tutela dei diritti umani, la trasparenza, l'*accountability*, la non discriminazione rispetto ad una significativa partecipazione in ogni aspetto della vita della comunità (Pillay, 2013)³.

Inoltre, secondo i dati diffusi dal Programma delle Nazioni Unite per lo sviluppo, il fenomeno corruttivo può contribuire ad alimentare conflitti armati soprattutto in contesti caratterizzati da patrimonialismo come principale forma di governo, o laddove, nell'assenza di un governo politicamente legittimo, alcune formazioni sociali godo-

che essa può anche macchiare coloro che sono coinvolti nel realizzare tali transazioni" (tr. degli autori).

² "Corruption is an insidious plague that has a wide range of corrosive effects on societies. It undermines democracy and the rule of law, leads to violations of human rights, distorts markets, erodes the quality of life, and allows organized crime, terrorism and other threats to human security to flourish" (tr. degli autori).

³ "There is no doubt that, in practical terms, corruption is an enormous obstacle to the realization of all human rights —civil, political, economic, social and cultural, as well as the right to development. Corruption violates the core human rights principles of transparency, accountability, non-discrimination and meaningful participation in every aspect of life of the community" (tr. degli autori).

no di un accesso privilegiato alle risorse economiche e finanziarie del paese, come nei casi dei conflitti in Liberia e Sierra Leone (UNDP, 2008: 22). In tal senso, la corruzione genera un *vulnus* potenziale (o attuale) ai valori della ‘pace e [della] sicurezza internazionale’ che animano la Carta delle Nazioni Unite (Carta delle Nazioni Unite, Preambolo) e hanno contribuito a giustificare la creazione della Corte Penale Internazionale (Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, Preambolo).

Sintetizzando tali considerazioni si può desumere la sussistenza di un “diritto universale ad un governo onesto”⁴ tale da fornire legittimazione all’istituzione di una Corte Penale Internazionale Anti-Corruzione (*International Anti-Corruption Court* —in avanti, IACC), avente giurisdizione extraterritoriale e operante sulla base del principio di complementarità, sul modello della Corte Penale Internazionale (in avanti, CPI)?

A ciò si aggiunga, in tale prospettiva, che la corruzione è un fenomeno che si auto-alimenta, perpetuandosi grazie alla “cultura dell’impunità”: le elites al potere in molti paesi, prevalentemente in via di sviluppo (le cd. cleptocrazie, v. Della Porta & Vannucci, 2001) attraverso la corruzione sistemica controllano le istituzioni ed i sistemi di giustizia penale nazionale, e così “la ricchezza e il potere ottenuti attraverso la corruzione possono essere utilizzati per comprare

⁴ In verità, tale diritto non trova legittimazione alcuna tanto nel diritto internazionale generale come nel diritto interno degli stati, ma ammonta piuttosto ad una aspirazione politica che può poi essere declinata secondo criteri specifici al fine di regolare, ad esempio, l’attività amministrativa. Si pensi all’Articolo 97 della Costituzione della Repubblica Italiana che consacra i principi di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione. Una esplicita menzione di un “derecho a la buena administración a través de un gobierno ... honesto” si ritrova poi all’Articolo 60 della costituzione della Città del Messico, il cui *status* giuridico, tuttavia, rimane oggetto di dibattito (si veda, ad esempio, Cárdenas Gracia, 2018). Ai nostri fini, insomma, l’espressione “diritto universale ad un governo onesto” va intesa come formula generale atta a ricomprendere una serie di interessi giuridicamente rilevanti, quali per esempio le già menzionate pace e sicurezza internazionale, e che sarebbero in grado, a nostro giudizio, di fornire legittimazione all’eventuale istituzione di una corte penale internazionale contro la corruzione.

l'impunità, e tale impunità permette l'ulteriore accumulazione di potere e ricchezza frutto di corruzione" (si v. Stephenson & Schütte, 2019).

Va inoltre segnalato che, oltre alle più tradizionali forme di manifestazione della corruzione, riguardanti pubblici ufficiali (o comunque soggetti che esercitano pubbliche funzioni) —alle quali prevalentemente si riferiscono le considerazioni sopra svolte— da tempo è maturata consapevolezza a livello internazionale in relazione alla estrema gravità della corruzione tra privati:

[...] il tipo di corruzione che si verifica quando un dirigente d'azienda o un dipendente esercita un determinato potere o un'influenza sull'esecuzione di una funzione, un compito o una responsabilità all'interno di un'organizzazione privata o di una società commerciale che è contraria ai doveri e alle responsabilità della sua posizione in un modo che danneggia l'impresa o l'organizzazione in questione e per il suo beneficio economico o per il beneficio economico di un'altra persona o organizzazione (Argandoña, 2003).

Come dimostrano numerosi casi recenti (una rassegna analitica in Lee Jones & Jenkins, 2018), la corruzione tra privati non si limita infatti a ledere interessi aventi dimensione meramente privatistica o natura strettamente economica (ad es. effetti anticoncorrenziali, incremento dei prezzi, perdita di produttività delle imprese), ma può avere —quanto meno indirettamente— un impatto ben più ampio e profondo sul corretto funzionamento delle istituzioni democratiche, sui diritti umani e sul benessere delle comunità. Si pensi soltanto, ad esempio, al ruolo giocato dalla corruzione privata nella genesi, negli USA, della crisi finanziaria globale del 2008 (con tutte le perdite di proprietà, occupazione e ricchezza che ne sono conseguite - Kaufman, 2009) o all'instabilità politica seguita al disvelamento di imponenti schemi di corruzione tra privati, che coinvolgevano anche i vertici istituzionali in democrazie consolidate, come in Corea del Sud (Sang-Hun, 2018).

La dannosità delle condotte corruttive tra privati e l'avvertita esigenza di reprimerle è confermata, peraltro, dal fatto che le convenzioni internazionali e regionali, pur essendo indirizzate principalmente, per ragioni "storiche", al contrasto della corruzione nel settore pubblico, non mancano di raccomandare la criminalizzazio-

ne della corruzione nel settore privato (UNCAC, artt. 12, 21, 22) o finanche di obbligare gli Stati parte a criminalizzare la corruzione tra privati (Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999; Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003 relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato).

Analogamente, un significativo numero di legislazioni nazionali sanzionano penalmente le condotte di corruzione nel settore privato (una ricognizione in Lee-Jones & Jenkins, 2018).

Sulla scorta di queste considerazioni, non stupisce che si siano recentemente moltiplicate le voci a supporto della urgente necessità di trattare il fenomeno corruttivo, soprattutto nella sua dimensione transnazionale e macro-criminale, come un crimine internazionale soggetto alla giurisdizione o della già esistente CPI o a quella di una ipotetica IACC per rompere il “circolo vizioso” corruzione-impunità che caratterizza lo scenario odierno (Bantekas, 2006; Starr, 2007; Rose, 2014).

Assistiamo alla progressiva formazione di un consenso nella comunità internazionale che ben potrebbe dirsi trasversale. Si riscontrano infatti prese di posizione a livello istituzionale da parte di alcuni Stati e di organizzazioni internazionali. Si consideri, per esempio, l'iniziativa colombiana per la creazione di una Corte Internazionale Anticorruzione successivamente appoggiata dalla Repubblica del Perù, nel corso di un evento a margine della 74esima sessione ordinaria dell'Assemblea Generale ONU (Salazar, 2020). La medesima proposta, reiterata nel corso di un evento a margine dell'ottava sessione ordinaria della Conferenza degli Stati Parte alla Convenzione ONU contro la Corruzione, ha trovato il supporto della Malesia e della Norvegia. (UNODC, 2019). Da ultimo, un'ulteriore adesione al progetto è stata manifestata dal Canada (Glavin, 2021). Si sono inoltre registrate iniziative sempre più significative da parte di organizzazioni della società civile (cfr. Global Witness, 2016; HRW, 2014; Dichiarazione di Yogyakarta, 2015) e autorevoli prese di posizione a livello scientifico (Wolf, 2014; Wolf, 2018; Goldstone & Rotberg, 2018).

Va inoltre rilevato che la pandemia da Covid-19, con il suo portato destabilizzante, ha esacerbato le disegualianze su scala globale. Gli

interventi pubblici resisi necessari per fronteggiare l'espansione del virus e le misure di sostegno varate nella più parte dei paesi per far fronte alla crisi sanitaria ed economica hanno moltiplicato —come prevedibile— le occasioni di mercimonio delle pubbliche funzioni, con conseguenti nuove concrete prospettive di profitto per i cleptocrati. I sostenitori dell'IACC hanno così individuato un motivo nuovo ed ulteriore a sostegno dell'urgenza di avviare quanto prima la realizzazione del progetto (Cepeda Cuadrado, 2021; Goldstone & Wolf, 2020).

Ora, si tratta di capire se l'istituzione della IACC, a fronte di una pluralità di Convenzioni internazionali già attualmente in vigore (per una ricognizione, si v. Focarelli, 2011; Fronza & Insolera, 2021), dimostratesi tuttavia scarsamente efficaci nel contrasto del fenomeno corruttivo, determinerebbe un reale salto di qualità nella repressione e punizione dei soggetti responsabili, interrompendo il suddetto “circolo vizioso”, che alimenta la cultura dell'impunità.

A questo fine, il presente capitolo ha come obiettivo quello di valutare criticamente l'opportunità di istituire una IACC alla luce degli insegnamenti che si possono trarre dall'istituzione di giurisdizioni comparabili, nonché alla luce delle possibili alternative rappresentate dall'uso di meccanismi giurisdizionali già esistenti. Il capitolo è organizzato in quattro sezioni in aggiunta all'introduzione e alle conclusioni. La seconda sezione espone criticamente le tesi esistenti a favore dell'istituzione della IACC. La terza sezione, per contro, da contezza di quelli che sono gli argomenti contrari all'istituzione della IACC. La quarta sezione, operato un bilancio delle tesi a favore e contro l'istituzione della IACC, offre una valutazione complessiva che include riflessioni su aspetti tanto sostanziali quanto procedurali inerenti al funzionamento di una ipotetica IACC. La quinta sezione, infine, compara la possibile istituzione di un meccanismo giurisdizionale *ad hoc* —la IACC appunto— con l'opzione di perseguire il reato di corruzione dinnanzi a giurisdizioni già esistenti, in particolare quella della CPI, le giurisdizioni dei tribunali regionali e quelle dei tribunali misti.

2. L'ISTITUZIONE DI UNA CORTE INTERNAZIONALE *AD HOC* PER IL REATO DI CORRUZIONE: LE TESI A FAVORE

Le proposte riguardanti la persecuzione della corruzione a livello internazionale o transnazionale oscillano tra due modelli principali. Per un verso, una cerchia di esperti in materia di corruzione auspica lo sviluppo di un sistema che trova fondamento nella sovranità statale e che dunque ripudia l'idea di una IACC, favorendo invece un modello basato sulla cooperazione tra stati capace di porre l'accento sulla dimensione transnazionale —o internazionale— del fenomeno pur rispettando le prerogative statali. Per altro verso, una coalizione di esperti, generalmente non più coinvolti direttamente nella repressione del fenomeno corruttivo a livello statale, propongono l'elevazione del fenomeno corruttivo su larga scala a crimine internazionale, come fattispecie autonoma o come crimine contro l'umanità, tale da poter essere perseguito a livello internazionale dalla CPI o da una appositamente creata IACC (Christensen, 2017). È su questa seconda opzione, ed in particolare sulla possibile istituzione di una corte penale internazionale anticorruzione, che ci concentreremo nelle seguenti pagine.

L'istituzione di una IACC, se dotata di certi poteri, potrebbe comportare una serie di vantaggi, tanto sul piano simbolico come su quello pratico della prevenzione e repressione del crimine di corruzione. Di seguito si analizzeranno alcuni degli argomenti proposti a favore dell'introduzione di questo meccanismo giudiziale.

2.1. *Effetto deterrente*

Innanzitutto, si ritiene che la Corte potrebbe dispiegare un certo effetto deterrente. Oggi i cleptocrati agiscono impunemente, senza temere alcunché quale conseguenza delle loro azioni, facendo affidamento sullo stato dei sistemi di giustizia nazionale da loro controllati attraverso la corruzione sistemica. I poteri coercitivi attribuiti all'IACC e alla Procura, quali potrebbero essere quelli di tracciamento, sequestro e confisca di capitali, avrebbero una probabile efficacia

deterrente nei confronti di tali soggetti. Peraltro, la qualificazione della condotta penalmente rilevante come crimine internazionale — si argomenta— potrebbe in sé stessa esplicare un effetto deterrente non soltanto nei confronti dei cleptocrati, ma anche nei confronti di quei soggetti economici che con i cleptocrati hanno a che fare, quali per esempio banche o società (Starr, 2007). Tali soggetti economici potrebbero, infatti, rivelarsi più sensibili —o semplicemente più vulnerabili— a pressioni di questo tipo. Un simile effetto deterrente sugli attori economici rilevanti potrebbe oltretutto essere frutto di pressioni indirette ad opera dei consumatori, di coalizioni della società civile o finanche di altri governi, i quali potrebbero esigere da parte dell'attore economico un chiaro distanziamento dal soggetto agente in quello che potrebbe sembrare una sorta di effetto *boomerang* (Starr, 2007; Keck & Sikkink, 1998). Occorre tuttavia menzionare che, per quanto riguarda la CPI e il suo effetto deterrente, non vi sono sufficienti dati empirici a conforto di una tale tesi. Tutt'altro, in taluni casi, la prospettiva di un procedimento a livello internazionale potrebbe al contrario scoraggiare un regime cleptocratico dall'abbandonare il potere e dal porre fine a condotte violative dei diritti umani al fine di mantenere la sua posizione di privilegio ed evitare le conseguenze delle sue azioni sul piano giudiziario (Moy, 2006).

Inoltre, una IACC disegnata sul modello della CPI e capace di attrarre la ratifica da parte di un ampio gruppo di stati in maniera non dissimile dallo Statuto di Roma potrebbe portare all'implementazione di una sorta di "*travel ban*" de facto a seguito dell'emanazione di un mandato di cattura nei confronti degli indagati. Ciò comporterebbe una significativa limitazione alla libertà di movimento dei cleptocrati, i quali potrebbero garantirsi l'impunità soltanto rimanendo nei confini dei loro paesi o viaggiando nei paesi non sottoposti alla giurisdizione IACC, sanzione che potrebbe scoraggiare o rendere più difficili pratiche corruttive (Wolf, 2014; Wolf, 2018). Ciononostante, occorre sottolineare come la ratifica dello Statuto di Roma della CPI non abbia sempre condotto ad un adempimento pieno degli obblighi in materia di cooperazione da parte degli Stati Parte (si veda per esempio il caso di *Al Bashir*, nonostante i più recenti sviluppi giurisprudenziali). Dati gli interessi transnazionali che sottendono pratiche corruttive su larga scala, non sarebbe difficile immaginare uno scenario simile, in cui l'indagato potrebbe trovare rifugio in uno

stato parte, nonostante gli obblighi di cooperazione imposti dall'appartenenza ad una ipotetica IACC.

2.2. Effetto di impulso per la riforma dei sistemi di giustizia penale interni

Un fenomeno complesso come quello della *grand corruption* richiederebbe necessariamente una strategia di contrasto multilivello, avente come protagonista principale lo stato, in modo non dissimile dal sistema architettato per la CPI fondato sul principio della complementarità. Come per la CPI, un simile approccio consentirebbe, allo stesso tempo, di preservare le prerogative sovrane degli stati in materia di contrasto alla criminalità e di incentivare tale azione di contrasto tanto sul piano normativo come su quello dell'effettività. Si ritiene, infatti, che poiché la IACC interverrebbe solamente laddove le autorità statali non vogliano o non possano giudicare o punire il responsabile (*unwilling or unable*), gli Stati sarebbero spinti e incentivati a migliorare i loro sistemi di giustizia domestici per dimostrare alla comunità internazionale che la IACC non è necessaria o per non esservi sottoposti. L'istituzione dell'IACC incentiverebbe riforme nazionali tali da aumentare indagini, accertamenti e condanne di condotte di *grand corruption* (Starr, 2007; Wolf, 2014; Wolf, 2018). D'altra parte, non può escludersi il rischio dell'approvazione di riforme interne puramente cosmetiche volte unicamente o prevalentemente a scongiurare l'intervento della giurisdizione internazionale.

Va dunque sottolineato, alla luce di tali osservazioni, che l'adeguamento dell'ordinamento domestico dovrebbe comunque essere oggetto di una valutazione caso per caso e in concreto tale da non soltanto prendere in considerazione se la normativa interna recepisca in maniera adeguata la fattispecie internazionale, ma anche se la sua applicazione sia conforme all'obiettivo di reprimere le condotte corruttive e dunque genuina. Sarebbe proprio l'esistenza di questo controllo a fornire l'incentivo alla riforma dei sistemi di giustizia interni.

2.3. Effetto simbolico

Come l'istituzione della CPI ha sancito un impegno a perseguire i crimini internazionali, così l'istituzione di una Corte per il reato di corruzione sancirebbe il rifiuto e la necessità di contrastare la *grand corruption*. Tale iniziativa incentiverebbe iniziative politiche e sociali in sede interna per ulteriori riforme, costituendo un "segnale di speranza per tutti coloro che lottano contro la corruzione nel mondo" (Goldstone & Rotberg, 2018).

A livello globale, peraltro, la possibilità di perseguire la corruzione come crimine internazionale —e dunque il qualificare talune condotte come crimini internazionali, a prescindere da quale sia l'istituzione deputata a perseguire il reato— potrebbe dispiegare un effetto di c.d. *norm-shaping*, vale a dire una progressiva accettazione della vincolatività della norma (Starr, 2007; Goodman & Jinks, 2004).

3. L'ISTITUZIONE DI UNA CORTE INTERNAZIONALE AD HOC PER IL REATO DI CORRUZIONE: LE TESI CONTRARIE

A fronte degli argomenti sin qui analizzati, si contrappongono ragioni di carattere politico, strategico e di efficacia, le quali militerebbero contro l'istituzione di una IACC. Tali motivazioni verranno prese in considerazione di seguito.

3.1. Praticabilità/fattibilità politica

Da parte dei critici, si evidenzia la mancanza di volontà politica dei leaders degli Stati di sottoscrivere il trattato e di sottoporsi alla giurisdizione dell'IACC. Se c'è tutto l'interesse a continuare ad operare nell'impunità garantita dai sistemi di giustizia interni, e non c'è volontà di riformarli, perché sottoporsi ad una istituzione internazionale che comminerebbe lo stesso tipo di sanzioni penali? (Stephenson, 2014).

Si risponde a tale obiezione prospettando diversi metodi per indurre paesi ad aderire all'IACC: rendere l'adesione condizione per essere parte della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione (in avanti, UNCAC), dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (in avanti, WTO), condizione per ricevere finanziamenti bilaterali da stati esteri e dalle banche internazionali di sviluppo, ad es. la Banca Mondiale. Tale approccio si definisce "strategia coercitiva" (Wolf, 2014; Wolf, 2018).

3.1.1. I tre problemi della "strategia coercitiva"

La "strategia coercitiva" è stato oggetto di tre ordini di principali di critiche:

1. Sul piano della politica internazionale, vi sarebbero indubbiamente significative difficoltà ad ottenere il consenso dei paesi membri di istituzioni internazionali che potrebbero essere ostili alla IACC, alcuni dei quali godono del potere di veto nelle istituzioni internazionali. Ad esempio, per modificare UNCAC richiedendo la sottoposizione alla IACC come condizione di accesso sarebbe necessario ottenere l'accordo degli stati parte, il che risulterebbe di difficile realizzazione soprattutto con riguardo agli stati più potenti (Cina, Russia, USA). Non è difficile immaginare obiezioni simili da parte degli stati parte qualora si intendesse modificare e introdurre nuove condizioni in relazione all'appartenenza alla WTO o alla Banca Mondiale (in avanti, WB) (Stephenson, 2014a; Stephenson, 2016).
2. Le misure coercitive potrebbero risultare insufficienti. Leaders cleptocrati, chiamati a scegliere se essere sanzionati dalle istituzioni internazionali (venendo tagliati fuori dall'assistenza allo sviluppo o dai mercati internazionali) o essere arrestati e perseguiti, sarebbero portati a continuare a garantirsi l'impunità, scegliendo il male minore. Le sanzioni andrebbero poi a penalizzare ulteriormente i cittadini innocenti delle cleptocrazie e, potenzialmente, a rafforzare il loro appoggio a regimi cleptocratici come risposta alle sanzioni stesse (Stephenson, 2016). L'esclusione dagli aiuti e dal libero scambio potrebbe inoltre acuire il problema della corruzione.

3. Un'ulteriore criticità è la possibile percezione dell'Anticorruzione e dell'istituzione IACC come "forma di neoimperialismo occidentale" (si v. al proposito Kulamadayil, 2018). Gli stati più ricchi e sviluppati, quali gli USA e gli stati membri dell'UE, non si sottoporrebbero alla giurisdizione di una ipotetica IACC. Allo stesso tempo, tali stati insistono affinché siano i paesi in via di sviluppo a sottoporsi a una tale giurisdizione, in quanto —argomentano spesso tali stati— la *grand corruption* sistemica sarebbe più radicata in paesi appartenenti al c.d. Sud Globale, ignorando però come le statistiche indichino alti livelli di corruzione nel settore pubblico anche in paesi appartenenti al c.d. Nord Globale (si pensi, per esempio, al caso italiano, sul quale v. Transparency International. 2021). Questa dinamica potrebbe rafforzare ancora di più il potere dei leader cleptocratici (Stephenson, 2014a; Stephenson, 2014b).

3.2. Problemi di efficacia

Sono stati espressi diversi dubbi sul fatto che l'istituzione della IACC possa avere un significativo effetto deterrente o comunque operare efficacemente, per diverse ragioni.

3.2.1. Difficoltà nella cooperazione da parte delle AG delle cleptocrazie

Si è osservato che gli strumenti investigativi delle Procure dei tribunali internazionali sono assai limitati e poco incisivi (ad es.: non si può disporre l'acquisizione di documentazione bancaria e i registri telefonici, non si possono autorizzare intercettazioni, perquisizioni, non si possono convocare testimoni sotto sanzione). L'attività investigativa dipende quasi interamente dalla cooperazione di polizia e giudiziaria delle autorità domestiche. Si tratta di un problema ben noto per la CPI e i tribunali internazionali regionali, con la differenza che la maggior parte dei tribunali esistenti sono stati istituiti dopo i fatti, successivamente ad un cambio di governo (transizione democratica) e generalmente accompagnati da una volontà politica e dalla generica disponibilità a cooperare nello svolgimento delle indagini.

Con riferimento alla *grand corruption* la differenza significativa sta nel fatto che la maggior parte delle condotte penalmente rilevanti riguarderebbe leaders attualmente al potere, o, nel caso di corruzione tra privati, attori economici che spesso godono dei favori del governo di turno, e dunque ancora in grado di controllare il sistema politico-giudiziario interno. Ciò comporterebbe con tutta probabilità un ostacolo alle richieste di cooperazione (Whiting, 2018; Cassese, 2009). Peraltro, si è fatto notare che, anche laddove le autorità statali fossero disposte a superare gli ostacoli di natura politica e indagare o perseguire condotte corruttive poste in essere da cariche politiche o attori economici privati, la cooperazione tra autorità giudiziarie e di polizia rimarrebbe difficoltosa, sia per problemi di ordine tecnico (per esempio, l'esistenza di procedure anticorruzione inadeguate) che per insufficienza di risorse che per una generica mancanza di fiducia tra autorità statali (Nessi, 2017).

3.2.2. Costi-benefici

Alcuni si domandano se i risultati ottenibili dalla IACC in termini di procedimenti e condanne giustificerebbero i costi per crearla e mantenerla operativa. Guardando all'esperienza della CPI dal 2002 ad oggi, vi è stata una spesa media superiore ai 100 milioni di euro all'anno, in crescita negli ultimi anni. Per esempio, per l'anno 2022, l'Assemblea degli Stati Parte ha approvato un bilancio di oltre 150 milioni di euro. Sino ad ora, la CPI ha emesso 14 sentenze di cui 10 condanne e 4 assoluzioni. Nonostante la natura complessa dei processi dinnanzi alla CPI, sembra legittimo domandarsi se i risultati ottenuti —che, ricordiamo, dovrebbero calcolarsi non semplicemente con riferimento al numero di condanne o assoluzioni— giustifichino le spese sostenute. Tornando all'ipotetica istituzione di una IACC, la comunità internazionale dovrebbe valutare attentamente se un investimento così consistente potrebbe essere destinato ad altri strumenti più efficaci nella lotta alla corruzione ed alla impunità. Potrebbero essere utilizzati per finanziare la IACC i fondi/beni recuperati nei casi di *grand corruption* (Wolf, 2018), se recuperabili dopo la condanna definitiva. Ma ciò priverebbe le popolazioni delle cleptocrazie vittime di tale ristoro/riparazione.

4. UNA VALUTAZIONE COMPLESSIVA CRITICA DEI PRO E CONTRO UNA CORTE INTERNAZIONALE *AD HOC*

4.1. *Sulla legittimazione dell'IACC*

Può una dimensione plurioffensiva così ampia, indefinita, finanche evanescente, come quella che indubbiamente caratterizza la *grand corruption*, fornire adeguata legittimazione all'operatività di una corte internazionale? Occorre selezionare in chiave critica soltanto quelle condotte corruttive che si caratterizzano per una peculiare sistematicità e ramificazione, dalla quale derivi una violazione massiva dei diritti umani (sussidiarietà, frammentarietà, illecito penale come illecito di modalità di lesione). Alla luce di tali considerazioni, come occorrerà procedere in sede di tipizzazione legislativa (*drafting*)? Quali tecniche di tutela è opportuno adottare? Un punto di partenza può essere costituito dalle disposizioni dell'UNCAC e degli altri strumenti di diritto internazionale pattizio vigenti (cfr. Mongillo, 2012; Perini, 2016; Di Martino, 2012; Focarelli, 2011).

Particolari criticità, sotto il profilo dell'interesse protetto, solleva poi la fattispecie di corruzione tra privati, come dimostra emblematicamente la tormentata evoluzione italiana, nel percorso di recepimento ed attuazione degli obblighi di fonte sovranazionale (CEDU e UE), (Seminara, 2017).

4.2. *La fattispecie soggettiva ed oggettiva*

Oltre a prevedere la incriminazione e la punibilità dei capi di governo in carica o passati, di soggetti con ruoli politico-istituzionali a loro collegati (muniti di qualifiche soggettive), nonché dei complici (ad es. privati cittadini corruttori, intermediari etc.), è di primaria importanza che tra i soggetti espressamente sottoposti alla giurisdizione della Corte siano ricomprese le persone giuridiche (*corporations*). La fenomenologia delle pratiche di *grand corruption* e la ormai vasta casistica in materia consegnano un dato assodato: i protagonisti della corruzione transnazionale sono prevalentemente le organizzazioni economico-imprenditoriali che svolgono le loro attività com-

mercials in diversi paesi e, di conseguenza, sono sottoposte a diverse giurisdizioni statali. Rilevano in particolare le cd. *Transnational Corporations* (in avanti, TNCs) e le *Multi National Enterprises* (in avanti, MNEs), nelle relazioni con i pubblici ufficiali stranieri (si cfr. ad es. il noto Caso Odebrecht, sul quale v. Fronza & Insolera, 2021; Caroli & Giannini su *international corporate criminal liability*).

Per quanto attiene alla corruzione tra privati, ferma parimenti la necessità di criminalizzare le persone giuridiche, è identificabile un peculiare profilo di problematicità rispetto alla formulazione della fattispecie soggettiva, che dovrebbe essere assai ampia per includere tutti gli individui che dirigono, amministrano o lavorano nel settore privato in ogni capacità, compresi gli intermediari (Martini, 2014), nonché, sotto il profilo oggettivo, un'ampia gamma di condotte (corruzione attiva e passiva, commessa direttamente o indirettamente, per ogni utilità indebita che può essere materiale o immateriale, patrimoniale o non patrimoniale, per il corrotto o per una parte terza).

È evidente che possono porsi problemi sul versante del rispetto del principio di legalità, specificamente sotto il profilo della determinatezza-precisione.

4.3. Sistema sanzionatorio

Oltre alla comminatoria di sanzioni detentive e pecuniarie, il trattamento sanzionatorio dovrebbe prevedere misure ablativo-patrimoniali particolarmente incisive, confische dei proventi di corruzione e di riciclaggio (ovvero di beni del valore corrispondente per equivalente), oltreché strumenti investigativi e cautelari anticipatori funzionali alle stesse (sequestri). Ciò permetterebbe di recuperare efficacemente il denaro sottratto dai cleptocrati attraverso pratiche corruttive e reinvestirlo in politiche di sviluppo e di costruzione di istituzioni democratiche a sostegno delle popolazioni vittime della *grand corruption* (Starr, 2007).

Con specifico riferimento alla corruzione tra privati (ma anche rispetto alla corruzione nel settore pubblico), è fondamentale prevedere, in chiave preventiva, meccanismi di *compliance* e protocolli di autoregolamentazione nelle imprese per contrastare le prassi corruttive

(si cfr. i molteplici *self-regulatory frameworks* esaminati in K. Lee-Jones, M. Jenkins, 2018). Nella prospettiva specifica della redazione dello Statuto della IACC, in particolare —se, come si ritiene, è necessario estendere la responsabilità alle *corporations*— occorrerebbe riflettere sul concetto di “colpa di organizzazione” rispetto alle violazioni di modelli volti alla prevenzione di gravi condotte di corruzione tra privati aventi dimensione transnazionale ed elevato livello di offensività (sotto il peculiare profilo dell’ingente sottrazione a fini di profitto di risorse economiche altrimenti destinate a politiche per lo sviluppo).

Inoltre, tanto con riguardo alla corruzione nel settore pubblico, quanto a quella in ambito privato, potrebbe essere opportuno introdurre meccanismi premiali secondo le linee d’azione della cd. *whistleblower legislation*, assicurando uno sconto di pena o una vera e propria causa di non punibilità a beneficio di chi, prima di essere a conoscenza di essere sotto indagine, denunci volontariamente e fornisca indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili (v. K. Lee-Jones, M. Jenkins, 2018, si cfr. il “modello” dell’art. 323 ter c.p. introdotto in Italia con l. n. 3/2019).

Occorre poi richiamare l’annoso problema dell’effettività della sanzione comminata da un tribunale internazionale. Come garantire l’esecuzione della sanzione? Sono noti i problemi di effettività (e, in particolare, di certezza) della pena tanto negli ordinamenti nazionali come, e a maggior ragione, in quello internazionale. Si pensi, ad esempio, alle sfide che la CPI si trova a dover affrontare laddove la Procura indagli o persegua pubblici ufficiali appartenenti allo stesso regime della cui cooperazione la Corte necessita al fine non soltanto di portare avanti l’attività investigativa, ma anche di ottenere l’esecuzione di un mandato di arresto con ovvie conseguenze sull’eseguibilità dell’eventuale futura sanzione (Ambach, 2015: 1279-1280). Non è difficile immaginare che tali problematiche possano affliggere a maggior ragione un ipotetico organo giurisdizionale con giurisdizione universale (o, comunque, estesa a più ambiti territoriali) che voglia, ad esempio, perseguire episodi di corruzione pubblica presuntamente posti in atto da funzionari statali di uno stato membro, della cui cooperazione, pertanto, tale istanza giurisdizionale avrebbe bisogno. Alla luce di tali considerazioni, si comprende ancora meglio

l'importanza di prevedere i meccanismi preventivi di *compliance* precedentemente menzionati.

Ma ciò non basta: va considerata la possibilità di istituire appositi procedimenti di monitoraggio dell'esecuzione, in particolare, delle sanzioni pecuniarie e rimediale. Una simile proposta è stata avanzata, per esempio, nel contesto dell'elaborazione di una bozza di Convenzione sull'Ecocidio che prevede, tra l'altro, l'istituzione di un Comitato, composto da esperti indipendenti, con funzioni di monitoraggio dell'esecuzione delle sanzioni comminate da una ipotetica Corte Penale Internazionale per l'Ambiente, e abilitata a formulare raccomandazioni non vincolanti indirizzate all'Assemblea degli Stati parte (Neyret, 2017). Spetterebbe, poi, all'Assemblea degli Stati parte decidere su eventuali future azioni da doversi intraprendere con riguardo alla mancata esecuzione della pena. Potrebbero, poi, prevedersi specifici meccanismi di raccordo con altre giurisdizioni internazionali, più tipicamente la Corte Internazionale di Giustizia o un tribunale arbitrale, al fine di agg giudicare ulteriori controversie legate alla mancata esecuzione della sanzione. Proposta peraltro avanzata anch'essa nel solco della medesima proposta di Convenzione sull'Ecocidio appena menzionata.

4.4. *Cooperazione investigativa e giudiziaria*

Come già si è detto, chi ha criticato maggiormente l'istituzione dell'IACC ha posto in rilievo che l'Ufficio di Procura presso la stessa Corte non sarebbe dotato di penetranti poteri investigativi, nella raccolta degli elementi di prova, ma sarebbe quasi interamente dipendente dalla cooperazione delle autorità di polizia e giudiziarie domestiche. Tale collaborazione —si osserva— ben difficilmente potrebbe essere ottenuta.

Infatti, diversamente dall'CPI e dagli altri Tribunali internazionali regionali, che di norma sono stati istituiti dopo i fatti oggetto di accertamento, quando c'è stato un cambio di governo e di conseguenza la volontà politica e la necessaria collaborazione per svolgere le indagini, la maggior parte delle condotte di *grand corruption* riguarderebbe leader attualmente al potere e ancora in grado di controllare il sistema politico-giudiziario interno, facendo in modo che

le richieste di cooperazione siano dunque ostacolate o comunque rimangano ineficaci⁵.

Ora, alla luce di tale obiezione, dotata di una sua consistenza, occorre focalizzarsi sul rafforzamento dei meccanismi di cooperazione investigativa e giudiziaria che dovrebbero instaurarsi tra Procura dell'IACC e autorità nazionali, partendo dalle misure già previste dall'UNCAC in materia di cooperazione internazionale (UNCAC, art. 43 ss.).

Un "modello virtuoso" di cooperazione, oltre a quello tra *prosecutors* federali e statali negli USA (Wolf, 2018), potrebbe essere quello previsto a livello euro-unitario per i reati di cui alla Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, tra i quali è ricompresa la corruzione attiva e passiva (cd. Direttiva PIF, art. 4, par. 2, lett. a e b). Come dispone l'art. 15 della Direttiva, le autorità degli stati membri, OLAF (Ufficio Europeo Anti-Frode) e Eurojust cooperano, nell'ambito delle loro rispettive competenze, nella lotta contro i reati previsti dalla Direttiva. Potrebbe ipotizzarsi l'istituzione di una Agenzia per la cooperazione investigativa e giudiziaria internazionale anticorruzione per coadiuvare l'attività della IACC e della Procura.

Alla luce dei più recenti sviluppi normativi, il più opportuno modello di riferimento potrebbe essere invero costituito dalla Procura europea (EPPO), un organismo indipendente dell'Unione Europea istituito con Regolamento 2017/1939/UE adottato sulla base normativa dell'art. 86 TFUE e operativo dal 1 giugno 2021, incaricato di indagare, perseguire e portare in giudizio i reati che ledono gli interessi finanziari dell'UE di cui alla direttiva succitata, tra i quali figura la corruzione, quando caratterizzati da particolare gravità (frodi d'importo superiore a 10.000 EUR riguardanti fondi dell'UE o sui casi di frodi IVA a livello transfrontaliero che comportano un

⁵ Diverso il caso in cui le fattispecie di *Grand corruption* perseguite si siano verificate nell'ambito di un regime autoritario, o comunque anti-democratico, poi superato ad opera di un processo di transizione democratica. In tale ipotesi, l'attività di raccolta delle fonti di prova da parte della Procura dell'IACC si troverebbe ad operare con minore difficoltà.

danno superiore ai 10 milioni di EUR). Senza pretendere di approfondire in questa sede caratteristiche istituzionali-strutturali, operative e criticità pratiche nell'azione di tale "giovannissimo" organo⁶, ci si limita a segnalare un profilo di particolare interesse ai nostri fini: in base all'art. 22, par. 2, Direttiva PIF, la Procura europea è competente anche per i reati relativi alla partecipazione a un'organizzazione criminale (la cui definizione è da rinvenire nella Decisione quadro 2008/841/GAI) se l'attività criminosa cui l'associazione è orientata può essere ricondotta ad una delle fattispecie della Direttiva PIF, tra le quali vi è la corruzione. Il legislatore europeo si è dunque fatto carico di riconoscere il dato di realtà costituito dal nesso che sovente intercorre tra pratiche corruttive transnazionali e crimine organizzato, analogamente a quanto avviene sul piano globale in relazione all'istanza di fondo che anima i sostenitori della necessità urgente di istituire l'IACC, seppure con esclusivo riferimento a forme particolarmente lesive di cd. *grand corruption*.

Infine, osserviamo che, pur mancando sul piano mondiale, nei rapporti tra gli Stati e tra le varie autorità giudiziarie nazionali quella comune adesione minima a principi fondamentali di civiltà e di garanzia che unisce gli Stati membri dell'UE, sotto forma di cd. *mutual trust* e conseguente *mutual recognition*—elementi fondanti del sistema di cooperazione giudiziaria dell'Unione—l'esperienza già formatasi in passato a livello di cooperazione e che maturerà nell'attività della Procura europea di contrasto alla corruzione associata al crimine organizzato potrà costituire un interessante, e soprattutto utile de iure condendo, oggetto di osservazione per i sostenitori dell'IACC.

4.5. *Gli strumenti complementari o alternativi alla IACC*

Anche se vi è consapevolezza condivisa a livello internazionale sulla urgenza di rompere il circolo vizioso che unisce e rinforza reciprocamente impunità e corruzione in molti paesi, manca allo stato un progetto comune per superare gli ostacoli relativi alla praticabilità politica ed alla efficacia. Possono dunque qui menzionarsi bre-

⁶ Si rinvia necessariamente a Caianiello, 2020; ma v. spec. 108-121 e fonti ivi richiamate; Ruta, 2022.

vemente —senza alcuna pretesa di completezza— alcuni strumenti e linee d’azione che potrebbero affiancare o sostituire l’istituzione dell’IACC (per una illustrazione compiuta, v. Stephenson, 2018).

Anzitutto, occorrerebbe rafforzare a livello internazionale gli strumenti normativi di prevenzione e contrasto patrimoniale, in particolare sequestri e confische, con l’obiettivo di colpire più efficacemente i proventi della corruzione transnazionale, che nella maggior parte dei casi i leader delle cd. cleptocrazie occultano in paesi diversi da quelli di provenienza, avvantaggiandosi di regimi normativi bancari e/o fiscali di favore, tali da ostacolare la cooperazione internazionale di polizia e giudiziaria.

Potrebbe essere d’ausilio, in secondo luogo, introdurre e applicare con maggiore frequenza nei confronti dei leader responsabili di corruzione sistematica sanzioni individuali e divieti di viaggiare al di fuori dei confini nazionali, agendo nella stessa direzione più in alto indicata in relazione alla c.d. strategia coercitiva, pur non immune da criticità.

Ancora, un settore il cui rafforzamento dovrebbe essere prioritario in chiave di riforma è quello della legislazione internazionale antiriciclaggio, sia sotto il profilo sostanziale, sia sotto quello processuale. È infatti noto che il profitto della grande corruzione transnazionale è il più delle volte oggetto di sofisticate condotte susseguenti di riciclaggio transnazionale, perpetrate attraverso schemi di elevata complessità che coinvolgono una pluralità di compartecipi.

La comunità internazionale dovrebbe poi investire e adoperarsi per incentivare e agevolare la creazione a livello nazionale di agenzie indipendenti anticorruzione (con funzioni ibride: amministrative e preventive, soltanto eventualmente punitive). Tali riforme istituzionali potrebbero contribuire, se fosse garantito un elevato livello di indipendenza delle agenzie e dei loro componenti rispetto all’influenza dei governi nazionali, ad una significativa diminuzione dei tassi di corruzione.

Ulteriore ambito di intervento privilegiato può individuarsi nella creazione di organismi investigativi indipendenti, sul modello della Commissione Internazionale contro l’Impunità in Guatemala (CI-CIG, sulla quale v. le considerazioni *infra* par. 5.3), formati da per-

sonale inquirente internazionale, che sarebbe chiamato ad operare, supportato e protetto dalla comunità internazionale, in contesti nazionali ad alto tasso di corruzione sistematica e criminalità organizzata.

Uno strumento utile, ancora, può essere costituito dalle azioni giudiziarie civili risarcitorie intentate da associazioni/organizzazioni della società civile nei confronti dei leader delle c.d. cleptocrazie. Per quanto dispendiose e variamente esperibili a seconda delle diverse discipline nazionali, talvolta queste iniziative hanno talvolta avuto discreto successo nel riconoscere la responsabilità civile e statuire l'obbligo risarcitorio in capo a cleptocrati (Ramasastry, 2015; 723 et seq).

In una prospettiva extragiuridica, sarebbe importante sostenere con ogni mezzo una stampa libera e indipendente, che possa svolgere efficacemente il proprio essenziale ruolo di “cane da guardia della democrazia” attraverso la critica dell'esercizio del potere governativo, svolta da giornalisti investigativi ovvero da altre organizzazioni indipendenti della società civile.

Infine, ma non inferiore per importanza, potrebbe essere di ausilio imporre normativamente requisiti di maggiore trasparenza nel settore dell'industria estrattiva (petrolio, gas, pietre e metalli preziosi) nel quale oggi, a livello transnazionale, si verificano più spesso episodi di grande corruzione⁷.

In conclusione, dunque, va evidenziato che le possibilità sinteticamente indicate potrebbero rafforzare —congiuntamente all'istituzione dell'IACC ovvero, in minore misura, alternativamente alla stessa— la risposta globale al grave problema della grande corruzione transnazionale, in parte contribuendo ad interrompere il ciclo corruzione-impunità che attualmente si autoalimenta in un numero consistente di paesi, specialmente tra i paesi in via di sviluppo.

⁷ Si pensi ad esempio, in questo settore, alle c.d. *Publish What You Pay Rules* (cfr. ad es. <https://www.pwyp.org/>), che, sebbene non impongano sanzioni direttamente sui pubblici ufficiali corrotti, possono comunque limitare le opportunità di mercimonio di pubbliche funzioni e offrire prove che potrebbero essere impiegate per supportare una azione penale nei confronti dei responsabili di gravi condotte di corruzione.

5. LA PERSECUZIONE DELLA CORRUZIONE DINANZI AD ALTRI MECCANIMI

Delineate in sintesi le caratteristiche dell'IACC, sulla base delle indicazioni provenienti dal ricco dibattito politico e dottrinale sviluppatosi in seguito alla proposta di istituzione, è opportuno interrogarsi su un ulteriore aspetto di non secondaria rilevanza.

Occorre domandarsi, in particolare, se la creazione e l'operatività dell'IACC sarebbe preferibile (*rectius*: più efficace in termini di “*marginal benefits*” conseguibili) rispetto ad altre soluzioni percorribili nella repressione del fenomeno criminoso di cui si discute. Oltre alla creazione della IACC, sono state invero prese in considerazione altri possibili meccanismi per affrontare e reprimere la *grand corruption* a livello internazionale (5.1) e regionale (5.2).

5.1. *Una estensione della giurisdizione della Corte Penale Internazionale*

Una delle proposte è stata quella di reinterpretare le disposizioni esistenti sulla giurisdizione della CPI nello Statuto di Roma, includendo la persecuzione dei crimini di *grand corruption* nel mandato della Corte⁸.

Tale riflessione va ricondotta a quelle proposte secondo cui vi sarebbe spazio per perseguire le condotte di corruzione più gravi —quelle aventi ad oggetto ingenti somme di denaro, riguardanti funzionari ai massimi livelli governativi, connotate da una dimensione transnazionale e da un effettivo collegamento con il crimine organizzato— come crimini contro l'umanità in forza degli artt. 5 e, specificamente, 7(1)(k) dello Statuto di Roma. Tali condotte potrebbero infatti secondo tale ricostruzione essere qualificate come “Altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o

⁸ Con diversità di accenti, cfr. tra i molti Bantekas, 2006; Barkhouse, 2014; Bloom, 2014; Benestad, 2020; Boersma, 2012; GOPAC, 2013; Roht-Arriaza & Martínez, 2019; Starr, 2007: 1281-82, note 115-118 per ult. rif.

mentale”⁹. Lo Statuto di Roma, come noto, punisce i crimini contro l’umanità e a tal fine, oltre alle singole condotte, richiede la sussistenza dell’elemento di contesto (ovvero che i crimini siano commessi come parte di un attacco esteso o sistematico diretto contro qualsiasi popolazione civile, con consapevolezza dell’attacco).

Alcuni studiosi (Cassese, 2008; Amati & Maculan, 2010; Amati, et.al, 2016; Mancini, 2007) hanno sostenuto che la corruzione, a determinate condizioni, può soddisfare in maniera diretta i requisiti contestuali dell’articolo 7(1) dello Statuto di Roma e può essere considerata un crimine contro l’umanità ai sensi del sottoparagrafo (k).

Questa proposta non sarebbe irragionevole. Infatti, è teoricamente possibile sostenere che la corruzione possa essere inclusa nell’articolo 7(1)(k)¹⁰. Ci sono prove che suggeriscono che la grande cor-

⁹ Su tale fattispecie, v. per esempio Cassese, 2008: 98 *et seq.*; Amati & Maculan, 2016; Mancini, 2007. Come noto, anche nell’interpretazione di tale fattispecie rilevano gli Elementi dei Crimini previsti dall’art. 9 dello Statuto di Roma, uno strumento che ha la funzione di “assistere il giudice nell’interpretazione e nell’applicazione” degli artt. 7, 8, 8 bis dello Statuto, fornendo una serie di indicazioni che specificano il contenuto e gli elementi dei singoli crimini elencati dallo Statuto, in dottrina v. Fronza, 2016: 64-66. Quanto al reato dell’art. 7(1)(k) dello Statuto di Roma si prevede, affinché possa integrarsi il reato del par. (k), che: “1. *The perpetrator inflicted great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health, by means of an inhumane act.* 2. *Such act was of a character similar to any other act referred to in article 7, paragraph 1, of the Statute.* 3. *The perpetrator was aware of the factual circumstances that established the character of the act.* 4. *The conduct was committed as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population.* 5. *The perpetrator knew that the conduct was part of or intended the conduct to be part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population*”. Criticamente, sull’insufficienza di tali formule a colmare il deficit intrinseco di determinatezza dell’art. 7(1)(k), *vid.*: Amati & Maculan, 2016: 383.

¹⁰ In dottrina non sono mancati sforzi, anche apprezzabili, per sostenere che la *grand corruption* possa essere punita in forza dell’art. 7(1)(k) dello Statuto di Roma: cfr. per esempio Bloom, 2014: 648-58 il quale ritiene che la *grand corruption* soddisfi i requisiti contestuali, oggettivi e soggettivi dell’art. 7(1)(k) letti alla luce degli Elementi del Crimine e del *case law* rilevante: “In sintesi, in forza dello Statuto di Roma, l’effetto cumulativo di questi standard determina la responsabilità per coloro i quali governano con l’effetto prevedibile di infliggere un danno e una sofferenza significativa alle loro popolazioni

ruzione in certi casi raggiunge il livello di gravità e la dimensione offensiva dei crimini contro l'umanità (Bloom, 2014). Inoltre, la componente riparativa di tali procedimenti penali dovrebbe mirare a "ripristinare, attraverso meccanismi civili, i fondi illegalmente appropriati ai loro legittimi destinatari, le popolazioni locali defraudate, in base al principio di autodeterminazione" (Bantekas, 2007). Tuttavia, questo approccio, pur avendo i suoi vantaggi e offrendo una risposta a livello globale, anche sul piano simbolico, per contrastare la corruzione, presenta diverse criticità.

Prima di tutto, l'inclusione suggerita della grande corruzione nella giurisdizione della Corte penale internazionale, implicherebbe una (criticabile) estensione dello Statuto di Roma, in quanto lo stesso non fornisce affatto una base normativa testuale adeguata a tale interpretazione.

In effetti, i lavori preparatori mostrano che i crimini finanziari non sono mai stati seriamente discussi e presi in considerazione durante i negoziati dello Statuto di Roma, risultando dunque estranei all'intenzione originaria dei compilatori.

Il principio di legalità, espresso nell'articolo 22(2) dello Statuto di Roma, stabilisce che: "La definizione dei crimini è interpretata tassativamente e non può essere estesa per analogia. Nel dubbio, deve essere interpretata a favore della persona che è oggetto di un'inchie-

civi. In relazione alla perpetrazione della grand corruption, si può inferire il dolo dalla relazione tra la gravità dell'atto corruttivo e la vulnerabilità della popolazione. Se una popolazione è sufficientemente impoverita o vulnerabile a contrarre malattie, per esempio, e la distrazione di fondi è sufficientemente consistente in relazione alle risorse disponibili per soddisfare i bisogni di quella popolazione, in circostanze normali quella distrazione si dimostrerebbe significativamente dannosa. Queste conseguenze apparirebbero chiaramente evidenti a funzionari di livello elevato che governano tramite modalità corruttive per un periodo di tempo esteso. Sebbene questi pubblici ufficiali possano ignorare gli specifici individui danneggiati dalla loro corruzione, le conseguenze sistematiche sarebbero evidenti" (658); Starr, 2007: 1297-1306, la quale pure invita alla cautela rispetto ai rischi di delegittimazione per un organo relativamente giovane come la CPI potenzialmente derivanti da una eccessivamente azzardata e creativa "*judicial legislation*", in assenza di base testuale chiara, 1307.

sta, di azioni giudiziarie o di una condanna”. Di conseguenza, è altamente improbabile che i casi di grande corruzione possano essere perseguiti dalla CPI.

Inoltre, il disposto “Altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all’integrità fisica o alla salute fisica o mentale” nell’articolo 7(1)(k) stabilisce che un atto, per raggiungere il livello di gravità richiesto dall’articolo, deve essere paragonabile agli atti menzionati nei sottoparagrafi da (a) a (j), che coprono, per esempio, l’omicidio, la schiavitù e la tortura. Un aspetto comune a tutti gli atti criminali elencati nei commi dalla lettera (a) alla lettera (j) —tranne (h), la persecuzione— è che si riferiscono a crimini che causano direttamente danni fisici agli esseri umani (violenza), mentre il crimine di grande corruzione è un crimine finanziario che certamente colpisce grandi gruppi di persone, anche in modo devastante, ma non necessariamente in modo fisico. Pertanto, è discutibile che la grande corruzione possa essere considerata come un atto “di carattere simile”, a meno che non sia parte di una campagna di persecuzione (ai sensi della lettera h) contro i membri di un gruppo (Benestad, 2020). Anche i sostenitori di questa proposta, come la *Global Organization of Parliamentarians Against Corruption* (GOPAC), ammettono che ci sono problemi nel qualificare la grande corruzione come crimine contro l’umanità, giacché i crimini di grande corruzione non sono necessariamente “commessi come parte di un attacco diffuso o sistematico diretto contro una popolazione civile. Mentre la grande corruzione può soddisfare il test dell’actus reus dei crimini contro l’umanità, la mens rea, il chiaro intento di distruggere alla fine una parte della popolazione civile, è tipicamente assente” (GOPAC, 2013: 6).

Traendo spunto anche dalle impostazioni teoriche sopra richiamate, che ritengono possibile in linea di principio inquadrare la *grand corruption* nell’art. 7 (1) (k), più di recente e con maggiore ricchezza di argomentazioni, necessarie per provare a superare le anzidette criticità, altra parte della dottrina (Olasolo, et al., 2023, in pubblicazione) ritiene parimenti che le condotte di *grand corruption* transnazionale, realizzate nell’ambito dell’azione di gruppi criminali organizzati e di portata sistematica-diffusa, con effetti pluri-offensivi,

possano essere perseguite dalla CPI sulla base del quadro normativo attualmente in vigore, senza dunque modificare lo Statuto di Roma.

Tale —più articolata— riflessione prende le mosse dalle molteplici insufficienze che caratterizzano, per numerose ragioni storiche e politiche, passate in dettagliata rassegna (Olasolo, *et al.*, 2023, in pubblicazione: para. 3), le definizioni normative delle condotte di corruzione nelle convenzioni internazionali (UNCAC in testa), regionali e nelle legislazioni domestiche attuative, tutte restrittive e incentrate su condotte individuali “che ruotano attorno all’abuso del potere decisionale o all’alterazione dell’essenza di un processo, a vantaggio proprio o di terzi”. Ciò determina conseguenze negative “a cascata” in punto di ricostruzione dell’interesse protetto da parte della dottrina tradizionale (tendenzialmente considerato esclusivamente di natura pubblicistica, cd. “reato senza vittima”: buon andamento della p.a., imparzialità della p.a., amministrazione della giustizia, concorrenza, ordine pubblico economico) e di riconoscimento dello status di vittima.

L’approccio definitorio normativo restrittivo, oggi consolidato nelle fonti internazionali —si osserva— preclude una efficace attività di prevenzione e repressione globale del complesso fenomeno corruttivo transnazionale, in quanto ignora e impedisce di tenere in adeguata considerazione i nessi strutturali di norma intercorrenti tra condotte corruttive, politiche statali o di organizzazioni pubbliche e/o private, mantenimento e consolidamento del potere, nonché assicurazione dei proventi di corruzione e dell’impunità, con conseguenze lesive enormi su una pluralità di beni giuridici individuali e collettivi, i cui titolari sono di norma le fasce più vulnerabili e povere delle popolazioni civili, che si vedono deprivate del godimento di diritti fondamentali (vita, salute, istruzione, welfare in generale etc.).

L’assenza dell’incorporazione di elementi contestuali oggettivi nelle fattispecie e la conseguente fallace ricostruzione dell’interesse presidiato determinano che, allo stato attuale, neanche i casi più gravi e lesivi di *grand corruption* possano essere equiparati, quanto a disvalore, ai crimini internazionali previsti nello Statuto della CPI, in particolare ai crimini contro l’umanità dell’art. 7 St. Questi ultimi, infatti se ne differenziano, perché sono posti a presidio di beni collettivi e individuali, riferiti alla comunità internazionale (pace e

sicurezza internazionale; salvaguardia di alcuni gruppi vulnerabili e della popolazione civile). Inoltre, essi presentano quasi sempre natura violenta e organizzata, nonché portata sistematica e diffusa, e sono perpetrati nei confronti di persone protette e vulnerabili. Dunque, il sistema del diritto penale internazionale si differenzia nettamente da quello in materia di contrasto alla corruzione (di cd. *governance* internazionale anticorruzione) per scopi, fonti, istituzioni che lo applicano, destinatari delle norme (i “maggiori responsabili”) (Olasolo, et al., 2023, in pubblicazione: para 4.3).

Secondo Olasolo, Sarmiento Sánchez & Galain Palermo, poste tali premesse, è dunque necessario riflettere muovendo dalla natura e dalla struttura delle organizzazioni criminali transnazionali, per provare a superare le insufficienze attuali e attribuire alla giustizia penale internazionale un ruolo funzionale al potenziamento della prevenzione e della repressione delle forme più gravi di corruzione transnazionale (Olasolo, et al., 2023, in pubblicazione: para. 5.2). Alla luce degli approdi giurisprudenziali della CPI, tali organizzazioni (p.e.: cartelli della droga messicani; *Bacrim*; Cosa Nostra; Mafia russa; Triade; *Yakuza*), che spesso sono infiltrate a livello istituzionale-governativo e incidono fortemente sulle politiche pubbliche ad ogni livello di governo, presentano i requisiti strutturali per essere ritenute “organizzazioni” sotto l’art. 7(2) (a), e possono dunque commettere crimini contro l’umanità, nel caso in cui realizzino condotte violente espressamente elencate dalla disposizione (lett. a-j) contro popolazioni civili.

Diverse, invece, le ipotesi in cui tali organizzazioni pongano in essere esclusivamente condotte corruttive transnazionali (*non* violente, di per sé stesse), ma caratterizzate da ampia estensione (generalità) e natura organizzata (sistematicità), con la partecipazione di attori pubblici, privati (specialmente aziende multinazionali) e illeciti, che assicurino profitti e impunità a chi detiene il potere, anche attraverso il controllo dei media, con conseguenze indirette di grave violazione dei diritti fondamentali di ampi settori della popolazione civile.

Con riguardo a questi casi, gli autori citati auspicano un mutamento di paradigma nell’ambito del contrasto alla *grand corruption* a livello internazionale, che concentri —diversamente da quanto fatto fino ad ora, per le ragioni sopra accennate (false premesse dogmati-

che, derivanti dalle formulazioni normative in convenzioni internazionali e legislazioni domestiche, nella ricostruzione dell'oggetto di tutela e conseguenze sul riconoscimento dello status di vittime)— la sua attenzione sui grandi attori economici (imprese multinazionali), attraverso una valorizzazione piena della fondamentale categoria del cd. danno sociale¹¹, che sarebbe in grado, insieme alla integrazione di alcune acquisizioni maturate in seno alla cd. criminologia del sottosviluppo¹², di assicurare un salto di qualità rispetto all'approccio tradizionale, dimostratosi del tutto miope sui disastrosi effetti lesivi

¹¹ Si v. ancora Olasolo, Sarmiento Sánchez, Galain Palermo, para. 5.3. In questo contesto, il danno sociale causato dalla corruzione transnazionale è legato alla violazione di “beni giuridici immediatamente o mediamente legati alle persone, alle comunità e all'ambiente”. Di conseguenza, limitare l'analisi del bene giuridico tutelato a quelli tradizionalmente protetti dai reati di corruzione (il buon funzionamento della pubblica amministrazione o dell'apparato istituzionale dello Stato nei casi di corruzione pubblica, o la libera concorrenza nel mercato o l'ordine economico nei casi di corruzione privata), significa ignorare l'impatto di altri beni giuridici anch'essi gravemente violati e che la legge deve proteggere. Di fronte a questa situazione, Böhm, 2021 propone di considerare il danno sociale come una categoria di studio, dato che “[... a causa della mancanza di interesse nel perseguire i reati e del vantaggio economico per molti di questi potenti attori (attraverso mezzi legali o illegali), sia i danni sociali che le violazioni dei diritti umani causati dalle attività imprenditoriali non sono percepiti come crimini dai mass media, dal pubblico e dalla società in generale, o anche dalle sfere governative e giudiziarie, ma come inevitabili effetti collaterali (esternalità) del progresso e dello sviluppo - che, tra l'altro, non si concretizzano mai”.

¹² Che concentra la sua analisi sui danni sociali causati da grandi progetti economici, dalle pratiche commerciali delle grandi imprese transnazionali, dalle transazioni finanziarie internazionali e dalle azioni dello Stato, per superare il classico approccio giuridico-criminale che ne limita lo studio e ne ignora i reali effetti sociali, economici, politici e culturali (che impediscono, tra l'altro, il soddisfacimento a breve, medio e lungo termine dei bisogni fondamentali, sia a livello collettivo che individuale, delle fasce più vulnerabili della popolazione) (Böhm, 2021: 244). Ciò significa anche indagare “le attività degli Stati e delle imprese che danneggiano le persone, sia in termini di mancanza di cibo sano, di alloggi o riscaldamento inadeguati, di basso reddito, di esposizione a varie forme di pericolo, di violazione dei diritti umani fondamentali e di vittimizzazione di fronte a varie forme di criminalità” (Hillyard & Tombs, 2013: 184; 17-18; Pemberton, 2007: 46).

reali della *grand corruption* nei paesi in via di sviluppo, e di conseguenza inefficace nella punizione dei soggetti che ne sono responsabili.

In questa prospettiva —si argomenta— sarebbe sostanzialmente possibile condividere l'opinione di coloro che, in letteratura, avevano già sostenuto la riconducibilità di alcune forme “estreme” di *grand corruption* tra i crimini contro l'umanità, ed in particolare nella fattispecie residuale dell'art. 7 (1)(k) “altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica alla o alla salute fisica mentale” (Bloom, 2014; Starr, 2007). Tale tesi, peraltro, potrebbe trovare un qualche supporto, a livello di giurisprudenza penale internazionale, nell'interpretazione estensiva della omologa fattispecie residuale prevista dagli statuti dei tribunali internazionali *ad hoc* (Jugoslavia e Ruanda); molto meno, invece, nella giurisprudenza della CPI, più restrittiva, in ossequio ad istanze di garanzia collegate all'art. 22 (principio di legalità), condivise anche da una parte della dottrina (Olasolo *et al.*, 2023, in pubblicazione).

Come si è visto in precedenza, a giudizio di alcuni studiosi (Bloom, 2014; Starr, 2007), sarebbero infatti integrati, oltre agli elementi contestuali dell'art. 7 Statuto, anche gli ulteriori requisiti idonei ad integrare il delitto di “altri atti inumani”. Sotto il profilo del grave danno fisico o mentale o alle grandi sofferenze nei confronti di un settore della popolazione civile, si rileva che alcune pratiche di corruzione sistematica e diffusa sono tali da cagionare danni di entità sufficiente: si pensi all'aumento della povertà, delle diseguaglianze sociali e dei tassi di violenza, alla riduzione dell'aspettativa media di vita, al deterioramento della qualità dell'istruzione, all'indebolimento dei servizi sanitari. Quanto al requisito del “carattere simile” alle altre fattispecie enumerate esplicitamente (vid. gli Elementi dei Crimini), può dirsi che le condotte di macro-corruzione transnazionale abbiano talvolta effetti sull'aspettativa di vita delle popolazioni colpite simili a quelli dei reati di omicidio e sterminio, ovvero di deportazione, sfollamento forzato e persecuzione. Talora l'oppressione di alcuni gruppi vulnerabili collegata alle pratiche corruttive può essere accostabile all'apartheid. Evidentemente, non deve trattarsi di effetti immediatamente conseguenti alle condotte di corruzione. Con riferimento all'elemento soggettivo (artt. 7(1)(k) e 30 St.), si richiede unicamente che l'autore delle condotte di *grand corruption* sistemati-

che e diffuse, le realizzi con consapevolezza o volontà che l'impatto negativo sulle vittime si verificherà nel corso ordinario degli eventi (dolo diretto), senza che sia necessaria l'intenzione di volere cagionare uno specifico evento lesivo.

Tali argomentazioni —come si è visto— non sono condivise da altra dottrina, che le ritiene indebitamente estensive, in quanto le condotte corruttive ledono interessi giuridici diversi da quelli presidiati dagli illeciti di cui all'art. 7 Statuto, e radicalmente inconciliabili con il principio di legalità penale internazionale¹³.

A giudizio di Olasolo, Sarmiento Sánchez & Galain Palermo (2023) esse necessitano pertanto di essere integrate e rafforzate attraverso una rivisitazione della teoria della causalità empirica, ed in particolare della teoria condizionalistica basata sulla equivalenza delle cause, oggi comunemente adottata nel *case law* della CPI e degli altri tribunali penali internazionali. Si muove dal presupposto che, come emerge anche da alcune decisioni della CtIDU, le condotte di macro-corrruzione perpetrate dalla criminalità organizzata infiltrata in organizzazioni statali o territoriali causano direttamente una serie di fenomeni intermedi, a detrimento delle fasce più vulnerabili della popolazione civile, che poi possono risultare in condotte rilevanti ai sensi dell'art. 7(1)(k), a condizione che le condotte corruttive siano commesse in attuazione di una politica di entità statali o territoriali o di una organizzazione, e che i soggetti agenti siano consapevoli

¹³ In questo senso si v. Doukellis, 2016, secondo cui considerare le pratiche di corruzione sistematiche o diffuse come crimini contro l'umanità violerebbe i principi del *nullum crimen sine lege* e del *nulla poena sine lege*, perché non esiste alcuna norma giuridica nel DIP in generale, o nello Statuto di Roma in particolare, che le configuri espressamente come tali, e cercare di includere queste pratiche in una qualsiasi delle fattispecie penali incluse nell'articolo 7(1) significherebbe estendere la sua interpretazione, in contrasto con la volontà dei redattori dello Statuto di Roma e con l'obbligo, previsto dall'art. 22, di interpretare "tassativamente" le fattispecie, di evitarne l'estensione per analogia e di adottare, in caso di ambiguità, l'interpretazione più favorevole alla persona sottoposta a indagine, azione penale o condanna. L'assenza di giurisprudenza della CPI, o di qualsiasi altro tribunale *ad hoc* o corte ibrida, che ammetta tale soluzione ermeneutica, per Doukellis, costituisce un ulteriore argomento a sostegno della sua posizione

che, nel corso ordinario degli eventi, contribuiranno a causare eventi lesivi contro le componenti più vulnerabili della popolazione civile.

L'ostacolo che occorre superare risiede allora nel fatto che la giurisprudenza penale internazionale adotta un approccio rigidamente empirico, in specie condizionalistico, alla causalità, che impedisce normalmente di individuare un nesso diretto tra condotte di macro-corruzione ed eventi "finali" offensivi dei diritti fondamentali della popolazione civile, essendo questi ultimi eccessivamente remoti nel tempo e distanti nello spazio, rispetto alla condotta, e sovente direttamente collegati a cause materiali sopravvenute diverse, da sole sufficienti a determinarli. Si propone allora, valorizzando orientamenti diffusi e radicati, soprattutto nella letteratura tedesca e sudamericana, di modificare tale modello di causalità, ritenendo necessario, per pervenire ad un giudizio di responsabilità per condotte di *grand corruption*, applicare teorie normative della causalità, e segnatamente la nota teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento. La rivisitazione del paradigma della causalità oggi unanimemente applicato nella giurisprudenza penale internazionale —si ritiene— consentirebbe di imputare ai soggetti che rivestono ruoli di potere grazie alla corruzione perpetrata sistematicamente anche gli eventi lesivi finali, assimilabili quanto a disvalore a quelli puniti dall'art. 7 St., sebbene spesso lontani nel tempo e nello spazio, attraverso l'attribuzione ai soggetti agenti di un aumento non consentito del rischio di verificazione degli stessi, ovviamente supportato ab initio dal necessario elemento soggettivo doloso (accettazione del probabile rischio di verificazione degli eventi lesivi finali in conseguenza delle condotte corruttive sistematiche/diffuse).

Soltanto con questo mutamento —per vero radicale, in chiave estensiva del giudizio di responsabilità— si potrebbe rimediare alle gravi insufficienze della teoria condizionalistica oggi dominante nel *case law* penale internazionale.

Ad avviso di Olasolo, Sarmiento Sánchez & Galain Palermo (2023, in pubblicazione) deve inoltre riconoscersi la urgente necessità de lege ferenda sia di riscrivere le definizioni delle fattispecie corruttive, includendo elementi contestuali oggettivi mutuati dall'art. 7 Statuto, nelle convenzioni internazionali e regionali, sia di includere la *grand*

corruption transnazionale collegata alla criminalità organizzata tra i crimini contro l'umanità dello Statuto di Roma.

Al contempo, tuttavia, esiste, *rebus sic stantibus*, la possibilità di applicare l'art. 7(1)(k) a talune estreme condotte di macro-corruzione, poste in essere da leader o alti funzionari governativi, che, attraverso varie forme di "cattura dello stato" (totale o parziale) nelle cd. cleptocrazie —realizzate grazie all'azione di organizzazioni criminose infiltrate nelle istituzioni, che si servono anche di attività d'impresa lecite— provocano conseguenze devastanti sulla comunità umana, deprivando i gruppi vulnerabili della popolazione civile del godimento dei diritti fondamentali, e, talvolta, finanche della vita.

In definitiva, attraverso la suggerita valorizzazione della categoria del cd. danno sociale nell'analisi dei reati di macro-corruzione transnazionale, per superare le gravi insufficienze attuali, e l'adozione della teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento nelle prassi applicative dei tribunali penali internazionali in funzione ampliativa della punibilità, sarebbe possibile perseguire e punire gli autori di *grand corruption* transnazionale. Ciò —si conclude— sarebbe pienamente coerente con lo scopo della CPI, cioè identificare, perseguire, processare e punire quei leader ("maggiori responsabili") che utilizzano strutture di potere per pianificare, istigare, ordinare, facilitare e commettere crimini contro l'umanità.

Infine, alcuni degli studiosi che sostengono un'espansione della giurisdizione della CPI alla *grand corruption*, diversamente dai due approcci sopra esaminati, non la qualificano realmente come "crimine contro l'umanità" e più specificamente come "altri atti inumani". Piuttosto, ritengono che la definizione di ciò che è un attacco "esteso o sistematico" (Cassese, 2008: 98; Amati & Maculan, 2016: 361-362; Mancini, 2007: 196-202), così come i tipi di atti enumerati imputabili ai sensi dell'articolo 7, e l'esistenza di una "politica statale o organizzativa, richiesta dallo Statuto di Roma, possono essere tutti facilitati o ampliati adottando questo approccio"¹⁴ (Roht-Arriaza & Martinez, 2019: 10), consentendo alla Corte di intervenire con maggiore effica-

¹⁴ ..."a 'state or organizational policy' required by the Rome Statute, are all facilitated or broadened by taking this approach" (tr. degli autori)

cia in determinati casi in cui si contesti la violazione dell'art. 7 Statuto di Roma (il *case-study* specifico è quello del Venezuela) attraverso un approccio interpretativo che incorpori una “*corruption lens*” (*Idem*).

In altri termini, si tratta di una proposta generale di “chiave interpretativa” imperniata sulla corruzione, funzionale ad incrementare l'efficacia delle indagini e dei procedimenti dinanzi alla CPI per violazioni dell'art. 7 (1)(k).

Come noto, i crimini contro l'umanità devono essere estesi, cioè “massivi, frequenti, eseguiti con una notevole gravità e diretti contro una molteplicità di vittime” (CPI, 2016; Amati & Maculan, 2016), non la mera somma di atti spontanei (CPI, 2011); o sistematici, intesi “o come un piano organizzato a favore di una politica comune, che segue uno schema regolare e si traduce in una commissione continuativa di atti, ovvero come ‘schemi di crimini’ tali che i crimini costituiscono una ‘ripetizione non accidentale di una simile condotta criminale su base regolare’” (CPI, 2008).

Per quanto riguarda il caso del Venezuela —ma il discorso può essere esteso a molti altri stati nei quali ricorrono condizioni simili (le cd. cleptocrazie)— si è sostenuto che la corruzione non soltanto esacerba i crimini, ma fornisce anche un motivo per la loro commissione e ne causa la conseguente impunità. Ciò è dovuto al fatto che:

[...] il regime non prende soltanto di mira i ribelli e i dissidenti, ma intimidisce e attacca anche i funzionari di polizia, i procuratori e i giudici incaricati di lavorare sui grandi scandali di corruzione, e anche coloro che potrebbero possedere importanti conoscenze e diventare informatori (Roht-Arriaza, 2019)¹⁵.

Come è normale e fisiologico nelle cd. cleptocrazie, la mancanza o il malfunzionamento dei sistemi di *law enforcement* e di *accountability* è un problema sistematico: essi non funzionano perché non gli è permesso, consentendo così il saccheggio delle finanze statali nella

¹⁵ ... irected towards dissidents and opponents, but also to intimidating and, if necessary, attacking the low and middle-rank officials in charge of the investigation, prosecution and judgment of major corruption scandals, and to those who might have inside knowledge and become whistleblowers (tr. degli autori).

totale impunità. La paura generata da queste pratiche e il clima di impunità che deriva dal controllo degli affari lucrativi attraverso la corruzione portano ad una insoddisfazione generale e ad una accentuata sfiducia verso il sistema giustizia.

Pertanto, la grande corruzione acquisisce spesso una dimensione diffusa e sistemica, e ciò rende opportuno e desiderabile —secondo questa dottrina— utilizzare una prospettiva d’analisi interpretativa basata sulle caratteristiche strutturali della corruzione per valutare, nelle diverse fasi procedimentali, le presunte violazioni dell’articolo 7 (1)(k). Come illustrano in conclusione gli autori di tale proposta:

Pur essendo consapevoli delle difficoltà, crediamo che alla fine la lentezza della corruzione, come l’abbiamo applicata in questo caso, aiuterà a rafforzare e meglio focalizzare il lavoro della Corte in casi come quello del Venezuela, dove la corruzione sistemica gioca un ruolo esplicativo fondamentale. Tale approccio permette una portata applicativa più ampia quando si giudicano le violazioni dei diritti umani e le atrocità, tirando la corda probatoria fino al punto di comprenderne appieno le cause e ripensare i modi per affrontarle. Esso ha potere narrativo, ed espone i discorsi ideologici sia di destra che di sinistra per quello che sono, ossia semplice retorica, cambiando così il contesto nazionale e internazionale in cui la Corte dovrà cercare sostegno e potenzialmente creare nuove alleanze (Roht-Arriaza, 2019)¹⁶.

Ripercorsi dunque sinteticamente alcuni dei principali approcci sviluppati in letteratura con riferimento alla possibilità di perseguire e punire pratiche di *grand corruption* sulla base dello Statuto vigente della CPI, possiamo svolgere alcune considerazioni conclusive.

Se la via ermeneutica, *de lege lata*, risulta —come si è visto— estremamente problematica, e pare doversi escludere soprattutto in ra-

¹⁶ “While we are cognizant of the difficulties, we believe that in the end a corruption lens, as we have applied it here, will help strengthen and focus the Court’s work in cases like Venezuela, where systemic corruption plays a key explanatory role. It allows for a broader scope when denouncing and judging human rights violations and atrocities, pulling the evidentiary string to the point of fully understanding its causes and rethinking ways to address them. It has narrative power, and exposes ideological discourses of both left and right as simple rhetoric, thus changing the national and international context in which the Court will have to seek support and potentially creating new alliances” (tr. degli autori).

gione di istanze di garanzia connaturate al rispetto del principio di legalità, parimenti critica sembra la possibilità di aggiungere il reato di *grand corruption* —definito, per altro non senza difficoltà, tramite il rinvio all'UNCAC o ad altri fonti internazionali, che richiederebbero necessariamente incisive modifiche— allo Statuto di Roma attraverso un emendamento¹⁷. Come noto, si tratta di una procedura assai lunga e complicata, disciplinata dagli artt. 121 e 122 dello Statuto di Roma, che —a fortiori nell'attuale congiuntura, di forte crisi, frammentazione e conflittualità dell'ordine internazionale— ben difficilmente potrebbe essere supportata dalla volontà politica di un numero sufficiente di stati parte. Pure ipotizzando che ciò avvenga, rimarrebbero ulteriori difficoltà significative: anche qualora si reinterpretasse l'art. 7 (1)(k) in modo tale da includervi le più gravi forme di corruzione, ovvero si introducesse un emendamento, con la struttura e l'operatività attuale della CPI sarebbe molto difficile per i procuratori trattare prioritariamente casi di corruzione, in luogo, ad esempio, di condotte di genocidio o di gravi crimini di guerra.

In conclusione, sulla scorta di tutte le considerazioni sopra svolte, può allora ritenersi, da una parte, che sia estremamente problematico, in quanto inconciliabile con il principio di legalità penale internazionale, applicare in via estensiva la normativa esistente, ed in particolare l'art. 7 (1)(k), allo scopo di reprimere fatti criminosi —per quanto gravissimi— di *grand corruption* transnazionale connessa alla criminalità organizzata; dall'altro, che lo strumento più appropriato al fine di includere tale delitto nella giurisdizione penale internazionale, ossia un emendamento dello Statuto, risulti allo stato attuale assolutamente improbabile, viste le condizioni politiche contingenti e (verosimilmente) prossime future.

Dunque, sotto questo profilo, osserviamo conclusivamente che l'opzione alternativa di istituire un Tribunale internazionale anti-

¹⁷ Come si è sostenuto, cfr. Benestad, 2020: 2, secondo cui “affinché la *grand corruption* sia considerata come un crimine internazionale in forza del diritto penale internazionale, occorrerebbe che essa sia definita adeguatamente tramite la negoziazione di una nuova convenzione, o attraverso un emendamento o un protocollo addizionale ad una convenzione esistente”; conf. v. Starr, 2007: 1297.

corruzione competente *ratione materiae* ed operante sulla base del principio di complementarità pare mostrarsi tutto sommato da preferire in termini di benefici aggiuntivi nel contrasto del fenomeno globale, anche perché sancirebbe senza ambiguità né forzature la intollerabilità del fenomeno per la comunità internazionale.

5.2. I meccanismi giurisdizionali a livello regionale

In ambito regionale ci si è pure interrogati sulla possibilità di istituire meccanismi appositi per la repressione del crimine di corruzione. Due iniziative in particolare meritano una di essere menzionate. Per un verso, nel continente africano, il Protocollo di Malabo, che presenta una serie di emendamenti allo Statuto della Corte Africana di Giustizia e dei Diritti Umani, propone l'istituzione di una sezione penale in seno alla Corte stessa con competenza *ratione materiae* estesa, tra l'altro, anche al crimine di corruzione (v. Tamayo & Prieto-Ríos, 2021: 731; Hatchard, 2019: 477). Per altro verso, in ambito latinoamericano, la società civile —su iniziativa dell'organizzazione argentina *Democracia Global*— ha proposto l'istituzione di una *Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Transnacional Organizado* (COPLA), con giurisdizione ricomprensiva il crimine di corruzione (*vid.*: Currie & Leon, 2019; Sillitti & López Velásquez, 2021: 759).

Per quanto riguarda la Corte Africana, l'articolo 14 del Protocollo di Malabo introduce nello Statuto della Corte l'articolo 28I, che definisce la corruzione per mezzo di un elenco di condotte che assumono rilevanza laddove raggiungano una determinata soglia di gravità, vale a dire se “sono di seria natura tale da mettere a repentaglio la stabilità dello stato, della regione o dell'Unione”¹⁸. Quanto al progetto COPLA, occorre notare che la bozza di Statuto non definisce specificamente i crimini di competenza della Corte, ma ricomprende in particolare la corruzione transnazionale e il riciclaggio¹⁹. Tanto la

¹⁸ Articolo 28I, Protocollo per la modifica del Protocollo sullo Statuto della Corte Africana di Giustizia e Diritti Umani (tr. degli autori).

¹⁹ Articolo 5, bozza dello Statuto della Corte Penale Latinoamericana e dei Caraibi.

sezione penale della Corte Africana come la COPLA opererebbero conformemente al principio di complementarietà, vale a dire laddove le autorità statali non volessero o dovessero dimostrarsi incapaci a perseguire penalmente i presunti autori dei reati ricompresi nella giurisdizione delle due istituzioni²⁰.

A fronte di tali iniziative, dunque, ci si domanda se l'istituzione di una IACC recherebbe un valore aggiunto rispetto alla regionalizzazione delle iniziative volte al contrasto e alla repressione della corruzione.

In primo luogo, occorre affrontare il problema della definizione del crimine di corruzione. Come noto, il Protocollo di Malabo e la bozza di Statuto della COPLA adottano soluzioni diverse quanto alla definizione del crimine di corruzione. Se il primo ricorre a un catalogo di condotte penalmente rilevanti definite in maniera specifica nel testo dell'art. 28I, il secondo sembra rimandare la definizione precisa del crimine ad un secondo momento, per esempio per mezzo dell'introduzione di un documento paragonabile agli Elementi dei Crimini come per la CPI, o rifacendosi alle definizioni adottate dai singoli stati o comunque estrapolate dalle convenzioni internazionali rilevanti (Currie & Leon, 2019: 599-601). Questi due modelli rivelano approcci distinti: il primo forse più legato al paradigma del diritto penale internazionale, vale a dire alla definizione del crimine a partire dal diritto internazionale; per contro, il secondo sembra rifarsi al paradigma del diritto penale transnazionale, privilegiando una soluzione che rispetti la sovranità nazionale, pur riconoscendo che ad una definizione più precisa si dovrà comunque addivenire affinché la Corte possa diventare operativa (*Idem*). Tale diversità di approcci evidenzia un primo problema legato alla regionalizzazione del contrasto e della repressione del crimine di corruzione, che assume an-

²⁰ Per quanto riguarda la Corte Africana, vedasi l'articolo 46H(1) del Protocollo di Malabo che così recita: "the jurisdiction of the Court shall be complementary to that of the national courts, and to that of regional economic communities where specifically provided for by the Communities"; quanto all'iniziativa COPLA, vedasi l'articolo 1 della bozza di Statuto, secondo il quale "La Corte será una institución permanente, tendrá carácter complementario de los sistemas penales nacionales".

cor più rilevanza laddove si consideri la dimensione transnazionale, se non addirittura globale, del fenomeno corruttivo su larga scala. Ci si riferisce qui al problema della frammentazione della definizione del crimine di corruzione²¹. L'istituzione di una corte penale internazionale anticorruzione, dunque, presenta il vantaggio di consentire un approccio definitorio unitario con conseguenze pratiche di non poco conto dato che, supponendo una larga adesione ad un futuro statuto da parte degli stati, tale definizione avrebbe, per un verso, applicazione virtualmente globale e, per altro verso, potrebbe dare origine ad un processo di armonizzazione dei sistemi penali nazionali. Cionondimeno, si potrebbe controbattere a questo argomento che il fenomeno corruttivo, ma più in generale il crimine organizzato transnazionale, si manifesta in forme e con entità diverse in diverse regioni del mondo. È stato fatto notare, per esempio, che il continente latino-americano si caratterizza per preoccupanti indici di violenza legata al crimine organizzato transnazionale (Sillitti & López Velásquez, 2021: 760-762), e che il continente africano presenta indici di corruzione elevatissimi (Hatchard, 2019: 477). La regionalizzazione delle iniziative di contrasto e repressione al crimine organizzato transnazionale e, in particolare, alla corruzione, dunque, potrebbe consentire di adattare la risposta sovranazionale alle specifiche circostanze di contesto. Peraltro, ciò consentirebbe di ridurre la distanza, tanto geografica quanto culturale e simbolica, tra l'istituzione deputata a reprimere il fenomeno corruttivo e la popolazione locale.

In secondo luogo, occorre rilevare che una corte penale internazionale anticorruzione caratterizzata da una *membership* elevata — si pensi, per esempio, allo Statuto di Roma — avrebbe il vantaggio di restringere le maglie attraverso le quali i cleptocrati potrebbero garantirsi l'impunità. A fronte, per esempio, di un mandato di arresto spiccato da una corte internazionale, il presunto responsabile avrebbe molte meno possibilità (nominali) di sfuggire alla giustizia, dovendo

²¹ Con riguardo al tema della frammentazione del diritto internazionale più in generale, si veda il rapporto della Commissione di Diritto Internazionale, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalised by Martti Koskenniemi (13 Aprile 2006) UN Doc A/CN.4/L.682.

tutti gli stati parte cooperare con la Corte. Peraltro, una giurisdizione *ratione loci* estesa ad un gran numero di stati, e dunque non ristretta ad una regione specifica del mondo, faciliterebbe il tracciamento di capitali, riducendo le possibilità per i cleptocrati di occultarli in giurisdizioni straniere.

Dal punto di vista operativo, poi, è facile immaginare che un approccio centralizzato porrebbe non pochi ostacoli al contrasto del fenomeno corruttivo in termini di selettività. Un'istituzione disegnata secondo il modello della CPI dovrebbe necessariamente limitarsi a indagare ed eventualmente perseguire solamente individui in posizione di leadership e solamente dove il crimine raggiunga una soglia di gravità minima. Un approccio regionale, d'altra parte, consentirebbe forse di rilassare i criteri per la selezione dei casi. Cionondimeno, è stato fatto notare come l'attuale formulazione del criterio selettivo nel protocollo di Malabo, che pare richiamare la nozione di gravità (le condotte perseguibili devono essere "di seria natura tale da mettere a repentaglio la stabilità dello stato, della regione o dell'Unione"), renda molto escluda potenzialmente un gran numero di casi, rendendo pertanto l'attivazione della giurisdizione della Corte difficoltosa (*Ibid.*: 492-494). Al tempo stesso, l'operatività dei meccanismi regionali è messa in seria discussione dal limitato afflusso di fondi al fine di finanziarne le operazioni da parte degli stati. Per contro, l'istituzione di una corte internazionale potrebbe porre rimediare almeno in parte a questo problema diversificando la base di finanziatori statali.

Come si è visto, tanto l'approccio internazionale quanto quello regionale presentano vantaggi e svantaggi. Tuttavia, fermo che entrambi i meccanismi si limiterebbero comunque a perseguire condotte corruttive su larga scala, l'istituzione di una corte penale internazionale anticorruzione ci sembra forse uno strumento più adeguato, a patto che un suo ipotetico statuto sia capace di attrarre una *membership* estesa che consenta alla corte di ridurre i margini di impunità per i cleptocrati e generare un effetto armonizzante delle legislazioni nazionali quanto più esteso possibile.

5.3. I tribunali misti

Una ulteriore opzione sul tavolo nel dibattito in corso è costituita dalla ipotesi di istituire tribunali internazionali penali cd. misti, limitandone la giurisdizione a livello territoriale²², in seguito al disvelamento di massive condotte di *grand corruption* realizzate da alti funzionari di governo che hanno cagionato macroscopiche e diffuse violazioni dei diritti umani.

Come noto, il bilancio complessivo dell'attività dei tribunali internazionali cd. ibridi o misti —“categoria” di per sé molto discussa ed eterogenea al suo interno— in prospettiva storica, è piuttosto sfaccettato e insuscettibile di essere valutato univocamente in termini positivi o negativi, e non è questa certamente la sede per svolgere un esaustivo approfondimento al riguardo²³.

Possono nondimeno svilupparsi alcune cursorie considerazioni, muovendo dalle caratteristiche strutturali delle condotte tipiche di *grand corruption*, al fine di sostenere come —almeno ad avviso degli scriventi— l'istituzione dell'IACC si mostri in principio, quanto meno in linea astratta, più adeguata, rispetto ad ipotetici tribunali misti, allo specifico scopo di interrompere l'attuale, intollerabile “circolo vizioso” di impunità ed assicurare i molti cleptocrati del mondo alla giustizia.

Ciò per almeno due ragioni fondamentali.

Anzitutto, come più volte ribadito, i fatti di *grand corruption* transnazionale connessi alla criminalità organizzata sono di norma (se

²² Dell (2020), che tra le varie opzioni sul tavolo si riferisce, in alternativa, a: “A *framework for ad hoc international anti-corruption courts, focused on one country. This could follow the models of the international criminal tribunals for atrocities in Rwanda, Yugoslavia, Sierra Leone and Cambodia*”, ovvero a: “A *framework for ad hoc international prosecution or investigative functions, focused on one country. A salient example is the International Commission against Impunity in Guatemala (CICIG) set up by the United Nations in 2006*”.

²³ Si v. ad es., senza pretesa di esaustività, sulla controversa ed eterogenea categoria: Costi, Fronza, 2016: 10-13; Cassese, 2008: 330-335; Bennetch, Sellers & McGuire, 2015; Cimiotta, 2009; Della Morte, 2014; Nouwen, 2006; Serra, 2007.

non esclusivamente) caratterizzati da una dimensione transfrontaliera, che accompagna con regolarità non soltanto la corruzione, ma anche gli ulteriori, molteplici e diversi reati susseguenti, attinenti al profitto della corruzione (si pensi, esemplificativamente, al riciclaggio, nonché ai complessi e artificiosi schermi societari attraverso cui vengono trasferite le somme provento di reato in realtà territoriali, come i cd. paradisi fiscali, dove vigono discipline bancarie o tributarie di particolare favore, paesi con le cui autorità è particolarmente difficoltoso ottenere l'esecuzione di provvedimenti di sequestro e confisca in sede di collaborazione di polizia e giudiziaria).

La ontologica complessità strutturale del fenomeno —plasticamente manifestata da alcuni casi recentemente saliti agli onori della cronaca (si pensi ad. es. al Caso Odebrecht) (Fronza & Insolera, 2021)—, unitamente alla sua natura inevitabilmente globale (consentanea, cioè, alla natura “interconnessa” dell’odierna economia globalizzata), impone, affinché il contrasto e la repressione possano avere una minima efficacia, che l’istituzione incaricata delle indagini e dei successivi procedimenti abbia carattere autenticamente globale, sia cioè formata dal numero più elevato possibile di paesi, che dovrebbero in maniera coordinata fornire personale altamente qualificato/specializzato ed esperto nelle —tecnicamente assai complicate e profondamente diverse, sotto questo profilo, da quelle tradizionalmente svolte sui crimini di guerra, crimini contro l’umanità, crimini di guerra e crimini di aggressione— indagini e nell’accertamento delle pratiche corruttive.

Se è vero che il profilo della competenza ed expertise specifica in materia potrebbe essere garantito anche selezionando personale misto (nazionale ed internazionale) per un tribunale ibrido, la dimensione necessariamente locale di tale organo lo condannerebbe, alla luce della rimarcata dimensione e natura dei fatti illeciti perseguiti, ad una sostanziale inefficacia, o comunque ad una efficacia di gran lunga inferiore.

In secondo luogo, ma non di minore importanza, la preferibilità di un organo internazionale permanente come la IACC oggetto di proposta, rispetto ad un tribunale ibrido o misto, si lascia apprezzare dalla prospettiva di un necessario mutamento, o meglio dire “salto di qualità”, al quale è da tempo chiamata la giustizia penale internazio-

nale nel suo insieme. Come è stato da più parti rilevato (Starr, 2007), sarebbe auspicabile che il sistema del diritto penale internazionale, nato storicamente e sviluppatosi in strettissima connessione con il diritto umanitario dei conflitti armati e quale reazione della comunità internazionale alle più gravi tragedie e atrocità della storia dell'umanità nel XX secolo, e comunque, anche successivamente, sempre in risposta ad esperienze di conflitto bellico o di massive e sistematiche violazioni dei diritti fondamentali perpetrate nell'ambito di regimi autoritari o comunque antidemocratici e illiberali, sia capace di rivisitare, almeno parzialmente, il proprio paradigma strutturale, emancipandosi dalla esclusiva logica "straordinaria" di *post conflict justice*.

Il fenomeno della *grand corruption*, invero —pur potendo provocare certamente, a determinate condizioni, gravissime violazioni dei diritti umani su larga scala— sembra appartenere più alla fisiologia delle attuali *governance* nazionali di determinati stati, nonché delle relazioni politiche internazionali e di scambio commerciale tra società multinazionali (Giannini & Caroli in questo volume), che non ad una fase patologica di mutamento istituzionale contraddistinto da instabilità o di cambio di regime autoritarismo-democrazia accompagnato dalla violenza di stato, e, nei casi più gravi, dalla guerra.

Ciò non esclude, ovviamente, che in taluni casi *grand corruption* e "conflitto" o "crisi" lato sensu intese coesistano simultaneamente, ma ciò non costituisce la regola nell'odierno teatro globale (Bloom, 2014: 668-671).

Pertanto, delineati i tratti del fenomeno criminoso di cui si discute, si possono toccare con mano i potenziali (consistenti) vantaggi che una istituzione giudiziaria internazionale *permanente*, con giurisdizione non limitata sul piano territoriale e cronologico, porterebbe con sé, in confronto a possibili soluzioni alternative che prevedano la creazione di tribunali ibridi o misti *post factum*²⁴.

²⁴ Occorre ribadire infatti che, diversamente dall'CPI e dagli altri Tribunali internazionali regionali, che di norma sono stati istituiti dopo i fatti oggetto di accertamento, quando c'è stato un cambio di governo e di conseguenza la volontà politica e la necessaria collaborazione per svolgere le indagini, la maggior parte delle condotte di *Grand corruption* riguarderebbe leader attualmente al potere e ancora in grado di controllare il sistema politico-

Si pensi, in particolare —ed è solo un esempio— alle maggiori capacità operative e di prestazione dell'Ufficio di Procura e degli organi investigativi ed inquirenti specializzati dell'ipotizzata IACC, anche e soprattutto sul piano della cooperazione investigativa e giudiziale, per svolgere indagini e accertare fatti strutturalmente complessi, articolati in più segmenti e pressoché sempre frutto dei contributi di più attori realizzatosi in tutto o in parte in diversi territori nazionali (funzionari di governo, imprenditori, intermediari etc.), come le condotte di *grand corruption*²⁵.

giudiziario interno, facendo in modo che le richieste di cooperazione siano dunque ostacolate o comunque rimangono inevase

²⁵ Si prenda ad esempio, paradigmaticamente, gli affari ottenuti dalla cd. *Odebrecht foreign bribery machine* brasiliana, attraverso il contributo di molteplici autori, nei vari paesi esteri: in Angola, nel periodo 2006-2013, allo scopo di assicurarsi l'assegnazione di contratti per la realizzazione di opere pubbliche, *Odebrecht* ha versato la somma di 50 milioni di dollari in tangenti, conseguendo un profitto netto di 261,7 milioni di dollari; in Argentina, nel periodo 2007-2014, allo scopo di assicurarsi l'assegnazione di contratti per la realizzazione di opere pubbliche, *Odebrecht* ha versato la somma di 35 milioni di dollari in tangenti, conseguendo un profitto netto di 278 milioni di dollari; in Colombia, nel periodo 2009-2014, allo scopo di assicurarsi l'assegnazione di contratti per la realizzazione di opere pubbliche, *Odebrecht* ha versato la somma di 11 milioni di dollari in tangenti, conseguendo un profitto netto di 50 milioni di dollari; nella Repubblica Dominicana, tra il 2001 ed il 2014, sempre allo stesso fine, sono stati corrisposti 92 milioni di dollari, per un profitto netto di 163 milioni di dollari; in Ecuador, tra il 2007 ed il 2016, al fine risolvere alcune problematiche insorte nell'ambito di un contratto di costruzione, sono state versate tangenti per 33.5 milioni di dollari, ottenendo un profitto netto 116 milioni; in Guatemala, nel periodo 2013-2015, allo scopo di assicurarsi l'assegnazione di contratti per la realizzazione di opere pubbliche, *Odebrecht* ha versato la somma di 18 milioni di dollari, ottenendo un profitto di 34 milioni di dollari; in Messico, tra il 2010 e il 2014, allo stesso scopo, sono stati pagati 10.5 milioni, per un profitto di 39 milioni; in Mozambico, nel periodo 2011-2014, per ottenere condizioni favorevoli in un contratto di costruzione stipulato con il governo, sono state versate tangenti per 900.000,00 dollari (profitto non noto); a Panama, tra il 2010 e il 2014, al fine di ottenere l'assegnazione di contratti per la realizzazione di opere pubbliche, sono stati versati 59 milioni di dollari, guadagnando un profitto di 175 milioni; in Perù, tra il 2005 ed il 2014, allo stesso scopo, sono state versate tangenti per 29 milioni di dollari, ottenendo un profitto di 143 milioni di dollari; in Venezuela, infine, nel pe-

Orbene, va precisato che anche in certe ipotesi di *grand corruption* potrebbero sussistere alcune delle ragioni che hanno tradizionalmente accompagnato e favorito nel passato le procedure di istituzione dei tribunali ibridi. Ci si riferisce, ad esempio, all'esigenza di una inclusione partecipativa nel processo giurisdizionale dei cittadini vittimizzati²⁶ — i cui diritti sono stati talvolta trascurati da organi giudiziari troppo “distanti” dal locus commissi delicti, come le corti ad hoc o la stessa CPI— tale da garantire la vicinanza e la responsabilizzazione delle istituzioni locali; ovvero, ancora, alla necessità di rispettare maggiormente la cultura del luogo e la sovranità statale, pur senza privarsi di un apporto internazionale.

Occorre peraltro aggiungere che l'ipotizzata istituzione di tribunali ibridi o misti per giudicare fatti di *grand corruption* potrebbe beneficiare significativamente della consistente esperienza accumulata negli ultimi decenni da numerosi tribunali nazionali anticorruzione specializzati *ratione materiae* — oggetto di importanti indagini comparatistiche (Stephenson, 2016; Schutte, 2016)— nonché, sul piano del diritto internazionale, mutuare elementi strutturali da interessanti e proficue esperienze, come, ad esempio, quella della CICIG, organo internazionale stabilito da un trattato bilaterale tra l'ONU e il governo guatemalteco (2005), competente a svolgere indagini proprio su condotte di corruzione e crimine organizzato, perseguite poi da procuratori e corti domestiche²⁷.

riodo 2006-2015, sempre per lo stesso fine, sono stati corrisposti 98 milioni di dollari in tangenti (profitto non noto). I dati sono tratti da Information, (1) Plea Agreement, *United States v. Odebrecht S.A.*, para. 44-71.

²⁶ Su questi aspetti, interessanti le considerazioni di Roht-Arriaza, N. nel seminario *Empowering Victims of Grand Corruption: an Emerging Trend* svolto presso l'Università di Bologna nell'ambito dei corsi di International and European Criminal Law e di Diritto penale comparato in data 3 marzo 2022.

²⁷ L'operato della CICIG dovrebbe essere preso in attenta considerazione nella valutazione sull'istituzione dell'IACC o di corti ibride anticorruzione. La ragione per la quale fu creata tale Commissione nel 2006, sotto l'egida dell'ONU, come noto, consisteva nel fatto che le autorità investigative e giudiziarie locali non erano affatto in grado di agire efficacemente nel contrasto alla corruzione ed al crimine violento, per le interferenze e finanche il controllo governativo. Il Guatemala era uno dei paesi più corrotti al mondo, come rilevava Human Rights Watch nel 2011: “Le deboli e corrotte

istituzioni di law enforcement guatemalteche si sono dimostrate incapaci di contenere i potenti gruppi di crimine organizzato e le gang criminali che contribuiscono a determinare uno dei più alti tassi di criminalità violenta nelle Americhe. L'impunità resta la norma". L'accordo con l'ONU istituì la Commissione, composta da staff "misto" locale e internazionale, dotandola di poteri meramente investigativi, con l'azione penale affidata a procuratori locali. Per assicurare l'effettivo funzionamento della Commissione, nell'accordo veniva previsto che "Il Governo del Guatemala deve fornire alla CICIG tutta l'assistenza necessaria per svolgere le sue funzioni e attività ... e deve assicurare, in particolare, che i suoi membri godano di: a) libertà di movimento senza restrizioni nel territorio guatemalteco; b) libertà di accesso senza restrizione a tutti gli uffici statali ... senza avviso preventivo ...; c) libertà di incontrare e interrogare ogni individuo ... la cui testimonianza sia ritenuta necessaria per lo svolgimento del suo mandato; d) libero accesso a informazioni e materiale documentale che ha rilevanza nelle sue investigazioni ... che sia di natura civile o militare". Inoltre, al fine di garantire indipendenza e protezione da interferenze, il governo guatemalteco si impegnavano ad assicurare, nell'ambito dell'accordo, la sicurezza e l'immunità dei membri della CICIG. Nonostante la mancanza di poteri coercitivi per ottenere la collaborazione delle autorità nazionali nell'esercizio dell'azione penale e di poteri sanzionatori, la CICIG ha ottenuto buoni risultati, portando all'incriminazione e alla condanna di diversi individui che avevano rivestito funzioni governative ai livelli più elevati. Come si è rilevato (cfr. ad esempio Yeh, 2012) attraverso l'intervento dell'ONU volto a coadiuvare istituzioni interne che non godevano della necessaria indipendenza, la Commissione è stata allora in grado di superare, almeno parzialmente, le condizioni che sono ricorrenti in molti paesi in via di sviluppo e cleptocrazie, dove organizzazioni criminali e pubblici ufficiali al potere operano nell'impunità controllando il potere requirente e giudiziario. Ciò è stato possibile anche grazie alla definizione nel trattato bilaterale del crimine di "intrinsic alla giustizia" ed alla previsione della pubblicazione sul sito di *Transparency International* dei fatti di reato di intralcio alla giustizia realizzati da parte di pubblici ufficiali guatemaltechi, consentendo così un reale controllo da parte dell'opinione pubblica locale. Se si guarda alla esperienza della CICIG, in definitiva, collocandola nell'attuale dibattito sulla potenziale creazione di corti ibride o miste per reprimere la corruzione, può osservarsi che vi sono alcuni elementi di estremo interesse e spunti promettenti. La ratifica di trattati internazionali simili a quello tra Guatemala e ONU istitutivo della CICIG potrebbe essere un "modello" per altre realtà nazionali devastate dalla *grand corruption*; l'intervento di investigatori esterni e indipendenti nelle indagini su condotte corruttive potrebbe fornire alle procure e ai giudici domestici la protezione necessaria per operare liberi dall'indebita influen-

Ferme queste riflessioni, e pur riconoscendosi dunque possibili aperture all'opzione di perseguire le forme più lesive di corruzione tramite tribunali misti, riteniamo però in definitiva che la creazione dell'IACC —per quanto di non agevole e immediata realizzabilità— possa assicurare prestazioni migliori nella repressione del fenomeno, adeguandosi meglio alle caratteristiche strutturali dei reati transnazionali di cui si discute e dovendo necessariamente estendere la propria giurisdizione e attività a fatti commessi ben al di là di circoscritte situazioni di crisi, di frattura sociale o di conflitto, a “crimini straordinari in tempi ordinari”, come si è ben detto (Starr, 2007).

Notiamo in conclusione che il superamento del paradigma tradizionale del diritto penale internazionale, nel senso di una (cauta) estensione di alcuni dei suoi moduli consolidati a fatti delittuosi gravissimi commessi in contesti politico-istituzionali e sociali “ordinari”, può rappresentare una forma di ibridazione evolutiva da salutare con (prudente) favore. Si tratterebbe invero dell’“altra faccia della medaglia” rispetto all’utilizzo di forme originariamente nate e sviluppatesi

za e dal controllo dei cleptocrati al potere. L'attività della CICIG dimostra anche che l'intervento di un organo internazionale esterno come l'ONU, seppur problematico dal punto di vista dell'ingerenza nella sovranità statale, può giustificarsi alla luce dei benefici ottenuti, tali da superare i costi. Infine, un ulteriore elemento da analizzare con attenzione nell'esperienza della CICIG —sia nella prospettiva di una eventuale IACC, sia rispetto a soluzioni diverse— riguarda l'importanza di prevedere programmi di protezione dei testimoni adeguati, inclusivi anche di trasferimenti in luoghi segreti e tali da assicurare la assoluta riservatezza dell'identità, così da incentivare le vittime e le persone informate sui fatti a collaborare con le autorità, eventualmente introducendo anche la possibilità per i *whistleblowers* di agire in sede civile per ottenere restituzioni e/o risarcimento del danno in relazione al denaro o ai beni sottratti dai cleptocrati. Spunti di interesse possono trarsi dalla prassi applicativa statunitense della legge *State False Claims Act*, che ha consentito di rifondere alle vittime ingenti quantità di danaro provento di corruzione. Sul punto si cfr. Wolf, 2014: 10-12; Ramasastry, 2015: 703, 723 e 737.

nell'ambito della *transitional justice*²⁸, oggi sempre più impiegate "ordinariamente" nei sistemi di giustizia penale domestica²⁹.

6. RILIEVI CONCLUSIVI

La proposta di istituire una corte penale internazionale anticorruzione trova fondamento nelle caratteristiche proprie del fenomeno corruttivo, soprattutto se commessa su larga scala. Il coinvolgimento di attori politici ed economici che operano a cavallo tra giurisdizioni distinte, lo spostamento di ingenti somme di denaro da uno stato ad un altro, la mancanza di volontà politica interna di adottare efficaci strategie di repressione e contrasto al fenomeno corruttivo, nonché l'effetto destabilizzante che la corruzione può dispiegare nei confronti della pace e della sicurezza internazionali sono tutti fattori che evidenziano la necessità di affrontare il problema globalmente. A fronte di tale evidenza, sono state analizzate, nel presente contributo, varie alternative che propongono di ampliare per via interpretativa o attraverso un procedimento di emendamento la competenza di istituzione giurisdizionali esistenti quali la CPI o di utilizzare modelli istituzionali, quali quello dei tribunali regionali o dei tribunali misti, già sperimentati per la repressione e il contrasto ad altri fenomeni criminali. Cionondimeno, tali proposte, sebbene possano presentare chiari vantaggi, per esempio, in termini di *local ownership* del processo di *accountability*, non sembrano, a nostro avviso, adeguate a contra-

²⁸ Sui complessi rapporti di "intersecazione" tra diritto penale internazionale e *transitional justice* v. Costi & Fronza, 2016: 15-18, e fonti ivi richiamate.

²⁹ Si veda, ad es., il vivace dibattito in corso sulla *transitional justice* negli Stati Uniti all'indomani delle proteste per la giustizia razziale seguite all'uccisione di George Floyd per mano della polizia nel 2020 e proseguito dopo i gravi fatti del 6 gennaio 2021, su cui v. a consuntivo, anche per riferimenti bibliografici, l'interessante ricerca di Mori, 2020/2021. Per l'introduzione di forme di giustizia riparativa nel sistema processuale penale italiano, si v. ad es. la recente legge n. 134/2021, Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari, sulla quale v. ex multis G.L. Gatta, Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'.

stare il fenomeno corruttivo nella sua dimensione transnazionale e spesso globale.

Ciò, tuttavia, non significa che l'istituzione di una corte penale internazionale anticorruzione sia una strada facile né che questa possa risolvere da sola il problema della corruzione a livello globale. Innanzi tutto, occorre che un meccanismo simile sia oggetto di un'attenta progettazione, dovendosi garantirne l'effettività per mezzo dell'attribuzione di poteri adeguati nella fase delle indagini così come in relazione al recupero delle somme di denaro che siano state utilizzate al fine di commettere il reato. L'attribuzione di tali poteri, tuttavia, deve essere soppesata con la necessità di creare un assetto istituzionale che possa essere accettabile per la gran parte degli stati così da assicurare un numero esteso di ratifiche di un eventuale statuto, con evidenti benefici in termini di giurisdizione territoriale.

7. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Iurisprudenzia

Corte Penale Internazionale

CPI. (10 giugno 2011). *In the Case The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*. Situation in the Republic of Kenya. Defence Request for Disclosure of art. 67(2) and Rule 77 Materials, ICC-01/09.

CPI. (21 marzo 2016). *In the Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. Situation in the Central African Republic. ICC-01/05-01/08.

CPI. (30 settembre 2008). *In the Case of the Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*. Situation in the Democratic Republic of Congo. Decision on the Confirmation of Charges. ICC-01/04-01-07.

Stati Uniti d'America

United States District Court Eastern District of New York. (2016). *United States v. Odebrecht S.A.*. Cr. No. 16-643 (E.D.N.Y., filed Dec. 21, 2016).

Commissione Interamericana dei Dritti Umani

CIDH. (7 de octubre de 2015). Caso Asunto del complejo penitenciario de Curado, Resolución sobre medidas provisionales respecto de Brasil.

Dottrina

- Amati, E. & Maculan, E. (2016). "I crimini contro l'umanità". In: Amati, E. Costi, M. Fronza, E. Lobba, P. Maculan, E. Vallini, A. (2016). *Introduzione al diritto penale internazionale*. Torino: G. Giappichelli Editore. Pp. 351 et seq.
- Ambach, P. (2015). "A Look towards the Future - The ICC and 'Lessons Learnt'". En Stahn, C. (ed.). *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 1277-1295.
- Argandoña, A. (2003). "Private-to-Private Corruption". In: *Journal of Business Ethics*. Vol. 47. No. 3. Pp. 253 et seq.
- Bacio-Terracino, J. (2010). "Linking corruption and human rights". In: *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*. Vol. 104. Pp. 243-246.
- Bantekas, I. (2006). "Corruption as an International Crime and Crime Against Humanity: An Outline of Supplementary Criminal Justice Policies". In: *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 4. No. 3. Pp. 466 et seq.
- Barkhouse, A. (2014). "Can the ICC Prosecute Grand Corruption as A Crime Against Humanity Under Article 7 of the Rome Statute". https://www.academia.edu/29676635/Can_the_ICC_Prosecute_Grand_Corruption_as_A_Crime_Against_Humanity_Under_Article_7_of_the_Rome_Statute.
- Benestad, M. (2020). "Let Us Get Serious about Grand Corruption: An Indispensable Priority for the 2021 UN General Assembly Special Session". In: *TOAEP – Policy Brief Series*. No. 110.
- Bennetch, P. W. Sellers, M. R. McGuire, S. C. (2015). "Improving Hybrid Tribunal Design: Domestic Factors, International Support, and Court Characteristics". In: *Stanford Law School: Law and Policy Lab*. <https://law.stanford.edu/publications/improving-hybrid-tribunal-design-domestic-factors-international-support-and-court-characteristics/>.
- Bloom, B. (2014). "Criminalizing Kleptocracy? The ICC as a Viable Tool in the Fight Against Grand Corruption". In: *American University International Law Review*. Vol. 29. No. 3. Pp. 627-671.
- Boersma, M. (2012). *Corruption: A Violation of Human Rights and a Crime Under International Law?* Cambridge: Interesentia.
- Böhm, M. L. (2021). "La criminalidad del maldesarrollo. Una categoría necesaria en la criminología." In: Galain Palermo, P. Saad-Diniz, E. (eds.). *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo*. España: Tirant lo Blanch.

- Caianiello, M. (2020) “Il cammino della cooperazione giudiziaria”. in Manes, V. Caianiello, M. (eds.). *Introduzione al diritto penale europeo*. Torino: G. Giappichelli Editore. Pp. 46 *et seq.*
- Caianiello, M. Fronza, E. (2002). “Il principio di legalità nello statuto della Corte Penale Internazionale”. In: *Indice Penale – Nuova Series: Anno V*. Vol. 1. Pp. 307 *et seq.*
- Cárdenas Gracia, J. F. (2018). “Los problemas de exigibilidad y justiciabilidad de los DESCA. El caso de la Constitución de la Ciudad de México”. In: *Revista Culturas Jurídicas*. Vol. 5. No. 11.
- Cassese, A. (2008). *International Criminal Law*. Seconda Edizione. New York: Oxford University Press.
- Catenacci, M. (2003). “*Legalità’ e Tipicità’ del reato nello Statuto della Corte penale internazionale*”. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.
- Cimiotta, E. (2009). *I tribunali penali misti*. Padova: CEDAM.
- Costi, M. & Fronza, E. (2016). “Il diritto penale internazionale: nascita ed evoluzione”. In Amati, E. Costi, M. Fronza, E. Lobba, P. Maculan, E. Vallini, A. (2016). *Introduzione al diritto penale internazionale*. Torino: G. Giappichelli Editore. Pp. 1 *et seq.*
- Currie, R. J. & Leon, J. (2019). “COPLA: A Transnational Criminal Court for Latin America and the Caribbean”. In: *Nordic Journal of International Law*. Vol. 88. Pp. 587-613.
- Davis, K. E. (2018). “Corruption as a Violation of International Human Rights: A Reply to Anne Peters”. In: *European Journal of International Law*. Vol. 29. No. 4. Pp. 1289-1296.
- Di Martino, A. (2013). “Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione”. In: Mattarella, B. G. Pellissero, M. (ed.). *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della Corruzione*. Torino: Giappichelli Editore. Pp. 355 *et seq.*
- Doukellis, N. (2016). “Fighting Grand Corruption: A Criticism of the ‘Crime Against Humanity’ Approach & A Feasible Solution”. In: SSRN. <https://ssrn.com/abstract=2779609> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2779609>.
- Focarelli, C. (2011). “Criminalità transnazionale (repressione della)”, In: *Enciclopedia del diritto, Annali IV*. Milano: Giuffrè. Pp. 249 *et seq.*
- Fronza, E. (2016). “Le fonti”. In: Amati, E. Costi, M. Fronza, E. Lobba, P. Maculan, E. & Vallini, A. (2016). *Introduzione al diritto penale internazionale*. Torino: G. Giappichelli Editore. Pp. 57 *et seq.*
- Fronza, E. & Insolera, P. (2021). “El Caso Odebrecht”. in Olasolo, H. Buitrago, E. Suleika Mané Granados, C. Sánchez Sarmiento, A. (ed.). *Respu-*

- stas Nacionales E Internacionales Al Fenómeno De La Corrupción: Particular Atención Al Ámbito Iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 41 *et seq.*
- Giannini, A. & Caroli, P. (2023). "Verso l'istituzione della responsabilità Internazionale delle persone giuridiche nel diritto penale internazionale". En prensa.
- GOPAC. (1 novembre 2013). "Prosecuting Grand Corruption as an International Crime". Discussion Paper.: https://static1.square-space.com/static/5728c7b18259b5e0087689a6/t/57b0f504bebaf38a0d24188/1471214853297/GOPAC.DiscussionPaper_ProsecutingGrandCorruption_EN.pdf.
- GOPAC. (8 ottobre 2015). *The Yogyakarta Declaration*. http://gopacnetwork.org/Docs/GC2015_DeclarationFinal_EN.pdf.
- Hatchard, J. (2019). "Combating Corruption Effectively? The Role of the African Court of Justice and Human Rights". In: Charles Jalloh, M. Clarke, C. K. e O. Nmehielle, V. (ed.). *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*. New York: Cambridge University Press.
- Hillyard, P. & Tombs, S. (2013). "¿Más allá de la Criminología?". In: *Crítica Penal y Poder*. No. 4. Pp. 175-196.
- Kulamadayil, L. (2018). "When International Law Distracts: Reconsidering Anti-Corruption Law". In: *ESIL Reflections*. Vol. 7. No. 3. https://esil-sedi.eu/institutional_member-fields/.
- Mancini, S. (2007) "I crimini contro l'umanità". in Mezzetti, E. (ed.). *Diritto penale internazionale. II. Studi*. Torino: G. Giappichelli Editore. Pp. 185 *et seq.*
- Masucci, M. (2006). "Garanzie di legalità nel diritto penale internazionale". In: Mezzetti, E. (ed.). *Diritto penale internazionale. I. Casi e materiali*. Torino: G. Giappichelli Editore. Pp. 2 *et seq.*
- Masucci, M. (2007). "Definizione del crimine e principio di chiarezza nello Statuto della Corte penale internazionale". in Mezzetti, E. (ed.). *Diritto penale internazionale. II. Studi*. Torino: G. Giappichelli Editore. Pp. 3 *et seq.*
- Mongillo, V. (2012). *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Mori, G. (2020/2021). "The Color of Justice. Stati Uniti e Giustizia Transizionale, Tesi di laurea in International Criminal Justice". *Università di Bologna*.
- Nessi, G. (2017). "Transnational prosecution of grand corruption and its discontent". In: Van der Wilt, H. Paulussen, C. (eds.). *Legal Responses to*

- Transnational and International Crimes*. Cheltenham e Northampton: Elgar. Pp. 168-180.
- Nouwen, S. M. H. (2006). “‘Hybrid courts’. The hybrid category of a new type of international crimes court”. In: *Utrecht Law Review*. Vol. 2. No. 2. Pp. 190 *et seq.*
- Olasolo, H. Sarmiento Sánchez, A. & Galain Palermo, P. (s.d.). “La función que podría desempeñar la Corte Penal Internacional para responder al fenómeno de la corrupción transnacional”. Capítulo 2 di questo volume.
- Pemberton, S. (2007). “Social harm future(s): exploring the potential of the social harm approach”. In: *Crime, Law and Social Change*. Vol. 48. Pp. 27-41.
- Perini, J. P. (2016). *La corruzione passiva del pubblico ufficiale straniero. Repressione nell’ambito del contrasto della criminalità organizzata*. Torino: G. Giapichelli Editore.
- Peters, A. (2018). “Corruption as a violation of international human rights”. In: *European Journal of International Law*. Vo. 29. No. 4. Pp. 1251-1287.
- Ramasastry, A. (2015). “Is There a Right to Be Free from Corruption?”. In: *U.C. Davis Law Review*. Vol. 49. No. 2. Pp. 703 *et seq.*
- Roht-Arriaza, N. Martinez, S. (2019). “Venezuela, Grand Corruption, and the International Criminal Court”. *UC Hastings Research Paper*. No. 340. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3381986.
- Rose, C. (2016). “The Limitations of a Human Rights Approach to Corruption”. In: *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 65. No. 2. Pp. 405-438.
- Ruta, G. (2022). “La procura europea”. In: Stampanoni Bassi, G. (ed.). *La corruzione, le corruzioni. Prevenzione e repressione dei fenomeni corruttivi*. Milano: Opsoa. Pp. 371 *et seq.*
- Seminara, S. (2017). “Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati”. In: *Diritto penale e processo*. No. 6. Pp. 713 *et seq.*
- Serra, G. (2007). *Le corti penali “ibride”: verso una quarta generazione di tribunali internazionali penali? Il caso Kosovo*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Sillitti, O. & López Velásquez, M. P. (2021). “El proyecto COPLA para el establecimiento de una Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Organizado Transnacional”. In Olasolo, H. Buitrago Díaz, E. Suleika Mané Granados, C. Sánchez Sarmiento, A. (ed.), *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Starr, S. (2007). “Extraordinary Crimes at Ordinary Times: International Justice Beyond Crisis Situation”. In: *Northwestern University Law Review*. Vol. 101. No. 3. Pp. 1257 *et seq.*
- Tamayo Álvarez, R. & Prieto-Ríos, E. (2021). “La Sección Especializada en derecho internacional penal de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos y de los Pueblos en relación con la corrupción”. In: Olasolo, H. Buitrago Díaz, E. Suleika Mané Granados, C. Sánchez Sarmiento, A. (ed.), *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Transparency International (2021). Corruption Perception Index – Italy. <https://www.transparency.org/en/cpi/2021/index/ita>.
- Wolf, M. L. (Summer 2018). “The World Needs an International Anti-Corruption Court”. In: *Daedalus – Journal of the American Arts & Sciences*. Vol. 147. No. 3. Pp. 144 *et seq.*
- Yeh, S. S. (2012). “Is an International Treaty Needed to Fight Corruption and Narco-Insurgency in Mexico?”. In: *International Criminal Justice Review*. Vol. 11. No. 3. Pp. 233-257.

Risoluzioni, relazioni e altri documenti

- Annan, K. A. (2003). *Foreword to United Nations Convention Against Corruption*, G.A. Res. 58/4, U.N. Doc. A/RES/58/4.
- Barkhouse, A., Hoyland, H. & Limon, M. (2018). *Corruption: a Human Rights Impact Assessment*. https://www.universal-rights.org/wp-content/uploads/2018/04/Policy_report_corruption_LR.pdf.
- Cassese, A. (2009). *Acceptance speech for the Erasmus Prize*. <https://erasmusprize.org/en/laureates/antonio-cassese/acceptance-speech/>.
- Cepeda Cuadrado, D. (31 ottobre 2021). “Covid-19 corruption in 2021: August–September”. *CHR Michelsen Institute – U4 Anti-Corruption Resource Centre*. <https://www.u4.no/blog/covid-19-corruption-in-2021-august-september>.
- Dell, G. (4 marzo 2020). “Addressing Impunity for Grand Corruption: What Are the Options?”. In: *Transparency International*. <https://www.transparency.org/en/blog/addressing-impunity-for-grand-corruption-what-are-the-options>.
- Della Morte, G. (2014). “Tribunali Penali Internazionali”. In *Treccani. Diritto on line*. https://www.treccani.it/enciclopedia/tribunali-penali-internazionali_%28Diritto-on-line%29/.

- Della Porta, D. e Vannucci, A. (2001). "Cleptocrazia". *Enciclopedia delle Scienze Sociali I Supplemento*. https://www.treccani.it/enciclopedia/cleptocrazia_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/.
- Glavin, T. (10 giugno 2021). "Canadians are leading the push for a global anti-corruption court". *Maclean's*. <https://www.macleans.ca/news/canadians-are-leading-the-push-for-a-global-anti-corruption-court/>.
- Goldstone, R. & Rotberg, R. (2018). "An International Anti-Corruption Court Is Not a Utopian Dream or a Distraction". *GAB | The Global Anticorruption Blog*. <https://globalanticorruptionblog.com/2018/10/18/guest-post-an-international-anticorruption-court-is-not-a-utopian-dream-or-a-distraction/>.
- Goldstone, R. J. Wolf, M. L. (4 aprile 2020). "Coronavirus presents bonanza for kleptocrats". *The Boston Globe*. <https://www.bostonglobe.com/2020/04/04/opinion/bonanza-kleptocrats-time-coronavirus/>.
- Human Rights Watch. (2017). *World Report 2018: Events of 2017*. https://www.hrw.org/sites/default/files/world_report_download/201801world_report_web.pdf.
- Kaufmann, D. (2009). "Corruption and the Global Financial Crisis". *Brookings*. <https://www.brookings.edu/opinions/corruption-and-the-global-financial-crisis/>.
- Kenney, M. (10 giugno 2016). "An International Anti-Corruption Court Is a Fine Idea, but not Necessary". in *The Globe and Mail*. <https://www.theglobeandmail.com/report-on-business/rob-commentary/an-international-anti-corruption-court-is-a-fine-idea-but-not-necessary/article30381824/>.
- Lee-Jones, K. Jenkins, M. (2018). *Regulating Private Sector Corruption*. Report Transparency International: <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/regulating-private-sector-corruption>
- Martini, M. (2014). *Regulating Private to Private Corruption*. Report Transparency International. <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/regulating-private-to-private-corruption>
- Pillay, N. (13 marzo 2013). Opening statement by Navi Pillay, High Commissioner for Human Rights: Panel on "the negative impact of corruption on human rights". <http://newsarchive.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13131&LangID=e>.
- Salazar, J. R. (2020) "El régimen internacional anticorrupción". *Cancillería de Colombia*. https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/FO-TOS2020/2020_jr_salazar_anticorruption.pdf.

- Sang-Hun, C. (2018). "A South Korean President is Jailed for Graft, But Few Expect Major Changes". *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2018/04/07/world/asia/a-south-korean-president-is-jailed-for-graft-but-few-expect-major-change.html>.
- Stephenson, M. (1 marzo 2016). "Dear International Anti-Corruption Court Advocates: It's Time to Answer Your Critics". *GAB | The Global Anticorruption Blog*. <https://globalanticorruptionblog.com/2016/03/01/dear-international-anticorruption-court-advocates-its-time-to-answer-the-critics/>.
- Stephenson, M. (23 ottobre 2018). "What, Besides Creating a New Court, Could the International Community Do to Fight Grand Corruption? A Partial List". *GAB | The Global Anticorruption Blog*. <https://globalanticorruptionblog.com/2018/10/23/what-besides-creating-a-new-court-could-the-international-community-do-to-fight-grand-corruption-a-partial-list/>.
- Stephenson, M. (29 aprile 2014b). "Yes, Corruption is Bad for Development. No, Corruption Is Not a Western Obsession". *GAB | The Global Anticorruption Blog*. <https://globalanticorruptionblog.com/2014/04/29/yes-corruption-is-bad-for-development-no-corruption-is-not-a-western-obsession-2/>.
- Stephenson, M. (31 luglio 2014a). "The Case Against an International Anti-Corruption Court". *GAB | The Global Anticorruption Blog*. <https://globalanticorruptionblog.com/2014/07/31/the-case-against-an-international-anti-corruption-court/>.
- Stephenson, M. C. Schutte, S. A. (2016). "Specialised anti-corruption courts. A comparative mapping". *CHR Michelsen Institute – U4 Anti-Corruption Resource Centre*. No. 7. <https://www.cmi.no/publications/6030-specialised-anti-corruption-courts>.
- Stephenson, M. C. Schütte, S. A. (2019) "An International Anti-Corruption Court? A synopsis of the debate". *CHR Michelsen Institute – U4 Anti-Corruption Resource Centre*. <https://www.u4.no/publications/an-international-anti-corruption-court-a-synopsis-of-the-debate>.
- UNDP. (2008). Primer on Corruption and Development. <https://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/democratic-governance/anti-corruption/corruption.html>.
- UNODC. (16 December 2019). *On the pathway to UNGASS 2021: Innovative ideas to tackle corruption*. Eighth session of the Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption. <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/COSP/session8-specialevents.html>.

- Whiting, A. (4 October 2018). "Guest Post: Is an International Anti-Corruption Court a Dream or a Distraction?". in *GAB | The Global Anticorruption Blog*. <https://globalanticorruptionblog.com/2018/10/04/guest-post-is-an-international-anti-corruption-court-a-dream-or-a-distraction/>.
- Wolf, M. L. (July 2014). "The Case for an International Anti-Corruption Court". *Brookings*. <https://www.brookings.edu/research/the-case-for-an-international-anti-corruption-court/>.

*II.2. LOS TRIBUNALES
INTERNACIONALES PENALES DE
ÁMBITO REGIONAL*

Capítulo 4

La Sección Especializada en derecho internacional penal establecida por el Protocolo de Malabo en la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos

HÉCTOR OLASOLO*
FEDERICO FREYDELL*

1. INTRODUCCIÓN

África fue fundamental en la “década de oro” del derecho internacional penal (DIP) (Schabas, 2013). Mientras el gobierno ruan-

* Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España); Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos); Profesor Titular de Carrera Académica de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección *International Law Clinic Reports* (ILCR); Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional; Senior Lecturer en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Países Bajos); Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

* Licenciado en Derecho, con profundizaicones en Derecho Administrativo y Derecho Penal, y mención interdisciplinar en Historia, y Especialista en Derecho Internacional por la Universidad del Rosario (Colombia). Candidato a Magíster en Derecho Internacional en la Universidad del Rosario

dés jugó un papel central en la fundación del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), el gobierno de Sierra Leona solicitó ante las Naciones Unidas la ayuda internacional que resultó en el establecimiento de un Tribunal Especial híbrido para esa nación. Además, noventa organizaciones internacionales y no-gubernamentales africanas se unieron a la Coalición para la Corte Penal Internacional (CPI) (du Plessis, 2010), entre ellas, la Comunidad para el Desarrollo del Sur de África (SADC), que propuso una CPI con una Fiscalía fuerte, que tuviera jurisdicción sobre los cuatro crímenes centrales (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión) y fuera independiente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU) (Reinold, 2012); modelo que fue acogido en gran medida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI).

En aquel momento, los Estados africanos veían a la CPI como un desarrollo positivo. Las crisis internacionales como el genocidio de Ruanda y los conflictos activos en Sierra Leona y la República Democrática del Congo (RDC) llevaron a que el continente africano considerase necesario el establecimiento de un nuevo esquema de justicia internacional penal permanente, a diferencia de los mecanismos ad hoc establecidos para Ruanda y Sierra Leona (Washburn, 2014). El asesor jurídico de la Unión Africana (UA), Tiya Maluwa, observó durante las negociaciones del ECPI que el DIP tenía especial relevancia para el continente africano, que había sufrido especialmente por la esclavitud, las guerras coloniales y otros actos de guerra y violencia (Chernor Jalloh, 2012).

(Colombia). Consultor del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024). Procuraduría Delegada con Funciones de Intervención ante la Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9800-8566>

Otro motivo para el entusiasmo africano con la creación de la CPI era la promesa de igualdad en el sistema internacional. Para los Estados que estaban acostumbrados a un sistema diplomático fundamentado en grandes potencias, la CPI fue un cambio bienvenido que, en teoría, debilitaría la dialéctica entre el Norte y el Sur Globales. Además, como Schabas (2013) ha señalado, esta propuesta de una CPI donde los Estados fueran iguales no era solo retórica, sino que también parecía buscar un experimento igualitario.

Como resultado, la Declaración de Uagadugú (Burkina Faso), adoptada el 31 de octubre de 1998 por los Jefes de Estado y de Gobierno de la UA, invitaba a todos los Estados parte de la Convención Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) a ratificar el ECPI, y a adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias para que sus leyes y políticas nacionales se ajustasen al contenido del ECPI (Comisión Africana, 1998). Si bien este ímpetu de ratificación en bloque decayó rápidamente, y varios Estados miembros de la UA¹ no se incorporaron finalmente al ECPI, África sigue siendo uno de los continentes con mayor cantidad de Estados parte.

A pesar del entusiasmo inicial de los Estados africanos, la CPI ha perdido popularidad y aceptación entre los mismos. El paulatino declive del apoyo a la CPI se acentuó especialmente en el periodo entre octubre de 2016 (fecha de presentación de la denuncia del ECPI por Burundi y Sudáfrica) y marzo de 2017 (fecha de retirada por Sudáfrica de su denuncia al ECPI).

Como sustituto, la comunidad africana sugirió durante años la creación de una Sección Especializada en DIP como parte de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (CAJDH), esfuerzo que tomó forma en el Protocolo de Malabo. En el presente capítulo se analiza el contexto detrás de la creación de la Sección Especializada, su amplia jurisdicción material, y sus principales ventajas y desventajas para perseguir el fenómeno de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT) que, a diferencia de otros tribuna-

¹ Libia, Mauritania, Etiopía, Somalia, Togo, Ruanda, Guinea Ecuatorial y Suazilandia no firmaron el Estatuto; Sudán y Burundí retiraron sus firmas posteriormente; Egipto, Algeria, Marruecos, Camerún, Mozambique, Zimbabue y Eritrea firmaron el Protocolo pero no lo ratificaron.

les internacionales penales (TIPs) o híbridos (THs), forma parte de su jurisdicción.

2. EL FENÓMENO DE CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL EN ÁFRICA

Es difícil definir y cuantificar de manera objetiva la corrupción, a pesar de los múltiples medidores directos e indirectos utilizados por diferentes organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales (ONGs) (Knack, 2007). En consecuencia, el alcance real de este fenómeno sigue siendo incierto, mucho más aquella asociada al COT, que además tiene que incluir criterios de subregistro, vinculación a la criminalidad organizada, y efectos políticos, sociales y culturales complejos (UNODC, 2018).

Ahora bien, lo que sí han podido mostrar varios estudios es que África está profundamente afectada por la corrupción de sus dirigentes. Así, según el Índice de Percepción de Corrupción de Transparencia Internacional (2021), casi todos los encuestados del continente africano muestran una profunda insatisfacción frente a la capacidad del continente en la lucha contra la corrupción, obteniendo los países africanos una puntuación que los sitúa entre los puestos 23 (Islas Seychelles) y 39 (Cabo Verde) por un lado, y 172 (Guinea Ecuatoria y Libia), 178 (Somalia) y 180 (Sudán del Sur) por otro lado (sobre un total de 180 países evaluados). Además, en solo 9² de los 54 países africanos se consideraba en la última versión actualizada del Barómetro Global de Corrupción de África de 2019³ que los gobiernos generalmente buscan luchar contra la corrupción de forma efectiva. Así mismo, a nivel continental, el 47% de los africanos piensan que la mayoría de los policías de su país son corruptos. Este porcentaje se va reduciendo progresivamente en relación con otros colectivos: el

² Tanzania, Lesoto, Sierra Leone, Ghana, Gambia, eSwatini, Botswana, Nigeria, y Burkina Fasó.

³ Esta revisión es quinquenal, por lo que, a la fecha de publicación de este texto, no hay una encuesta más reciente.

39% es aplicable a los oficiales de los gobiernos nacionales, el 36% a los ejecutivos de empresas y miembros del Parlamento, el 34% a los jefes de Estado y de Gobierno, jueces y oficiales locales, el 22% a los líderes tradicionales, el 20% a las ONGs y el 16% a los líderes religiosos (Transparencia Internacional, 2019).

Por su parte, los *Worldwide Governance Indicators* del Banco Mundial miden cinco criterios principales: (a) el grado de participación de los administrados y la responsabilidad de la Administración Pública; (b) la estabilidad política y la ausencia de volatilidad y terrorismo; (c) la efectividad del gobierno; (d) la calidad regulatoria y del Estado de derecho; y (e) el control de la corrupción. Frente a este último indicador, el Banco Mundial registra que África tiene en promedio un indicador mucho menor (31.8 para África subsahariana y 43.59 para el Magreb) que otras regiones del mundo como América Latina y el Caribe (49.74) y los países de la OCDE (87.5). Si bien países como Botswana (72.12) y Cabo Verde (66.83) registran resultados mucho más cercanos a la OCDE – incluso superándolos, en el caso de las Islas Seychelles, que con un puntaje de 86.06 tuvo mejor resultado que países como Estados Unidos (82.69), Francia (84.62) o España (76.44). Sudáfrica (59.13) tiene un resultado superior al promedio latinoamericano (por lo que no se puede afirmar que todo el continente africano se encuentre en una situación más difícil a la del resto del mundo), sí es cierto que el continente africano, especialmente el África subsahariana, presenta consistentemente peores resultados que el resto del mundo (Banco Mundial, 2021).

Con independencia del medidor que se observe, los efectos de la corrupción en la mayor parte de África son severos, constituyendo uno de los principales motivos por los cuales se mantiene atrasado en varios indicadores internacionales frente al resto del planeta. La UA, junto con la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (UNODC), estima que el 25% del PIB del continente se pierde de forma anual debido a la corrupción, y que los Estados africanos podrían mejorar sus ingresos en más de un 400% si pudieran eliminarla (UNODC, 2015). Además, la corrupción incrementa los precios de bienes en casi un 20% a través del continente (Transparencia Internacional, s.f.) y tiene un impacto severo en el crecimiento de la economía, la democratización y el crecimiento de las grandes empresas.

De hecho, incluso quienes participan en los esquemas de corrupción están constreñidos por la necesidad de gastar grandes recursos en el desarrollo y mantenimiento de sus redes de corrupción (Mukum Mbaku, 2010).

Finalmente, la corrupción genera un impacto grave en la política pública de diferentes países. Un ejemplo es el programa de desarrollo en Malí, que en las últimas décadas del siglo XX no pudo ser desarrollado por la corrupción de su presidente, Moussa Traoré, quien, a pesar de vivir en un país con un ingreso per cápita medio de 300 dólares mensuales, había amasado una deuda personal de más de 2 billones de dólares (un monto equivalente a la deuda externa del país) (Ayittey, 1992). Del mismo modo, en Somalia, eventos de corrupción inicialmente aislados en el sector educativo tras su nacionalización, llevaron a un efecto de bola de nieve que terminó generando una cleptocracia descontrolada en el país, que fue un factor clave en el colapso del régimen socialista somalí y la erupción de la guerra civil (Coolidge & Rose Ackerman, 1999). Así mismo, el Banco Mundial reconoce que gran parte de los problemas de los Estados africanos al momento de buscar cumplir los Objetivos de Desarrollo Sostenible provienen de instancias de corrupción, como la captura del sistema educativo y la inasistencia de los profesores, la desviación de los fondos de apoyo a los sistemas nacionales de salud y la cooptación de los sistemas nacionales de agricultura (Arbache *et al.*, 2010).

3. ANTECEDENTES Y CONTEXTO EN EL QUE HA SURGIDO EL PROTOCOLO DE MALABO

Una vez analizado el alcance que tiene la corrupción en el continente africano y los graves daños que puede generar en el ejercicio de la función pública, es clara la razón por la cual estos países buscan una forma eficaz de luchar contra este fenómeno y su vinculación al COT. Sin embargo, es importante entender el otro criterio detrás del surgimiento del Protocolo de Malabo: la pérdida de confianza en otras instituciones internacionales, especialmente la CPI.

3.1. Los primeros antecedentes

Si bien el Protocolo de Malabo, aprobado en 2014, es de autoría relativamente reciente, no es cierto que la idea de un tribunal regional con jurisdicción penal sobre individuos sea una idea novedosa en África. De hecho, la discusión alrededor de la creación de un tribunal africano de derechos humanos con jurisdicción penal se remonta a la década de 1970 cuando una propuesta en este sentido fue considerada por el Comité de Expertos de la UA, principalmente con la intención de perseguir a los responsables del régimen de *apartheid* en Sudáfrica (Abass, 2016).

A pesar del interés académico que despertó, la propuesta fue rechazada, no por oposición al concepto de una jurisdicción penal africana *per se*, sino por criterios logísticos. Así, se consideró que la UA no estaba lista para mantener un tribunal de esta índole. Así mismo, la creación de un tribunal africano se veía como redundante, porque en aquella época se discutía en la ONU la creación de un tribunal internacional para juzgar el crimen de *apartheid* y otros crímenes contra la humanidad (Viljoen, 2004). Además, si bien según sus documentos fundantes la UA se encontraba jurídicamente legitimada para intervenir en los asuntos internos de los Estados parte en caso de grave vulneración a derechos humanos, no se consideraba políticamente conveniente para los Estados africanos la generación de una nueva limitación a su soberanía.

La década de 1970 fue un tiempo en el que la mayoría de los países miembros de la UA habían ganado su independencia recientemente. Debido a esto, la soberanía se veía como un bien jurídico mucho más importante que la protección de los derechos humanos. De esta forma, la UA hizo prevalecer la soberanía sobre cualquier otro factor (como los derechos humanos o la libre autodeterminación de los pueblos), como se puede observar en casos como el golpe de Estado de Idi Amin en Uganda en 1971, y la breve independencia de la República de Biafra entre 1969 y 1973 (Amate, 1987). Además, muchos líderes africanos veían la idea de un tribunal regional como una idea externa porque no respondía a las necesidades africanas, y preferían por tanto apostar por mecanismos de arbitraje más desarrollados (Lyons, 2006).

Una vez rechazada esta propuesta, el sistema africano no tuvo, entre la entrada en vigor de la Carta Africana en 1981 y la entrada en vigor del Protocolo Estableciendo la CAJDH en 1998, ningún tipo de tribunal regional (con jurisdicción sobre la responsabilidad internacional del Estado y/o de los individuos) (Bekker, 2007). A esto hay que unir que, al momento de redactarse y crearse la CAJDH mediante las negociaciones en Uagadugú, el proceso de creación de la CPI estaba muy avanzado, por lo que la UA decidió promover la adopción del ECPI, limitando la jurisdicción de la CAJDH a las controversias sobre responsabilidad estatal por violaciones graves a los derechos humanos (Abraham, 2015).

3.2. El problema de una concepción amplia del principio de jurisdicción universal

A pesar del eventual abandono en Uagadugú de la propuesta de creación de un tribunal regional africano que conozca sobre la responsabilidad internacional individual, la propuesta de crear un tribunal de este tipo volvió a tener atractivo para la UA cuando se la jurisdicción belga comenzó a utilizar del principio de jurisdicción universal con respecto a crímenes internacionales cometidos en el territorio de sus antiguas colonias africanas. Así, en el año 2000, la RDC acudió a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para alegar el abuso de dicho principio por parte de Bélgica. Sin embargo, la CIJ rechazó abordar esta cuestión en su fallo.

A raíz de este proceso ante la CIJ, la UA creó la Comisión sobre el Uso del Principio de Jurisdicción Universal por Estados No Africanos (la Comisión), cuyo informe, presentado ante el Consejo Ejecutivo de la UA en 2008 (EX.CL/411 (XIII)), es una herramienta fundamental para analizar la perspectiva africana sobre la extralimitación de algunos países occidentales en el uso del principio de jurisdicción universal.

La Comisión rechaza en su informe que el principio de jurisdicción universal sea automáticamente aplicable tanto en relación con los crímenes internacionales centrales, como en situaciones que son consideradas más propias de la jurisdicción universal, como el co-

mercio de esclavos, la tortura o el terrorismo. Según la Comisión (2008: 8), esto se debe a que “[...] no existe evidencia de práctica estatal establecida en el Derecho internacional con referencia a la jurisdicción universal sobre delitos internacionales”.

La Comisión subraya también en su informe que la jurisdicción universal no elimina la inmunidad de los altos representantes estatales, y que el recurso a la jurisdicción universal frente a crímenes para los que no es aplicable, no solo infringe las inmunidades reconocidas por el Derecho internacional general, sino que amenaza también con vulnerar el debido proceso, negar los derechos individuales y afectar las relaciones internacionales (Comisión, 2008:17).

La Comisión considera, en particular, que Bélgica y España han abusado de dicho principio, generando riesgos considerables para las relaciones y el derecho internacionales. Para solventar este problema, la Comisión recomienda acudir a tribunales internacionales, como la CIJ, en casos de abuso en el ejercicio del principio de jurisdicción universal. Además, cuando se produzcan crímenes internacionales, la Comisión recomienda su remisión a la CPI, lo que muestra que, para la fecha de elaboración del informe en 2008, la UA todavía consideraba a la CPI como una herramienta positiva en el marco de la justicia internacional.

Con base en el informe de la Comisión, la Asamblea de la UA emitió en 2008 la decisión 199 por la que declaró que el abuso del principio de jurisdicción universal es un peligro para el orden internacional, siendo necesario regular su uso por los Estados. Además, reconoció la posibilidad de atribuir a la CAJDH facultades de juzgamiento sobre particulares (Decisión AU/213 (XII)).

De esta forma, se observa que la UA, incluso con anterioridad al surgimiento de las tensiones con la CPI, consideraba que el principio de jurisdicción universal debía tener un alcance limitado, al ser una herramienta propensa a abusos que traía pocos beneficios a la justicia internacional (Garrod, 2012; O’Keefe, 2004). Si bien la CIJ y la CPI eran todavía entonces vistas positivamente por la UA (en parte debido al marco más limitado de su jurisdicción en comparación con el alcance de la jurisdicción universal), ya se podía prever que las relaciones entre la UA y la CPI iban a empeorar, debido a

la reticencia africana a permitir la intervención de terceros Estados en nombre del Derecho internacional, y su tendencia a considerar las investigaciones y enjuiciamientos de líderes políticos como un abuso de la justicia internacional penal en general, y del principio de jurisdicción universal en particular (Dube, 2015; Mubiele, 2016; Mennecke, 2017).

3.3. Las tensiones con la Corte Penal Internacional: particular atención a la cuestión de las inmunidades

El conflicto entre la UA y Bélgica sobre la aplicación del principio de jurisdicción universal finalizó cuando Bélgica cambió en 2003 su regulación sobre el alcance de este principio tras la presión estadounidense. Sin embargo, las tensiones entre la UA y los mecanismos de aplicación de la justicia internacional penal continuaron, intensificándose a raíz de las órdenes de captura emitidas en 2008 y 2010 por la CPI contra el presidente del Sudán, Omar Al-Bashir, en el marco de la investigación de la situación en Darfur (que fue inicialmente remitida por el CSNU a la Fiscalía de la CPI mediante la Resolución 1593 de 2005).

A diferencia de otras actuaciones de la CPI, el caso Al-Bashir no vino precedido de ninguna conversación con los gobiernos africanos involucrados⁴. Por lo contrario, la CPI discutió principalmente el asunto con el gobierno británico, luego de que la situación en Darfur surgiera a prominencia internacional por iniciativa del gobierno de George W. Bush (Stompor, 2006).

La remisión de la situación en Darfur no generó inicialmente un gran debate jurídico, enfocándose más bien en una solución negociada entre las partes. El entendimiento del Gobierno de Sudán y la UA era que se aceptaría la investigación en Darfur siempre y cuando no se investigara a altos representantes estatales, sino solo a mandos medios. Sin embargo, tras la formulación de cargos contra Ahmad Harun (viceministro de interior de Sudán) y Ali Kushayb (líder de

⁴ Si bien esto permitió la independencia investigativa por la CPI, debilitó la cooperación con entidades estatales.

las milicias Yanyauid) se tuvo conciencia que la Fiscalía de la CPI no asumiría esta limitación, lo que provocó que Sudán abandonase toda cooperación con la CPI (Mills, 2012).

El conflicto se acentuó con la orden de arresto contra Omar Al-Bashir el 4 de marzo de 2009, a la que la UA se opuso con fuerza (Bower, 2019). En su decisión 245 (XIII), la Asamblea de la UA (2009) afirmó su “profunda preocupación” frente a la orden de arresto, por considerarla una aplicación abusiva del principio de jurisdicción universal. En consecuencia, y con el fin de evitar las actuaciones de la CPI, la UA recomendó oficialmente que se atribuyese a la CAJDH jurisdicción para investigar y juzgar a individuos por crímenes internacionales. Con ello se buscaba también evitar su remisión a tribunales internacionales o a jurisdicciones nacionales que pudieran actuar conforme al principio de jurisdicción universal. Todo ello se tradujo en el impulso a las propuestas llevadas por los Estados africanos a la Conferencia de Revisión del ECPI celebrada en Kampala (Uganda) en 2010 (Bower, 2019).

La oposición de la UA al caso Al-Bashir continuó y se intensificó con el paso del tiempo. Así, en la decisión 296 (2010), la Asamblea de la UA solicitó al CSNU el aplazamiento por un año de este proceso y rechazó la oferta de la CPI de establecer una oficina en Addis Abeba. Posteriormente, mediante su decisión 397 (2012), la Asamblea de la UA recomendó a los países africanos concluir pactos bilaterales entre Estados para no entregar a los jefes de Estado buscados por organismos internacionales como la CPI, cuando estuvieran de visita oficial en su territorio⁵.

La compleja relación entre la CPI y las naciones africanas se agravó aún más con el inicio de la investigación de la situación en la República de Kenia entre 2005 y 2009. A raíz de esta, la CPI decidió en 2012 confirmar los cargos contra Uhuru Kenyatta, William Ruto y Joshua Sang. Sin embargo, la situación se complicó cuando en 2013

⁵ La Decisión 397 fue un desarrollo irónico en el debate de inmunidades de la CPI, considerando que las naciones africanas habían sido las más opuestas a elementos similares expedidos por el gobierno de Estados Unidos para asegurar la inmunidad de sus ciudadanos ante investigación por la CPI (Bower, 2019).

Kenyatta y Ruto fueron, respectivamente, elegidos presidente y vicepresidente de Kenia. Si bien ambos comparecieron ante la CPI en La Haya para presentar su versión sobre los hechos imputados, tras ser elegidos, el gobierno keniata dejó de apoyar el procedimiento, y comenzó a presentar quejas en relación con su desarrollo, alegando lo siguiente:

Kenia sigue estando comprometida con el fortalecimiento de una CPI efectiva e imparcial, operando en línea con las aspiraciones propuestas en el Estatuto de Roma. Sin embargo, los beneficios democráticos y de reconciliación que ha percibido el país en recientes años podrían verse descarrillados por una Oficina del Fiscal de la CPI que busque una agenda que contradiga el deseo soberano del pueblo, como se vio expresado de forma libre y democrática en las elecciones de 2013 (República de Kenia, 2013).

En 2014, la UA reiteró la posición que había adoptado frente al caso Al-Bashir, la cual había sido también acogida por Kenia (Decisión del Consejo Ejecutivo EX.CL/639 (XVIII)). Además, por si esto no fuera suficiente, el empeoramiento de las relaciones entre la CPI y la UA se hizo crítico a raíz del caso Gadaffi, tras la Resolución 1970 del CSNU (2011) que remitió la situación en Libia a la CPI.

En este contexto, la Asamblea de la UA solicitó oficialmente la atribución de jurisdicción a la CAJDH sobre la responsabilidad internacional individual (Decisión 366). Además, la cooperación condicionada y limitada que había caracterizado las investigaciones previas se convirtió en un rechazo a cualquier forma de colaboración con la CPI, cuando Yibuti, Kenia, Chad y Malawi rechazaron arrestar a Al-Bashir mientras se encontraba en sus respectivos territorios, argumentando que la excepción al principio de inmunidad de los Jefes de Estado, prevista en el artículo 27 del ECPI, no era aplicable a quienes tenían esta condición de Estados no parte del ECPI (Tladi, 2013). Así mismo, el Consejo Ejecutivo de la UA, en su informe de 27 de enero de 2012 (EX.CL/710 (XX)), declaró que consideraba que la CPI tenía “dobles estándares” en el desarrollo de sus investigaciones.

Como resultado de lo anterior, y tras la decisión de la Asamblea de la UA de reformar la CAJDH con el fin de otorgarle jurisdicción sobre la responsabilidad internacional de las personas naturales, el 27

de junio de 2014 se adoptó en la Vigesimotercera Sesión Ordinaria de la Asamblea (Decisión 529 (XXIII)) el Protocolo sobre Enmiendas al Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (“Protocolo de Malabo”).

3.4. Otras cuestiones jurídicas objeto de discrepancia entre la Corte Penal Internacional y la Unión Africana

Desde 2008, las tensiones entre la UA y la CPI han estado relacionadas con varios problemas jurídicos, lo que ha llevado, en última instancia, a la aprobación del Protocolo de Malabo. Como hemos visto en la sección anterior, la mayor controversia jurídica entre la UA y la CPI ha sido el debate sobre el alcance de las inmunidades, porque para los países africanos la inmunidad de los más altos representantes estatales es un elemento central del Derecho internacional público, y por tanto solo puede ser excepcionado cuando el Estado en cuestión lo consiente (lo que, según han sostenido Malawi, Kenia y la UA ante la CPI, no ha sucedido en el caso Al-Bashir porque Sudán nunca aceptó el ECPI).

Sin embargo, además de esta cuestión, también se pueden identificar otros tres problemas importantes: (a) las remisiones de situaciones por el CSNU para que sean investigadas por la Fiscalía de la CPI; (b) los criterios de selección de situaciones y casos utilizados por la propia Fiscalía de la CPI; y (c) las interferencias entre las investigaciones de la CPI y los procesos de construcción de paz (Brett & Engbo Gissel, 2020).

Con respecto al primero, la UA afirma que el CSNU ha sido instrumentalizado por parte de Estados con intereses geopolíticos en África para realizar actos de neocolonialismo. Con base en este argumento, la UA ha solicitado al CSNU que requiera a la CPI, conforme al artículo 16 del ECPI, la suspensión de los casos Al-Bashir, Kenyatta & Rutto y Gadaffi. Así mismo, al darse cuenta de que el CSNU no aceptaría sus solicitudes, la UA ha propuesto que la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) tenga también la capacidad de solicitar a la CPI la suspensión de sus actuaciones (Akande, 2010). En este contexto, y ante las dificultades encontradas en el seno de la

ONU, los países africanos han buscado con el Protocolo de Malabo reemplazar la relevancia de esta última en favor de la UA, con el fin de reducir la influencia de los Estados no africanos en la toma de decisiones relativas a la investigación de crímenes internacionales cometidos en África. De esta manera, el Preámbulo del Protocolo de Malabo cita expresamente la decisión 213 de la Asamblea de la UA, referente a los abusos del principio de la jurisdicción universal por parte de países del Norte Global.

En segundo lugar, la UA ha cuestionado los criterios aplicados por la Fiscalía de la CPI para la selección de situaciones y casos, porque la gran mayoría de las situaciones bajo investigación han ocurrido en África, y todos los casos enjuiciados por la CPI hasta el momento han tenido como acusados a nacionales de Estados africanos. Por ello, la UA desconfía de los auténticos intereses de la Fiscalía de la CPI y considera que los países africanos han sufrido una “desventaja sistemática” a la hora de ser seleccionados por esta última para ser objeto de sus actuaciones (Unión Africana, 2017).

En tercer lugar, la UA considera que la interpretación del ECPI realizada hasta el momento por la CPI, vulnera la capacidad de los Estados de negociar condiciones de paz, al privar a los gobiernos nacionales de la facultad de adoptar amnistías por crímenes internacionales, lo que en opinión de la UA es contraproducente para realizar los fines del ECPI y para evitar la repetición de este tipo de delitos. De este modo, si bien el argumento inicial de la UA había sido que la acusación contra Al-Bashir había tenido efectos “lamentables” en el proceso de paz en Darfur (Asamblea de la Unión Africana, 2009b), tras el caso Gadaffi se convirtió en una diatriba general en contra de las actuaciones de la CPI, con base en que sus actuaciones provocaban necesariamente una fuerte tensión entre “justicia” y “paz” (Shilaho, 2018).

3.5. La creación de nuevos tribunales regionales en África

Se podría pensar que la consecuencia de la tensión entre los países africanos y la CPI sería el surgimiento de un nacionalismo jurisdiccional que abandonase el recurso a las instancias judiciales internacionales (ya fueran de tipo universal o regional). Sin embargo, en las

primeras dos décadas del siglo XXI se han creado varios mecanismos jurisdiccionales internacionales de ámbito regional en el continente africano (Alter, 2013), incluyendo, entre otros, el Tribunal de Justicia del Oriente Africano (EACJ), el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de África Occidental (ECOWAS), el Tribunal de la Comunidad para el Desarrollo del África Austral (SADC) y la CAJDH (Thuo Gathi, 2020). Además, mientras en el período 2008 a 2012 la intervención de estos tribunales fue limitada (a pesar de lo cual algunas de sus decisiones fueron controvertidas y contribuyeron, por ejemplo, a la disolución de la SADC), en el periodo inmediatamente posterior, entre 2012 y 2021, se han fortalecido notablemente, incluso en contra de la voluntad de ciertos Estados (todo ello al mismo tiempo que la UA entraba en conflicto abierto con la CPI).

Para quienes apoyan este tipo de jurisdicciones regionales, su desarrollo constituye una manifestación del concepto de “cascada de la justicia” (Sirleaf, 2017), que busca reducir la impunidad y sus efectos sobre la política internacional mediante el establecimiento de distintos organismos internacionales a diversos niveles (universal, regional o incluso en el ámbito nacional) para investigar y sancionar a quienes, de lo contrario, quedarían impunes debido a las limitaciones de las jurisdicciones nacionales (Sikkink, 2011).

4. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA SECCIÓN ESPECIALIZADA EN DERECHO INTERNACIONAL PENAL DE LA CAJDH

Según el Protocolo de Malabo, la CAJDH seguirá siendo la máxima entidad del Sistema Africano de Derechos Humanos. Además, junto a sus funciones con respecto a la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y violaciones de la CADHP, su nueva Sección Especializada en DIP tendrá competencia, de forma permanente, en materia de responsabilidad internacional individual. Esto marca una diferencia importante con los demás sistemas regionales de derechos humanos (que solo conocen de la responsabilidad estatal por violaciones del DIDH), y con todos aquellos mecanismos

de aplicación del DIP que, a excepción de la CPI, tienen una naturaleza temporal y una jurisdicción limitada a un cierto ámbito espaciotemporal.

De esta manera, con la creación de la Sección Especializada no se busca actuar en relación con una determinada situación, sino “maximizar la capacidad jurisdiccional” de la CAJDH para investigar y enjuiciar los crímenes de su jurisdicción material cometidos en el territorio (artículo 46E bis (2) (a) del Protocolo), por los nacionales (artículo 46E bis (2) (b)) o contra los nacionales (artículo 46E bis (2) (c)) de los Estados africanos que son parte del Protocolo de Malabo (Nimigan, 2019).

Sin embargo, no es menos cierto que, como hemos visto, la motivación real detrás del establecimiento de la Sección Especializada es reducir el margen de actuación de la CPI en África (si no reemplazarla completamente), a través de eliminar la necesidad de que la CPI actúe en aplicación del principio de complementariedad. Además, como Knottnerus (2016) ha señalado, esto no significa necesariamente que no pueda existir un espacio de cooperación entre la Sección Especializada y la CPI, porque la discrecionalidad con la que cuentan sus respectivas Fiscalías deja en última instancia en sus manos la posibilidad de desarrollar el mismo.

Con base en lo anterior, pasamos a continuación a analizar las principales características de la Sección Especializada, entre las que destacan las siguientes: (a) el alcance de su jurisdicción material; (b) la inclusión del principio de responsabilidad de las personas jurídicas; (c) el desarrollo de las formas de responsabilidad penal, incluyendo el concepto de responsabilidad de los superiores jerárquicos; (d) la regulación de las inmunidades de los más altos representantes estatales y otros funcionarios del Estado; (e) la regulación de la relación entre la Sección Especializada con la CPI por un lado, y con las jurisdicciones nacionales de los Estados parte del Protocolo de Malabo por otro; y (f) el régimen de cooperación internacional de estos últimos con la Sección Especializada.

4.1. *La jurisdicción material de la Sección Especializada*

Uno de los aspectos más relevantes de la regulación de la Sección Especializada recae en los delitos sobre los cuales tiene jurisdicción material, porque, además de los crímenes internacionales centrales recogidos en los artículos 28B (genocidio), 28C (crímenes de lesa humanidad), 28D (crímenes de guerra) y 28M (agresión), el Protocolo de Malabo le atribuye jurisdicción sobre otros once delitos⁶.

En consecuencia, no todos los delitos que forman parte del ámbito de aplicación del Protocolo de Malabo presentan las características de un crimen internacional en sentido estricto, porque no menoscaban directamente la paz y seguridad internacionales o la existencia de grupos humanos, en cuanto que bienes jurídicos colectivos protegidos por esa categoría de delitos (Olasolo, 2018). De hecho, la mayoría de los tipos penales recogidos en el Protocolo de Malabo, como la corrupción, el lavado de activos o el narcotráfico (por sólo poner solo algunos ejemplos) entran dentro de la categoría de los delitos transnacionales (Boister, 2003; 2017; Olasolo, 2016; Van der Wilt, 2014)⁷.

Como resultado, Jalloh (2019) ha clasificado los delitos incluidos en la jurisdicción material de la Sección Especializada en cuatro grupos:

1. Crímenes internacionales (genocidio, agresión y crímenes de lesa humanidad y de guerra).

⁶ Estos delitos son: cambio inconstitucional de gobierno, piratería, terrorismo, mercenarismo, corrupción, lavado de activos, tráfico de personas, narcotráfico, tráfico de residuos peligrosos, y explotación ilícita de recursos naturales.

⁷ Según el artículo 3(1) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo): “[...] un delito será de carácter transnacional si: (a) se comete en más de un Estado; (b) se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; (c) se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o (d) se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado”.

2. Delitos transnacionales a los que según los instrumentos internacionales de ámbito universal y regional africano se les aplica el principio *aut dedere aut judicare* (piratería, lavado de dinero, mercenarismo, tráfico de personas, drogas y residuos peligrosos, y explotación ilícita de recursos naturales).
3. Crímenes parcialmente internacionales que amenazan el orden internacional y han llevado a la intervención de la comunidad de estados africanos, pero que no han sido codificados como crímenes internacionales (terrorismo y cambio inconstitucional de gobierno).
4. Delitos parcialmente transnacionales, que, si bien pertenecen a la categoría de delitos transnacionales, pueden tener ciertas características de internacionalidad en casos extremos (la corrupción en casos de gran corrupción).

En consecuencia, el Protocolo de Malabo atribuye a la Sección Especializada jurisdicción material tanto sobre los crímenes internacionales recogidos en el artículo 6 del ECPI, como sobre los delitos transnacionales previstos en el artículo 5 de la propuesta de Estatuto para la creación de una Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Transnacional Organizado (COPLA)⁸.

Por otra parte, en lo que se refiere a la definición de los delitos incluidos en la jurisdicción material de la Sección Especializada, son varias las críticas que se han realizado. Así, en primer lugar, se ha criticado su redacción poco técnica, basada en definiciones contenidas en tratados no penales, que generan además dificultades procedimentales (Ntanda Nsereko & Ventura, 2019). En segundo lugar, se ha afirmado que un régimen penal así de ambicioso necesita un presupuesto muy elevado que será difícil que la Sala Especializada pueda llegar a tener (Ford, 2018). En tercer lugar, la propia complejidad de

⁸ El artículo 5 del proyecto de Estatuto de la COPLA reconoce ocho delitos sobre los cuales tendría jurisdicción material: tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, fabricación y/o tráfico ilícito de armas de fuego, sus componentes, piezas y municiones, trata de personas, tráfico y prostitución de niños y niñas, tráfico ilícito de migrantes, tráfico de bienes culturales, lavado de activos y soborno transnacional.

los delitos es más que probable que genere dificultades, incluso si se pudiera disponer de un presupuesto lo suficiente alto (Du Plessis, 2012). En cuarto lugar, cuando se analiza la lista de delitos recogida en el Protocolo de Malabo a la luz de la inmunidad prevista en el artículo 46A bis para los altos funcionarios estatales, pareciera que han sido incluidos con el fin de que la Sala Especializada persiga a la oposición política.

Con respecto a esta última cuestión, en ningún otro delito se observa más esta dificultad que en el relativo al “cambio inconstitucional de gobierno” (artículo 28E), porque, si consideramos que los jefes de Estado gozan de inmunidad, está claro que la Sala Especializada solo podrá perseguir penalmente los intentos de cambio de gobierno no exitosos (van der Wilt, 2019), como protestas, golpes de Estado fracasados⁹, o incluso elecciones democráticas en las que el todavía Jefe de Estado haya sido derrotado y alegue fraude electoral (como ha ocurrido recientemente en las elecciones de Malawi (Kell, 2020), Gambia (HRW, 2016) y Estados Unidos)¹⁰.

En todo caso, conviene subrayar que los artículos 28I (1)¹¹ y 28J (2)¹² del Protocolo de Malabo requieren que, para que algunos de los delitos transnacionales puedan ser investigados y enjuiciados por la Sección Especializada, han de ser “graves” y “afectar la estabilidad de un Estado, una región, o la Unión Africana”. Si bien el primer criterio (la “gravedad”) es un requisito recogido en artículo 2b de la Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Transnacional Organizada (Convención de Palermo), el segundo criterio relativo a la afectación de la estabilidad de los Estados, la UA o el

⁹ No parece plausible que la Sala Especializada pueda perseguir este delito en casos de golpes de Estado exitosos porque quienes dirigen el mismo se considerarán inmunes con base en el artículo 46A del Protocolo (Sangvhi, 2021).

¹⁰ Así mismo, se ha alertado también que el mercenarismo podría volver más difícil una situación de igualdad entre grupos beligerantes en conflictos armados no internacionales, y que la corrupción se pueda utilizar para llevar a cabo purgas políticas

¹¹ Para la corrupción.

¹² Para el lavado de activos.

continente africano parece trascender la simple ocurrencia de delitos transnacionales.

El Protocolo de Malabo no parece, por tanto, referirse a cualquier acto de corrupción transnacional, sino que se centra en el fenómeno de la gran corrupción, caracterizado por tener la necesaria escala y gravedad como para afectar gravemente a los derechos humanos (Transparencia Internacional, 2015; Benito, 2021). Este tipo de manifestación de la corrupción transnacional se aproxima mucho a los crímenes internacionales porque la pobreza, la inequidad y la falta de oportunidades que generan tienen repercusiones en la paz y seguridad internacionales, y en sus casos más extremos pueden afectar a la existencia de ciertas comunidades particularmente vulnerables (Christy Mbonu, 2004; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019).

4.2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

A diferencia del ECPI y del proyecto de Estatuto de la COPLA, el art. 46C del Protocolo de Malabo recoge el principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas, debido a la importancia que estas tienen tanto en los crímenes internacionales como en los delitos transnacionales, y en particular en la corrupción asociada al COT. De esta manera, se corrige la tradicional subvaloración por el DIP del papel jugado por las empresas en la comisión de este tipo de delitos, como se refleja, por ejemplo, en su papel central en la financiación del régimen nacional socialista en Alemania¹³ o en la instigación del genocidio en Ruanda¹⁴ (Clapham, 2000). Además, para algunos autores, supone un replanteamiento de la naturaleza del DIP, que desde el juicio de Nuremberg se ha basado en un fuerte punitivismo

¹³ A pesar de su relevancia, ninguna empresa alemana fue enjuiciada en el proceso de Nuremberg, siendo solo perseguidas en algunos de los procesos celebrados en aplicación de la Ley Núm. 10 del Consejo de Control Aliado (Clapham, 2000).

¹⁴ Así como las radios privadas ayudaron a instigar el genocidio, las constructoras prestaron sus servicios logísticos para el entierro de los cientos de miles de cadáveres (Clapham, 2000).

que no encaja bien con la naturaleza de las sanciones que resultan apropiadas para las personas jurídicas (Giannini & Caroli, 2022, en prensa), y exige, por tanto, replantear la privación de libertad como pena por excelencia del DIP (Clapham, 2008).

En consecuencia, el art. 46 C del Protocolo de Malabo es fruto del cambio de perspectiva sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas que ha tenido lugar entre 1998 y 2014. Este periodo se ha caracterizado por una mayor influencia de las corporaciones transnacionales en la sociedad internacional y una amplia aceptación de este principio tanto a nivel internacional (incluso en los países de tradición romano-germánica que hasta entonces habían sido sumamente reticentes al mismo), como a nivel regional entre los países africanos¹⁵ (Guizzardi, 2020). Como resultado, según ha afirmado el Tribunal Especial para el Líbano (TEL, 2014), la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye, al menos, en la actualidad un principio general del derecho aplicable en el marco del Derecho Internacional. Esto, unido al amplio elenco de crímenes internacionales y delitos transnacionales que forman parte de la jurisdicción material de la Sección Especializada, ha hecho posible la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Protocolo de Malabo.

El art. 46C atribuye a la Sección Especializada la facultad de perseguir penalmente cualquier tipo de persona jurídica excepto las instituciones estatales en sus distintos ámbitos territoriales (local, regional y nacional), lo que, en principio, podría permitir la investigación y enjuiciamiento penal de los sindicatos, las fundaciones, los partidos políticos y las ONGs (Meloni, 2017).

Sin embargo, su aplicación práctica puede generar distintos problemas. Así, por ejemplo, los Estados pueden verse amenazados por la aplicación de un régimen penal sustantivo supranacional que reemplace al nacional, genere confusiones jurídico-técnicas y pueda ser instrumentalizado de manera neocolonial por algunos Estados

¹⁵ Etiopía, Botsuana, Kenia, Malawi, Namibia, Ruanda, Sudáfrica y Zimbabue están entre los países africanos que han adoptado la responsabilidad penal corporativa en sus jurisdicciones nacionales (Bracq & Jordash, 2019).

particularmente influyentes frente a otros menos poderosos (Gianini & Caroli, 2024, en prensa). Así mismo, las autoridades estatales pueden sentirse también amenazadas porque su aplicación puede extender a distintos tipos de entidades con las que actúan coordinadamente las autoridades estatales (Boister, 2015). Además, al igual que otros aspectos previstos en el Protocolo de Malabo, el principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas también podría utilizarse para la persecución política. De hecho, durante las negociaciones del ECPI, uno de los motivos por los que se acabó rechazando la propuesta de incluir este principio fue la preocupación mostrada por varias delegaciones nacionales por que se pudiera utilizar para perseguir a movimientos de liberación nacional (Clapham, 2000).

El art. 46C del Protocolo de Malabo apuesta por un modelo “organizacional” de responsabilidad de las personas jurídicas (Kyriakakis, 2016), que atribuye responsabilidad no solo por las actuaciones de sus directivos, sino cuando los hechos punibles se pueden considerar como parte de la política o cultura empresarial (Morrill, 2015). En este sentido, el art. 46C(3) del Protocolo especifica que una acción u omisión hace parte de una política o cultura empresarial si “resulta la explicación más razonable de la conducta de dicha corporación”.

El análisis subjetivo de la voluntariedad de la conducta de la persona jurídica no se realiza con base en el conocimiento y el comportamiento de quienes forman parte de la misma, sino que, por el contrario, se entiende que una persona jurídica tiene conocimiento de la comisión del delito si dentro de la misma (colectivamente) existe la información necesaria para identificar el resultado (art. 46C(4)), incluso cuando dicha información se encuentre repartida entre varios de sus integrantes (art. 46C(5)). En caso de que la información esté a disposición de varios directivos con poder de control sobre la empresa, todos ellos podrán ser también penalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad de la persona jurídica (art. 46C(6)).

La adopción de un modelo organizacional de responsabilidad de las personas jurídicas ha sido criticada porque dicho modelo no se

recoge a nivel nacional en los países africanos¹⁶, lo que puede provocar la coexistencia de varios sistemas de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, generando el riesgo de provocar conflictos entre las jurisdicciones nacionales y la Sección Especializada (Bracq & Jordash, 2019). En contraposición, el modelo organizacional de la “cultura corporativa” tiene como beneficio la separación entre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la de los individuos que forman parte de la misma (Cavanagh, 2011). Además, se evita de esta manera el riesgo de impunidad de las personas jurídicas que es mucho más grave en aquellos sistemas en los que su responsabilidad penal se hace depender de la culpabilidad de sus integrantes.

El sistema del Protocolo de Malabo presenta una limitación adicional al no establecer los requisitos mínimos para atribuir responsabilidad a las personas jurídicas, y en particular, al no determinar el rango que han de tener los miembros que pueden generar dicha responsabilidad. Esto contrasta con otros modelos organizacionales, especialmente el australiano, que define en detalle las situaciones en las que puede haber responsabilidad penal de las personas jurídicas (Bracq & Jordan, 2019). Además, el Protocolo tampoco detalla los criterios que han de cumplir las personas jurídicas para ser penalmente responsables conforme a otras formas de intervención punible, como, por ejemplo, la complicidad, generando así el riesgo de que las acciones personales puedan verse confundidas con las acciones corporativas (Giannini & Caroli, 2024, en prensa).

La responsabilidad penal de las empresas es una innovación ciertamente significativa en el DIP, y puede constituir una herramienta útil para la lucha contra la corrupción. En particular, la responsabilidad de las personas jurídicas privadas ante el DIP permite abordar el fenómeno de la corrupción no solo desde el sector público sino también desde el privado, que con frecuencia es la fuente de la corrupción en la contratación pública, lo que permite dar una respuesta

¹⁶ Según Bracq y Jordash (2019), de todos los países que incluyen responsabilidad penal corporativa en el continente africano, ninguno ha adoptado el modelo organizacional.

más comprehensiva al fenómeno de la corrupción (Wickberg, 2013; Forgues-Puccio, 2013).

4.3. Formas de responsabilidad penal: especial atención a la figura de la responsabilidad del superior

El art. 28 N del Protocolo de Malabo define las formas de responsabilidad penal ante la Sección Especializada de la siguiente manera: “[u]n delito es cometido por cualquier persona, que en relación con los delitos previstos en el presente Estatuto: (a) incite, instigue, organice, dirija, facilite, financie, aconseje o participe como autor, coautor, agente o cómplice [...]; (b) ayude o asista en la comisión [...]; (c) contribuya a título de participe antes o después del hecho, o en cualquier otra manera participe en un concierto o conspiración para [la] com[isión] [...]; y (d) intente [la] com[isión] [...]”¹⁷. Esta definición contrasta con la ausencia de toda referencia a las formas de autoría y participación en el proyecto de Estatuto para una COPLA.

La falta de claridad en la redacción del artículo 28N ha generado un debate sobre si esta disposición establece un modelo dualista de responsabilidad que distingue entre autores y partícipes (Pérez-Cepeda & Peña, 2022), o si, por el contrario, establece un modelo unitario donde no se distingue entre formas de autoría y participación (Meloni, 2017). Si bien, consideramos que el art. 28N parece introducir un modelo dualista similar al previsto en el art. 25(3) del ECPI, lo cierto es que tendrá que ser la jurisprudencia de la Sección Especializada la que defina esta cuestión.

¹⁷ Según el artículo 28 N de Protocolo de Malabo: “[a]n offence is committed by any person who, in relation to any of the crimes or offences provided for in this Statute: i. Incites, instigates, organizes, directs, facilitates, finances, counsels or participates as a principal, co-principal, agent or accomplice in any of the offences set forth in the present Statute; ii. Aids or abets the commission of any of the offences set forth in the present Statute; iii. Is an accessory before or after the fact or in any other manner participates in a collaboration or conspiracy to commit any of the offences set forth in the present Statute; iv. Attempts to commit any of the offences set forth in the present Statute”.

Por otra parte, el art. 28 N trata de equiparar figuras que provienen de jurisdicciones diferentes, como las relativas a la (a) “asociación ilícita o concierto” proveniente de la tradición romano-germánica; y (b) “conspiración” que es propia de la tradición anglosajona. A la luz de lo anterior, algunos autores han subrayado que esta disposición parece estar llena de imprecisiones jurídicas que, a buen seguro, dificultarán el trabajo de la Sección Especializada (Bracq & Jordash, 2019).

Una diferencia importante que se puede apreciar entre el ECPI y el proyecto de Estatuto para la COPLA, por una parte, y el Protocolo de Malabo por otra, es que los primeros prevén, respectivamente, en sus arts. 30, y 13 y 14, un elemento subjetivo general aplicable a todos los delitos y formas de autoría y participación que no recojan en sus definiciones elementos subjetivos específicos. Esto no sucede en el Protocolo de Malabo, donde no se encuentra una disposición similar al art. 30 del ECPI. Ante esta situación, algunos autores han sugerido que esto supone la adopción de un principio de “culpabilidad inherente” (Meloni, 2017) o un estándar de responsabilidad objetiva. Sin embargo, de lo que se trata más bien es de que, ante la ausencia de un elemento subjetivo general, en aquellos casos en los que las definiciones de las formas de autoría y participación previstas en el art. 28N del Protocolo de Malabo no contengan elementos subjetivos propios, tendrá que ser la jurisprudencia de la Sección Especializada la que determine el contenido de su ámbito subjetivo.

El art. 46B(3) define la figura de la responsabilidad del superior jerárquico siguiendo el modelo recogido en los arts. 7(3) y 6(3) de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia (ETPIY) y Ruanda (ETPIR), según el cual los superiores son responsables por el incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas necesarias y razonables para: (a) evitar que sus subordinados cometan delitos; y (b) castigarlos en caso de que incurran en los mismos, lo que incluye también la obligación de poner fin a los delitos que se estén cometiendo (Olasolo & Canosa, 2018).

De esta manera, el art. 46B(3) se separa de la definición de la responsabilidad del superior jerárquico en el art. 28 del ECPI con base en una concepción tripartita de sus deberes: (a) evitar que los subordinados cometan delitos; (b) reprimir los crímenes que puedan

cometer, en el sentido de ponerles fin y castigar a sus autores; y (c) remitir a las autoridades competentes el asunto cuando no se tenga la facultad de castigar a los subordinados (Olasolo, 2013).

Así mismo, la regulación del art. 46B(3) sigue también la recogida en los arts. 7(3) del ETPIY y 6(3) del ETPIR en lo relativo a los elementos que conforman la responsabilidad del superior: (a) la existencia de una relación superior-subordinado; (b) la omisión por el superior de su obligación jurídica de adoptar todas las medidas razonables y necesarias a su disposición para prevenir y castigar los crímenes internacionales de sus subordinados (elemento objetivo); y (c) el hecho de que el superior conocía, o al menos tenía razones para conocer, que sus subordinados habían cometido o se proponían cometer dichos crímenes (elemento subjetivo) (Bassiouni, 2008: 471; Werle, 2011: 316). De esta manera, el art. 46B(3) vuelve a separarse de la regulación y jurisprudencia de la CPI, que recogen hasta cinco elementos característicos del a figura de la responsabilidad del superior¹⁸.

A la luz de lo anterior no es de extrañar que a la hora de definir el contenido de cada uno de los elementos mencionados, el art. 46B(3) se alinee una vez más con su regulación en los artículos 7(3) del ETPIY y 6(3) del ETPIR (Sherman, 2018). Esto se puede observar en el tratamiento por igual de superiores civiles y militares (mientras que el art. 28 del ECPI define la responsabilidad de los primeros de ma-

¹⁸ Como Olasolo & Canosa (2018) han señalado, la CPI ha establecido en el caso Bemba que la figura de la responsabilidad del superior esta compuesta por los cinco elementos siguientes: [...] “(a) el sospechoso debe ser un superior militar, o una persona que actúe efectivamente como tal; (b) el sospechoso debe tener un mando y control efectivo, o una autoridad y control efectivo sobre las fuerzas (subordinados) que cometieron uno o más delitos previstos en los artículos 6 a 8 del Estatuto; (c) los delitos cometidos por sus fuerzas (subordinados) resultaron de la omisión del sospechoso de ejercitar un adecuado control sobre las mismas; (d) el sospechoso conocía, o debido a las circunstancias vigentes al momento, hubiere debido saber, que las fuerzas (subordinados) estaban cometiendo o iban a cometer uno o más delitos previstos en los artículos 6 a 8 del Estatuto; y (e) el sospechoso no adoptó las medidas necesarias y razonables a su disposición para evitar o castigar la comisión de tales delitos, o dejó de informar sobre el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento”.

nera más limitada), la inexistencia de un vínculo de causalidad entre la omisión del superior y los delitos de los subordinados (vínculo que sí se contempla en el art. 28 del ECPI al exigirse que los crímenes de estos últimos hayan resultado de la omisión del superior), y la definición del elemento subjetivo con base al estándar conocía o “tenía razones para conocer” (que es más exigente del recogido en la expresión sabía o “debería haber sabido” aplicable a los superiores militares según el art. 28 del ECPI).

Finalmente, el art. 46B(3) del Protocolo de Malabo adopta también la regulación recogida en los ETPIY y ETPIR en relación a los efectos atribuidos a la comisión del delito en cumplimiento de órdenes. En consecuencia, acogiendo el principio de responsabilidad absoluta del DIP, esta circunstancia no exime a los autores materiales de responsabilidad, pudiendo a lo sumo ser considerada como una circunstancia atenuante. Esto contrasta con la regulación prevista en el art. 33 del ECPI, que, conforme al principio de ilicitud no manifiesta de las órdenes para cometer ciertos crímenes de guerra¹⁹, exime de responsabilidad a sus autores materiales cuando los llevan a cabo en cumplimiento de las órdenes de sus superiores sin conocer su naturaleza ilícita (Meloni, 2017).

Esto, unido a la inclusión en el art. 46C del Protocolo de Malabo del principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas, configura un régimen jurídico que, al menos teóricamente es favorable, a la persecución de los casos de corrupción transnacional, en particular cuando afectan a los más altos representantes estatales o de corporaciones (multinacionales) privadas, en lo que se ha denominado “gran corrupción” (CIDH, 2019; Transparencia Internacional, 2015). Sin embargo, como veremos a continuación, la amplia cláusula de inmunidades prevista en el art. 46A bis en favor de los altos funcionarios del Estado echa por tierra los efectos positivos hasta ahora identificados.

¹⁹ Esto no es aplicable ni al genocidio ni a los crímenes de lesa humanidad porque la ilicitud de las órdenes para cometerlos se considera siempre manifiesta.

4.4. *Inmunidades*

El régimen de inmunidades constituye la principal diferencia entre el ECPI y el proyecto de estatuto de la COPLA (donde ni tan siquiera se recoge) por un lado, y el sistema propuesto para la Sección Especializada por otro. El art. 46A bis del Protocolo de Malabo determina la inmunidad de los jefes de Estado y de Gobierno y de los “altos funcionarios del Estado” durante su tiempo en el cargo. La importancia de la denominada “cláusula de inmunidades” (Amnistía Internacional, 2017) en el Protocolo de Malabo es tal, que algunos autores han denominado a la Sección Especializada como una “Corte protesta”, cuyo objetivo principal no es la expansión del DIP, sino, por el contrario, dificultar las investigaciones contra jefes de Estado y de Gobierno en África (Tladi, 2017).

La cláusula de inmunidades está definida en el art. 46A bis, que establece que no es posible iniciar o continuar un procedimiento ante la Sección Especializada si, durante su tiempo en el cargo, la persona procesada es un Jefe de Estado o de Gobierno de la UA (o cualquiera actuando, o con el derecho a actuar, en tal capacidad) u otro funcionario estatal de alto rango de acuerdo a sus funciones. Esta definición es contraria a la aproximación tradicional del DIP, que, como la CPI ha afirmado en sus decisiones sobre el incumplimiento de Malawi y Chad con sus solicitudes de cooperación para capturar a Al-Bashir y entregarlo a la CPI, ha rechazado históricamente la inmunidad de los más altos representantes del Estado ante los TIPs (Akini Oyugi, 2015; HRW, 2014; Ssenyonjo, 2017).

La cláusula de inmunidades ha generado un buen número de críticas adicionales en relación con su alcance y definición. Así, en primer lugar, reconoce la inmunidad no sólo a los jefes de Estado o de Gobierno, sino a cualquier otro funcionario estatal que, de acuerdo a sus funciones, pueda ser considerado “de alto rango”. Como Olasolo, et al. (2016) subrayan, hay cierta ambigüedad sobre quienes pueden ser incluidos en esta categoría porque la propia CIJ en el caso Yerodia (República Democrática del Congo c. Bélgica, 2002) ha dejado abierta la posibilidad de que no solo los Jefes de Estado y de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores (la llamada “troika”; Comisión de Derecho Internacional (CDI), 2020; 2021) puedan

ser incluidos en la misma, lo que ha sido utilizado por algunos tribunales nacionales para incluir en ocasiones a los ministros de Defensa y de Comercio, cuyas actividades pueden tener que desarrollarse, en buena medida, fuera del territorio nacional²⁰.

Además, si bien la CIJ ha dejado claro en el caso sobre Ciertas Cuestiones de Asistencia Mutua en Materia Penal (Yibutí c. Francia, 2008), que el Fiscal General del Estado y su Jefe de Seguridad no pertenecen a dicha categoría, lo que ha sido corroborado por la CDI (2008; 2021), no es menos cierto que en el proceso de redacción del art. 46A *bis* se ha considerado que la expresión “funcionario estatal de alto rango basado en sus funciones” debe analizarse caso por caso, con el fin de evitar la elaboración de una lista cerrada de los funcionarios con inmunidad (Consejo Ejecutivo de la Unión Africana, 2014b; Mystris, 2019). Como resultado, algunos autores consideran que el artículo 46A *bis* podría interpretarse de forma que incluyera, como mínimo a los vicepresidentes²¹, pudiendo llegar a extenderse a todos los miembros del gobierno y del poder legislativo (Tladi, 2017; Filbert, 2017).

En segundo lugar, varios autores (Du Plessis, 2014; Du Plessis & Dugard; Mettraux, 2018; Mystris, 2019) han señalado que el art. 46A *bis*, no diferencia entre la inmunidad *ratione personae* (que salvaguarda a los altos funcionarios estatales en ejercicio frente a posibles actuaciones penales por terceros Estados), y la inmunidad *ratione materiae* (que protege en todo momento (incluso tras la finalización del

²⁰ Ver a este respecto, las decisiones de los tribunales británicos en relación con las actuaciones frente al ministro de Defensa israelí en 2004, General Shaul Mofaz, y al ministro de Comercio chino en 2005 Bo Xilai. Tribunal de Distrito, Re General Shaul Mofaz, sentencia de 12 de febrero de 2004, ICLQ, vol. 53, 2004, pp. 773; y Re Bo Xilai, Tribunal de Magistrados de Bow Street, sentencia de 8 de noviembre de 2005, en ILR, vol. 128, pp. 714.

²¹ Este sería el caso de William Ruto, secretario general del Partido Democrático Naranja en 2008 y vicepresidente de Kenia a partir de 2012, quien fue procesado por la CPI por la presunta comisión de crímenes de lesa humanidad en los meses que siguieron a las elecciones generales de diciembre de 2008. Su caso fue cerrado en 2016 debido a la insuficiencia de los elementos probatorios presentados por la Fiscalía en el juicio sobre su responsabilidad en los hechos imputados.

mandato) las actuaciones realizadas en desarrollo de las funciones soberanas del Estado) (Olasolo, et al., 2016).

Además, aunque la redacción del art. 46A bis parece limitar la extensión temporal de la inmunidad al tiempo de permanencia en el cargo (como sucede con la inmunidad *ratione personae*), varios autores han señalado que esta cuestión no está ni mucho menos clara (Tladi, 2017; Mystris, 2019). A esto hay que unir que, ante la ausencia de documentación sobre los trabajos preparatorios relativos a la redacción del Protocolo de Malabo, no es posible determinar si esta limitación temporal es el resultado de una imprecisión jurídica de la Asamblea General de UA al redactar el Protocolo, o si tiene como finalidad atribuir una inmunidad *ratione personae* con el fin de extender la misma a cualquier tipo de actuación (ya se encuentre o no relacionada con el ejercicio de las funciones oficiales) de los Jefes de Estado y de Gobierno y de los funcionarios estatales de alto rango mientras permanezcan en el cargo (Filbert, 2017).

En todo caso, y con independencia de la interpretación que acabe realizando la Sección Especializada, lo cierto es que el art. 46A bis otorga un incentivo a los dirigentes africanos que han cometido los crímenes recogidos en la jurisdicción material de la Sección Especializada a perpetuarse en el poder porque sólo pueden ser, en su caso, perseguidos una vez hayan dejado su cargo. Esto no sólo refuerza una tendencia preocupante en el DIP²², sino que fortalece una práctica existente en África, donde, desde 1960, doce jefes de Estado han gobernado países africanos durante más de 30 años (encontrándose cinco de ellos entre los diez presidentes del mundo que han permanecido durante más tiempo en el poder) (Felter, 2021).

Esta situación podría dar incluso lugar a que ningún crimen cometido por altos funcionarios estatales pueda ser perseguido por la Sección Especializada; algo que no es nuevo en el DIP dada la realidad que la CPI ha venido experimentando desde su creación (véase,

²² Ver, por ejemplo, el caso al-Bashir. El gobierno de Sudán se mantuvo férreo en su opresión a movimientos favorables a la democracia, en el entendimiento que si al-Bashir en algún momento perdía el poder, sería entregado a la CPI. Efectivamente, esto prometió el gobierno militar de transición de Sudán (al-Jazeera, 2021) luego del golpe de Estado contra Al-Bashir.

por ejemplo, lo señalado por Allen (2007) y Macdonald (2017) en relación con la situación en el Norte de Uganda) y que, además, impediría enfrentar de manera eficaz la impunidad generalizada en relación con los crímenes internacionales y los delitos transnacionales que actualmente se cometen en territorio africano.

4.5. Relación de la Sección Especializada con la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales

4.5.1. Relación con la Corte Penal Internacional

La Sección Especializada puede haber sido inicialmente creada para reemplazar la CPI en relación con los crímenes internacionales cometidos en África, pero cualquier análisis realista entiende que este no será el caso. En consecuencia, será necesario que se desarrolle un sistema de cooperación entre ambas jurisdicciones internacionales penales. Esta relación es, por ahora, meramente hipotética, ya que ni el ECPI, ni el Protocolo de Malabo, mencionan la colaboración con otros tribunales internacionales (du Plessis, 2012).

A pesar de la imposibilidad de que la CPI pueda ser desmantelada unilateralmente por los países africanos, el anexo al Protocolo de Malabo indica como un deseo y objetivo de la nueva Sección Especializada que los individuos africanos sólo estén sujetos a las “leyes africanas” (van der Wilt, 2017). En esto se diferencia del otro proyecto de tribunal regional penal, la COPLA, que establece en su proyecto de estatuto²³ un régimen de cooperación con otros TIPs, incluyendo a la CPI.

Debido a esta situación, y al controvertido proceso de creación del Protocolo de Malabo, algunos autores subrayan la posibilidad de que las actuaciones de la Sección Especializada entren en tensión con las desarrolladas por los TIPs, y en particular con las actuaciones de la CPI (Omorogbe, 2019). Sin embargo, para autores como (Ni-

²³ El artículo 10(1) del Anteproyecto COPLA establece que ésta corte sólo tendrá competencia sobre asuntos que no estén siendo tratados por otro Tribunal internacional o regional.

migan, 2019), esto es poco probable porque, en su opinión, existen varias herramientas para asegurar la colaboración entre la Sección Especializada y la CPI, como la aprobación de enmiendas a sus respectivos estatutos con el fin de regular el ámbito y modalidades de colaboración entre ambas²⁴, o la utilización de los amplios márgenes de discrecionalidad que han sido atribuidos a sus respectivas fiscalías para seleccionar las situaciones y casos objeto de investigación y enjuiciamiento con el fin de evitar la superposición de sus actuaciones.

En cuanto al modelo concreto que puede regir las relaciones entre la Sección Especializada y la CPI, Van der Wilt (2017) señala que se han propuesto dos alternativas principales. Por un lado, la sujeción jerárquica de Sección Especializada a la CPI, algo políticamente inviable, considerando que iría directamente en contravía de la razón principal por la que se creó el Protocolo de Malabo. Por otro lado, un modelo de “proactividad complementaria” en el que ambas entidades colaboren, aprovechando la discrecionalidad de sus Fiscalías en el desarrollo de sus actuaciones (Knotternus & Volder, 2016)²⁵, lo que también es recomendado como criterio rector de la relación entre la CPI y otros tribunales internacionales penales e híbridos (Burke-White, 2008).

Un tercer grupo de autores recomiendan un modelo mixto, al que denominan “complementariedad dual” (Tshitshi Ndouba, 2019) o “imbricación” (Sirleaf, 2017). Según el mismo, la CPI intervendría con respecto a crímenes internacionales cometidos en África cuando la Sección Especializada, o bien no tenga jurisdicción territorial o temporal, o bien no esté actuando frente a los mismos. A este se uniría un sistema de colaboración horizontal consistente en la armonización, en la mayor medida posible, de sus normativas y la utilización de los mecanismos de cooperación ya existentes en el ECPI (Ekori, 2021).

Finalmente, un cuarto grupo de autores consideran que las actuaciones de la CPI son compatibles con las de la Sección Especiali-

²⁴ Una renegociación para acomodar ambos espacios se podría ver como más plausible hoy que en 2016, ya que, desde entonces, ha habido un reaceramiento entre los Estados africanos y la CPI.

²⁵ Ver artículos 53(1) del ECPI y 46 del Protocolo de Malabo.

zada, y que, por tanto, no es necesario enmendar ni el Protocolo de Malabo ni el ECPI (Martini, 2020). Según estos autores, la CPI ha coexistido desde su creación con otros TIPS y THs, y esto no ha provocado ni su inoperancia ni grandes tensiones entre los mismo. En consecuencia, la Sección Especializada no supone algo materialmente nuevo para la CPI, y es perfectamente posible relacionarse con la misma con base en el principio de complementariedad recogido en el ECPI (de Wet, 2017).

4.5.2. Relación con jurisdicciones nacionales

El artículo 46H del Protocolo de Malabo regula la relación entre la Sección Especializada y los Estados parte, utilizando para ello un texto casi idéntico al recogido en el art. 17(1) (a) del ECPI sobre “cuestiones de admisibilidad”. De esta manera, al igual que ocurre también con el proyecto de estatuto de la COPLA²⁶, se acoge un modelo de complementariedad conforme al cual la Sección Especializada solo ejercería su jurisdicción en aquellos supuestos puntuales en los que los Estados donde se cometen los crímenes, o de los que son nacionales sus máximos responsables, no actúan, o, a pesar de que lo hacen, no tienen la voluntad política o la capacidad para investigarlos, enjuiciarlos y, en su caso, sancionarlos (Martini, 2020). En consecuencia, a diferencia de los TPIY y TPIR, no se presume el “fracaso” de las jurisdicciones nacionales (Bernard, 2011).

En principio, la única diferencia entre la redacción de los arts. 46H del Protocolo de Malabo y 17 (1)(a) del ECPI consiste en que en el primero se ha eliminado el adverbio “genuinamente”. Esto es fruto del debate suscitado en la doctrina sobre el significado de esta expresión a la hora de analizar la falta de voluntad o de capacidad de los Estados (Kleffner, 2008; Sadat & Carden, 2000), y sobre todo de su interpretación por algunos autores como añadiendo un criterio

²⁶ El anteproyecto también elimina, como se verá más adelante, la necesidad de que el Estado sea *genuinamente* incapaz o no tenga la voluntad de investigar. Además, en lugar de prever los criterios de inadmisibilidad como sucede en el artículo 17 del ECPI, se opta por definir los supuestos de admisibilidad.

adicional conforme al cual la Fiscalía de la CPI no solo debe probar que los Estados son reacios a investigar, enjuiciar y/o sancionar, sino que adicionalmente debe demostrar que son “genuinamente” reacios a hacerlo, lo que reforzaría su *onus probandi* (van der Wilt, 2017).

Sin embargo, debido al amplio margen de discrecionalidad que los arts. 46 H del Protocolo de Malabo y 17 (1) (a) del ECPI atribuyen respectivamente a la Sección Especializada y a la CPI, es probable que la primera se separe de los criterios acogidos para su aplicación por la jurisprudencia de esta última. Según Samaradiwakera-Wijesundara (2022), esto podría eventualmente generar altas tasas de impunidad en las situaciones ante la Sala Especializada, dada la perspectiva que sobre el principio de complementariedad se venido favoreciendo desde la UA, con el fin de que las actuaciones penales internacionales se ajusten a realidad política de los Estados y busquen favorecer las negociaciones de paz (Maphosa, 2021).

4.6. Cooperación internacional

El Protocolo de Malabo no regula en detalle las medidas de colaboración internacional entre la Sección Especializada y los Estados parte, incluyendo cuestiones tan relevantes como los aspectos procedimentales de la ejecución por estos últimos de las solicitudes de cooperación de la primera (incluyendo las relativas a la detención y entrega de las personas imputadas), o el sistema de consultas entre los Estados parte y la Sección Especializada para superar los obstáculos que se puedan presentar (Lungu, 2022). Así mismo, tampoco se regula la naturaleza y alcance de las obligaciones de cooperación de los Estados miembros de la UA que no son parte del Protocolo. En consecuencia, como señalan Sluiter (2018) y Lungu (2022), los redactores del Protocolo pusieron un mayor énfasis en garantizar la soberanía estatal y los derechos de la defensa, dejando en un segundo plano las herramientas necesarias para promover una aplicación más eficaz del DIP.

A pesar de lo anterior, la Sección Especializada podría beneficiarse en su funcionamiento de la regulación general relativa a dos de las principales entidades de la UA: (a) el Consejo de Paz y Seguridad, establecido por el Protocolo de Durban (2002), y que recuerda en

su mandato al del CSNU pero en el ámbito regional africano; (b) el Consejo Ejecutivo de la UA, el cual, en cuanto que entidad a cargo de las cuestiones relativas a la cooperación entre la UA y sus Estados parte, podría mediar entre la Sección Especializada y los Estados parte del Protocolo de Malabo – así como en relación con otras entidades que puedan colaborar en sus actuaciones (Masumbe, 2020; Lungu, 2022).

Así mismo, la Sección Especializada se podría también beneficiar de la colaboración con otras secciones de la CAJDH, especialmente con la sección de Derechos Humanos, dado que ambas secciones deben reformarse significativamente para poder tener un cierto grado de eficacia y evitar una crisis de legitimidad de la CADJH (Manirakiza, 2019; Faix & Jamali, 2022). A esto hay que unir los vínculos que la Sección Especializada pueda desarrollar con la Comisión Africana de Derechos Humanos con el fin de aprovechar sus capacidades investigativas para limitar sus problemas logísticos, lo que, según Manirakiza (2019), podría eventualmente traducirse en que la Comisión pueda desarrollar un rol de acompañamiento de la Fiscalía de dicha Sección.

5. CONCLUSIONES

El Protocolo de Malabo es un documento lleno de contradicciones, con innovaciones profundamente valiosas y desventajas complejas, que es fruto de la protesta de los países africanos contra la CPI y otras entidades internacionales como el CSNU (Sarkin, 2016). Si bien supera algunas de las limitaciones que actualmente presenta el DIP, como el no reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, retrocede en aspectos tan importantes como el alcance y contenido de las inmunidades atribuidas a los altos funcionarios del Estado. Además, aunque extiende la jurisdicción material de la Sección Especializada a delitos que constituyen una amenaza para la sociedad internacional, como la corrupción asociada al COT, sus limitaciones logísticas y en materia de cooperación hacen que sea realmente difícil su ejercicio.

A pesar de que el Protocolo de Malabo presenta muchas imperfecciones, constituye una novedad significativa en el DIP al establecer el primer TIP de ámbito regional. Si bien sus deficiencias pueden resultar en el fortalecimiento de una cultura de la impunidad con respecto a los crímenes internacionales y los delitos transnacionales cometidos en África que forman parte de su jurisdicción material, no es menos cierto que constituye también un primer paso para perseguir a través de TIPs a los máximos responsables de las prácticas más graves de corrupción transnacional, que, además de menoscabar los derechos fundamentales de la población civil, pueden llegar a poner en riesgo la pervivencia de las comunidades más vulnerables, y afectar así a la propia estabilidad del Estado, con las consecuencias que ello tienen para la paz y seguridad internacionales (Olasolo, Sánchez Sarmiento & Galain, 2024, en prensa).

5.1. Fortalezas

La Sección Especializada presenta varias fortalezas frente a otros mecanismos de aplicación del DIP, que son particularmente evidentes cuando se analizan desde la perspectiva de la “cascada de la justicia” (Sikkink, 2011), o de los “círculos concéntricos” (García Ramírez, 2004; Acosta-Estévez, 1995), para reducir la impunidad a nivel global.

Así, en primer lugar, constituye la primera manifestación de un nivel adicional de aplicación del DIP, como es el de los TIPs de ámbito regional, que, al no utilizar criterios definidos por una vocación de universalidad, puede evitar algunas de las fricciones causadas por estos últimos (Ross & Sriram, 2013). Esta perspectiva regional puede, a su vez, favorecer el acercamiento entre los Estados y la sociedad civil para el desarrollo de acuerdos de paz y sistemas de justicia transicional (Mystris, 2019).

En segundo lugar, la extensión de su jurisdicción material más allá de los crímenes centrales tradicionales, incluyendo, entre otros, la corrupción transnacional, puede favorecer la intervención “preventiva” de la Sección Especializada, entrando a investigar y enjuiciar situaciones de declive democrático e inestabilidad, que si bien afec-

tan a los bienes jurídicos protegidos por los delitos transnacionales previstos en el Protocolo de Malabo, todavía no han llegado a causar crímenes atroces (Sirleaf, 2017).

En tercer lugar, la Sección Especializada presenta innovaciones, que han sido calificadas como “genuinamente revolucionarias” (Knottnerus, 2016), en relación con la responsabilidad penal internacional de las personas jurídicas (Clapham, 2000), lo que llega en un momento en el que la influencia y el poder de los actores privados corporativos no tiene precedentes. En particular, las actuaciones de la Sección Especializada sobre el fenómeno de la corrupción asociada al COT se verán fortalecidas al poder investigar y enjuiciar a las personas jurídicas involucradas en sus principales manifestaciones. Esto le permitirá analizar dicho fenómeno desde una perspectiva holística, lo que, además de incluir a los dirigentes políticos y militares involucrados, le permitirá abordar el rol de las empresas nacionales e internacionales que contribuyen a su desarrollo. Con ello, podría abrirse una ventana de oportunidad para limitar su impunidad en un continente tan dependiente de la industria extractivista, y en el que se ha descrito la existencia de una cultura corporativa que avala, e incluso celebra, las prácticas corruptas (Osei-Hwedi & Osei-Hwedi, 1999).

5.2. Debilidades

A pesar de las fortalezas descritas, la Sección especializada presenta también importantes obstáculos para la eficacia de sus actuaciones. En primer lugar, a pesar de no estar tan sujeta al control estatal como los tribunales nacionales, el grado de influencia que tendrían ciertos Estados sobre la misma es mucho mayor al que pueden tener los Estados parte del ECPI sobre la CPI. En este sentido, la UA ha sido criticada por su silencio frente a graves crisis en las que se han producido graves infracciones a los derechos humanos a gran escala, como ha ocurrido, por ejemplo, en la región de Tigray (Hailu, 2021). Además, es fácil comprender que esta situación puede extenderse a las distintas secciones de la CAJDH porque los mismos Estados que

financian la UA financian la CAJDH²⁷. En consecuencia, no está claro que la Sección Especializada vaya a tener la capacidad de llevar a cabo sus actuaciones frente a aquellos altos funcionarios estatales de los que depende, en última instancia, su financiación. De hecho, como hemos visto, si durante la redacción del Protocolo de Malabo la influencia de los Estados miembros de la UA ha provocado que se ponga mayor énfasis en proteger la soberanía nacional que en construir un sistema de aplicación efectivo del DIP, es poco probable que dicha influencia desaparezca una vez que entre en vigor (Watkins & Weber, 2006; Neuner, 2014).

En segundo lugar, el propio régimen jurídico de la CAJDH tampoco juega a favor de la eficacia de la Sala Especializada, puesto que no presenta claridad en cuanto a su composición y alcance. Así, se compone de una pluralidad de Protocolos, varios de los cuales no han entrado todavía en vigor, o presentan un número limitado de Estados parte, incluyendo el propio Protocolo de Malabo, que, tras siete años desde su aprobación, no ha sido ratificada por algún Estado parte²⁸, por lo que aún está lejos de alcanzar el número mínimo de quince ratificaciones para su entrada en vigor.

En tercer lugar, el Protocolo de Malabo genera varias inquietudes en relación a su aplicación práctica y a su viabilidad económica. Así, los procesos judiciales internacionales son caros y su tramitación es compleja, estimándose que un solo proceso puede llegar a costar hasta veinte millones de dólares; cantidad superior a la financiación de la UA para todo su aparato jurisdiccional (du Plessis, 2014). De hecho, las autoridades de la UA estiman que la CAJDH costará unos 4 millones de dólares anuales. Sin embargo, esta estimación es muy problemática porque se ha realizado sin prever un incremento en el número actual de jueces de la CAJDH. Además, algunas de sus pro-

²⁷ Ver, por ejemplo, las críticas internacionales alrededor de la situación en Gran Bretaña e Irak

²⁸ Benín, Chad, Comoras, Congo (Brazzaville), Guinea Ecuatorial, Ghana, Guinea-Bissau, Guinea, Kenia, Mozambique, Mauritania, Sierra Leona, São Tomé y Príncipe, Togo, y Uganda ya han firmado, pero no ratificado (Unión Africana, 2019). De estos 15 Estados, 5 firmaron el Protocolo en 2015; 4 en 2016; 1 en 2017; 3 en 2018; y 1 en 2019. Desde 2019 no ha habido ratificaciones, lo que muestra una terminación de la inercia del Protocolo.

yecciones son difíciles de comprender, como es el caso de prever que una sola persona podrá estar a cargo de todas las investigaciones de la Fiscalía (Unión Africana, EX.CL/773 (XXII)).

Otras estimaciones más realistas sugieren que el presupuesto necesario para que la Sección Especializada tenga la capacidad para hacer investigaciones básicas, contando con un personal de 370 individuos (un tercio del tamaño de la CPI), es de 48 millones de euros; algo que, considerando que es un valor mucho mayor al que la UA dedica actualmente a la CAJDH en su conjunto, parece ser difícilmente asumible por la UA (Ford, 2018). Además, no faltan quienes afirman que para garantizar un cierto nivel de eficacia en las actuaciones de la Sección Especializada se requerirían, al menos, cien millones de dólares anuales (Nmehielle, 2014).

En cuarto lugar, existen también problemas con algunos de los elementos sustantivos y procesales recogidos en el Protocolo de Malabo. El más importante se refiere a la “cláusula de inmunidades”, que, debido a su amplio alcance y ambigua redacción, amenaza con impedir cualquier investigación o persecución de los altos funcionarios estatales en ejercicio. Considerando que los gobiernos africanos tienen un promedio de permanencia en el poder considerablemente superior al del resto del mundo, y teniendo en cuenta que la corrupción asociada al COT está en buena medida relacionada con entidades gubernamentales, la cláusula de inmunidades constituye una amenaza directa para que la Sección Especializada pueda ofrecer una respuesta eficaz en la lucha contra la corrupción transnacional.

En este sentido, hay que subrayar, que el problema de la cláusula de inmunidades tampoco se resuelve mediante una interpretación restrictiva de su alcance, porque, incluso si se limita a los jefes de Estado y de Gobierno, la lucha contra los máximos responsables de prácticas sistemáticas de corrupción transnacional se vería seriamente afectada, en cuanto que son estos quienes con mayor frecuencia incurren en las dinámicas de gran corrupción. Además, en el caso de que la Sala Especializada se embarque en una persecución sostenida de las prácticas corruptas de algunos de los otros miembros del gobierno, es probable que acabe también generando fricciones y pérdida de confianza con los Estados afectados, como ya le ha sucedido a la propia CPI (Manishimwe, 2019).

En quinto lugar, la naturaleza regional de la Sección Especializada no la exime de estar expuesta a oposición (e incluso boicoteo) por Estados que no quieran colaborar con la misma. De hecho, la propia CAJDH sufre en la actualidad toda una serie de desacatos y falta de cooperación por varios Estados parte, incluyendo la denuncia, total o parcial, de la Carta de Uagadugú por Ruanda, Tanzania, Benín y Costa de Marfil, lo que, según algunos autores, ha generado una cierta “crisis existencial” (Faix & Jamali, 2022). De ahí, que sea probable que las dificultades por las que actualmente atraviesa la CAJDH puedan empeorar con la entrada en vigor del Protocolo de Malabo.

En sexto lugar, la corrupción como fenómeno asociado al COT no siempre se manifiesta de forma explícita, encabezada por magnates y autócratas que roban abiertamente los ingresos del país (como suele pensarse en la imaginación popular). Por lo contrario, tanto en África, como en otras partes del mundo, las prácticas corruptas tienen con frecuencia lugar de forma “silenciosa” (Arbache, Habyarimana, & Vasco, 2010). De esta forma, las actuaciones de la Sección Especializada pueden acabar convirtiéndose en un obstáculo para la lucha anticorrupción si se limitan a perseguir penalmente los casos más conocidos, sin abordar las verdaderas causas del fenómeno, para lo cual es necesario llevar a cabo profundos procesos de construcción estatal y fortalecimiento institucional (Kendall & Silva, 2016). En definitiva, hay que tener mucho cuidado para no caer en un populismo punitivo, enfocado en castigar de forma ejemplarizante a ciertos máximos responsables, pero no en solucionar los problemas reales del continente africano.

A la luz de lo anterior, la comunidad académica es, en general, bastante crítica con el Protocolo de Malabo, llegando incluso a denominarlo como una “cáscara vacía” y un “tigre de papel” (Vandeginste, 2021). Esto es especialmente preocupante si se tiene en cuenta que todos estos análisis se están realizando desde antes de la entrada en vigor del Protocolo, y por lo tanto sin conocer como la Sección Especializada abordará el desarrollo de sus funciones (Odinkalu, 2022). Sin embargo, a pesar de estas serias limitaciones, no faltan quienes consideran que las actuaciones de esta última pueden tener un efecto positivo en los países africanos, sobre todo, si, en lugar de tratar de

reemplazar a la CPI, la Sección Especializada busca articularse con la CPI con base en el principio de complementariedad (Ekori, 2021).

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

Corte Internacional de Justicia

- Corte Internacional de Justicia. (2002). Judgement of 14 February 2002. Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium).
- Corte Internacional de Justicia. (2008). Judgement of 4 June 2008. Caso Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France).

Corte Penal Internacional

- Corte Penal Internacional. (2009). Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad al-Bashir. Té Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad al-Bashir. Documento ICC-02/05-01/09-1.
- Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II. (2009). Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/05-01/08-424, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, párr. 407.
- Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II (2011). Decision on the Prosecutor's Application for Summonses to Appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali. Situation in the Republic of Kenya in the case of the Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali. Documento No. ICC-01/09-02/11.
- Corte Penal Internacional, (2011), Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-139-Corr

Tribunal Especial para el Líbano

- Tribunal Especial para el Líbano. (2014). Decision on Interlocutory Appeal Concerning Personal Jurisdiction in Contempt Proceedings. Caso New TV S.A.L., STL-14-05/PT/AP/AR126.1.

Reino Unido - Tribunal de Magistrados de Bow Street

Tribunal de Magistrados de Bow Street. (12 de febrero de 2004). Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz, First instance, unreported. ICLQ, vol.53, 2004, pp.773.

Tribunal de Magistrados de Bow Street. (8 de noviembre de 2005). Caso de Bo Xilai, Decisión 128 ILR 713. ILR. Vol. 128. Pp.714

Doctrina

Abass, A. (2017). “Historical and Political Background to the Malabo Protocol”. En: Werle, G. & Vormbaun, M. (eds.) *The African Criminal Court: A Commentary on the Malabo Protocol*. International Criminal Justice Series, Vol. 10. Dordrecht: Springer.

Abraham, G. (2015). “Africa’s Evolving Continental Court Structures: At the Crossroads?” En: *Governance and APRM Programme, Occasional Paper*. Vol. 209.

Acosta-Estévez, J. (1995). “Normas de ius cogens, efecto erga omnes, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos”. En: *Anuario Español de Derecho Internacional*. Vol. 11. Pp. 3-22.

Akande, D. (2010). “Addressing the African Union’s Proposal to Allow the UN General Assembly to Defer ICC Prosecutions”. En: *EJIL:Talk!*, <https://www.ejiltalk.org/addressing-the-african-unions-proposal-to-allow-the-un-general-assembly-to-defer-icc-prosecutions>

Akini, P. (2015). *Head Of State Immunity Under The Rome Statute Of The International Criminal Court: An Analysis Of The Contemporary Legal Issues And The African Union’s Response To The Prosecution Of African Heads Of State*. Rhodes University.

Allen, T. (2007). “The International Criminal Court and the invention of traditional justice in Northern Uganda”. En: *Politique africaine*. Vol. 107 (3). Pp. 147-166.

Amate, C.O.C. (1987). *Inside the OAU: Pan-Africanism in Practice*. Washington: Palgrave Macmillan.

Amnistía Internacional (2017). *Malabo Protocol: Legal and Institutional Implications of the Merged and Expanded African Court*. Londres: Snapshots.

Arbache, J.S., Habyarimana, J. & Vasco, M. (2010). *Silent and Lethal: How quiet corruption undermines Africa’s development efforts*. Washington, D.C: Banco Mundial.

- Arjon, S. & Stephenson, M. (2019). "An International Anti-Corruption Court? A synopsis of the debate". En: *U4 Anti-Corruption Resource Centre Brief*. Vol. 5.
- Alter, K. (2013). "The Multiplication of International Courts and Tribunals After the End of the Cold War". En: Romano, C. et. al.. *The Oxford Handbook of International Adjudication*. Oxford: Oxford University Press.
- Álvarez, J. (1999). "Crimes of States/Crimes of Hate: Lessons from Rwanda". En: *Yale Lessons of International Law*. Vol. 24(2). Pp. 365-483.
- Ayittey, G.B.N. (1992) *Africa Betrayed*. Nueva York: Palgrave Macmillan.
- Bassiouni, M.C. (2008). *International Criminal Law*. Vol III, 3 ed. Leiden: Martinus Nijhoff.
- Bekker, G. (2007). "The African Court on Human and Peoples' Rights: Safeguarding the Interests of African States". En: *Journal of African Law*. Vol. 51(1). Pp. 151-172.
- Benito, D. (2021) "Análisis de la política criminal contra la corrupción a la luz de las iniciativas internacionales y regionales desde el Derecho penal transnacional". En: Olasolo et. al. (eds.), *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito Iberoamericano*. Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia. Volumen 12. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 595-640.
- Bernard, D. (2011). "Ne bis in idem - protectors of defendants' rights or jurisdictional pointsman?". En: *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 9(4). Pp. 863-880.
- Beyani, C. (2012). *Reconstituting the universal: human rights as a regional idea*. En: Gearty, C. & Douzinas, C. (eds.) *The Cambridge Companion to Human Rights Law*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 173-190.
- Boister, N. (2003). "Transnational Criminal Law?". En: *European Journal of International Law*. Vol. 14.
- Boister, N. (2015). "Further reflections on the concept of transnational criminal law". En: *Transnational Legal Theory*. Vol. 6(1). Pp. 9-30.
- Boister, N. (2017). "Responding to Transnational Crime: The Distinguishing Features of Transnational Criminal Law". En: Van der Wilt, H. & Paulussen, C. (eds.). *Legal Responses to Transnational and International Crimes: Towards an Integrative Approach?* Londres: Elgar Publishers.
- Bower, A. (2019), "Contesting the International Criminal Court: Bashir, Kenyatta, and the Status of the Nonimpunity Norm in World Politics". En: *Journal of Global Security Studies*. Vol. 4,(1). Pp. 88-104.
- Brett, P. & Engbo, L. (2020). *Africa and the Backlash Against International Courts*. Londres: Zed Books.

- Burke-White, W. (2008). "Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of Justice". En: *Harvard International Law Journal*. Vol. 49. Pp. 53 et. seq.
- Cavanagh, N. (2011). "Corporate Criminal Liability: An Assessment of the Models of Fault". En: *The Journal of Criminal Law*. Vol. 75(5). Pp. 414–440.
- Jalloh, C.C. (2012). "Africa and the International Criminal Court: Collision Course or Cooperation?" En: *North Carolina Central Law Review*. Vol. 34. Pp. 203 et. seq.
- Clapham, A. (2000). "The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court". En: Kamminga, M. & Zia-Zarifi, S. (eds.). *Liability of Multinational Corporations Under International Law*. Boston-Leiden: Brill | Martinus Nijhoff.
- Clapham, A. (2008). "Extending International Criminal Law beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups". En: *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 6. Pp. 899-926.
- Coolidge, J. & Rose-Ackerman, S. (1999). "Kleptocracy and Reform in African Regimes: Theory and Examples". En: Hope, K.R., & Chikulo C.B. (eds). *Corruption and Development in Africa_ Lessons from Country Case Studies*. Nueva York: Palgrave Macmillan.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Corrupción y derechos humanos*. Doc. Núm. OEA/Ser.L/V/II.
- Comisión de la Unión Africana (2010). *Report of The Study on the Implications of Expanding the Mandate of the African Court of Justice and Human Rights to Try Serious Crimes of International Concern*. Doc Núm. ACJHR-PAP/5 (II).
- De Wet, E. (2017). Introductory Remarks by Erika de Wet. En: *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*. Vol. 111. Pp. 107–108.
- Dube, A. (2015). "The AU model law on Universal Jurisdiction: An African response to Western prosecutions based on the universality principle". En: *Potchefstroom Electronic Law Journal*. Vol. 18(3). Pp. 449–486.
- Du Plessis, M. (2010). *The International Criminal Court that Africa Wants*. Pretoria: Institute for Security Studies.
- Du Plessis M. (2012). "Implications of the AU decision to give the African Court jurisdiction over international crimes". En: *Institute for Security Studies Paper*. Vol. 235.
- Du Plessis, M. (2014). "Shambolic, shameful and symbolic: Implications of the African Union's Immunity for African Leaders. En: *Institute for Security Studies Paper*. Vol. 278.

- Du Plessis, M., Dugard, J., & Mettraux, G. (2018). "Heads of State Immunities, International Crimes and President Bashir's Visit to South Africa". En: *International Criminal Law Review*. Vol. 18(4). Pp.577-622.
- Ekori, A. (2021). "The AU Debacle with the ICC: The Creation of the African Criminal Court". En: *International Journal of Law and Society*. Vol. 4(2). Pp. 67-76.
- Felter, C. (2021). "Africa's 'Leaders for Life'". *Council on Foreign Relations: Backgrounders*. <https://www.cfr.org/backgrounder/africas-leaders-life>
- Filbert, N. (2017). "*The Immunity Clause in the Statute of the 'African Criminal Court' and Its Impact in the Exercise of the Courts' Jurisdiction over the Crimes*". Bellville: University of the Western Cape.
- Ford, S. (2018). "Between Hope and Doubt: The Malabo Protocol and the Resource Requirements of an African Criminal Court" En: Jalloh, C.C. et. al. (eds.). *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context*. Cambridge: Cambridge University Press.
- García, S. (2004). "Relación entre la jurisdicción penal internacional y las jurisdicciones nacionales". En: *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Salle*. Vol 2. Pp. 117-137.
- Garrod, M. (2012). "The Protective Principle of Jurisdiction over War Crimes and the Hollow Concept of Universality". En: *International Criminal Law Review*. Vol. 12. Pp. 763-826.
- Giannini, A., & Caroli, P. (2024). "Verso l'istituzione della responsabilità internazionale delle persone giuridiche nel diritto penale internazionale". En prensa.
- Guizzardi, G. (2020). "Finding Hope for International Corporate Liability in a Post-Kiobel and Jesner World: from the Malabo Protocol to the ICSID Jurisprudence". En: *Humanitäres Volkerrecht*. Vol.1-2. Pp. 53-69.
- Jalloh, C.C. (2019). "A Classification of the Crimes in the Malabo Protocol". En: C.C. Jalloh, K. Clarke, & V. Nmehielle (eds.). *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 225-256.
- Jordash W., & Bracq, N. (2019). "Modes of Liability and Individual Criminal Responsibility". En: Jalloh, C.C., Clarke, K.M. & Nmehielle, V.O. (eds.) *The African Court of Justice and Human and People's Rights in Context: Development and Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kell, F. (2020). "Malawi's Re-Run Election is Lesson for African Opposition" Chatham House. <https://www.chathamhouse.org/2020/07/malawis-re-run-election-lesson-african-opposition>

- Kendall, S., & Silva, C. D. (2016). "Beyond the ICC: State Responsibility for the Arms Trade in Africa". En: Clarke, K.M., Knotterus, A.S. & de Volder, E. (eds.) *Africa and the ICC: Perceptions of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 407–436.
- Kleffner, J. (2008). *Complementarity in the Rome Statute and national criminal jurisdictions*. Oxford: Oxford University Press.
- Knack, S. (2007). "Measuring Corruption: A Critique of Indicators in Eastern Europe and Central Asia". En: *Journal of Public Policy*. Vol. 27(03).
- Knotterus, A. S., & Volder, E. de. (2016). "International Criminal Justice and the Early Formation of an African Criminal Court". En: Clarke, K.M., Knotterus, A.S. & de Volder, E. (eds.) *Africa and the ICC: Perceptions of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 376–406.
- Kyriakakis, J. (2016). "Article 46C: Corporate Criminal Liability at the African Criminal Court" En: C.C. Jalloh, K. Clarke, & V. Nmehielle (eds.). *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lungu S. (2022) "Appraising the Regime of Cooperation Under the Malabo Protocol". En: Lubaale E.C. & Dyani-Mhango N. (eds.). *National Accountability for International Crimes in Africa*. Cham: Palgrave Macmillan.
- Lyons, S. (2006). "The African Court on Human and People's Rights". En: *Insights*. Vol. 10(24).
- Macdonald, A., (2017) "‘In the interests of justice?’ The International Criminal Court, peace talks and the failed quest for war crimes accountability in northern Uganda". En: *Journal of Eastern African Studies*. Vol 11 (4). Pp. 628-648.
- Mahdi, M. (2019). "Africa's international crimes court is still a pipe dream". En: *Institute for Security Studies*. issafrica.org/iss-today/africas-international-crimes-court-is-still-a-pipe-dream?utm_source=BenchmarkEmail&utm_campaign=ISS_Today
- Manirakiza, P. (2019). Complementarity Between the International Criminal Law Section and Human Rights Mechanisms in Africa. En: C.C. Jalloh, K. Clarke, & V. Nmehielle (eds.). *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Manishimwe, A. (2019). "Immunities From Prosecution Of International Crimes: A Critical Analysis Of The Position Of African Member States To Both The Rome Statute And The Malabo Protocol". Kigali: Universidad de Ruanda.

- Maphosa, E. (2021). "The African Approach to the Principle of Complementarity of the International Criminal Court: A Potential Gem or Germ?" En: *South African Yearbook of International Law*. Vol. 45.
- Masumbe, P. S. (2020). "The African Union's Malabo Protocol Strengths And Weaknesses, And The Growth Or Decline Of Democracy - Security And Human Development In Africa: An Appraisal". En: *Public Policy and International Affair Academic Journal*. Vol. 2(4). Pp. 1–33.
- Mbonu, C. (2004). "Informe preliminar de la Relatora Especial, La corrupción y sus repercusiones en el pleno disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales". *Organización de las Naciones Unidas, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos*. Doc. Núm. E/CN.4/Sub.2/2004/23. 7 de julio de 2004.
- Martini, P. (2020). "The International Criminal Court versus the African Criminal Court". En: *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 18(5). Pp. 1185–1205.
- Meloni, C. (2017), "Modes of Responsibility (Article 28N), Individual Criminal Responsibility (Article 46B) and Corporate Criminal Liability (Article 46C)". En: Werle, G. & Vormbaun, M. (eds.) *The African Criminal Court: A Commentary on the Malabo Protocol*. International Criminal Justice Series, Vol. 10. Dordrecht: Springer.
- Mennecke, M. (2017). "The African Union and Universal Jurisdiction". En: Jalloh, C.C. & Bantekas, I. (eds.). *The International Criminal Court and Africa*. Oxford: Oxford University Press.
- Mills, K. (2012). "'Bashir is Dividing Us': Africa and the International Criminal Court". En: *Human Rights Quarterly*. Vol. 34(2). Pp. 404–447.
- Morrill, C. (2008). "Culture and Organization Theory". En: *Annals of the American Academy of Political and Social Science*. Vol. 619(1). Pp. 15–40.
- Mubiala, M. (2016). "Regional v. Universal Jurisdiction in Africa: The Habré Case". En: *FICHL Policy Brief Series*. Vol. 74.
- Mukum-Mbaku, J. (2010). *Corruption in Africa: Causes, Consequences, and Cleansups*. Plymouth: Lexington Books.
- Mystris, O. (2019). "Reimagining criminal justice through the lens of the African Union." Londres: Queen Mary University.
- Neuner, M. (2014). "When Justice is Left to the Losers – The Leipzig War Crimes Trials". En: Bergsmo, M. Cheah, W.L. & Ping, Y. (eds.). *Historical Origins of International Criminal Law: Volume 1*. Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher.

- Nimigan, S. (2019). "The Malabo Protocol, the ICC, and the Idea of 'Regional Complementarity'". En: *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 17(5). Pp. 1005-1029.
- Nmehielle, V. (2014). "'Saddling' the New African Regional Human Rights Court with International Criminal Jurisdiction: Innovative, Obstructive, Expedient?". En: *African Journal of Legal Studies*. Vol. 7(42).
- Ntanda-Nsereko, D., & Ventura, M. (2019). "Perspectives on the International Criminal Jurisdiction of the African Court of Justice and Human Rights Pursuant to the Malabo Protocol" En: C.C. Jalloh, K. Clarke, & V. Nmehielle (eds.). *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 257-284.
- Odinkalu, C. (2022). "Re-Examining Third World Approaches to Decolonizing International Law". En: *Fletcher Forum of World Affairs*. Vol 46(1).
- O'Keefe, R. (2004). "Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept". En: *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 2 (2004). Pp. 735-760.
- Olasolo, H. (2013). *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olasolo, H. (2016). "Los fines del derecho internacional penal". En: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Vol. 29. Pp. 93-146.
- Olasolo, H. (2018). *International Criminal Law, Transnational Criminal Organizations and Transitional Justice*. Boston-Leiden: Brill /Martinus Nijhoff.
- Olasolo, H., Martínez, J.R., & Rodríguez, A.M. (2016). "La inmunidad de jurisdicción penal por crímenes internacionales de los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores". En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 43(1). Pp.251-281.
- Olasolo, H., Galain, P. et. al. (2024).
- Olasolo, H. & Canosa, J. (2018). "La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la Luz del Derecho Internacional". En: *Política Criminal*. Vol.13(25). Pp. 444-500.
- Omorogbe, E.Y. (2019). "The Crisis of International Criminal Law in Africa: A Regional Regime in Response?". En: *Netherlands International Law Review*. Vol. 66. Pp. 287-311.
- Osei-Hwedi, B., & Osei-Hwedie, K. (1999). "The Political, Economic, and Cultural Bases of Corruption in Africa". En: Hope, K.R., & Chikulo, C.B (eds). *Corruption and Development in Africa - Lessons from Country Case Studies*. Nueva York: Palgrave Macmillan.

- Pérez-Cepeda, A. & Peña, W. (en publicación). Formas de autoría y participación de las personas físicas: especial atención a los máximos responsables.
- Powers, S. (2011). "Rwanda's Gacaca Courts: Implications for International Criminal Law and Transitional Justice". En: *ASIL Insights*. Vol.15(17).
- Reinold, T. (2012). "Constitutionalization? Whose constitutionalization? Africa's ambivalent engagement with the International Criminal Court". En: *International Journal of Constitutional Law*. Vol 10(4). Pp. 1076-1105.
- Ross, A., Sriram, C.L. (2013). "Closing Impunity Gaps: Regional transitional justice processes?". En: *Transitional Justice Review*. Vol 1(1).
- Sadat, L.N. & Carden, R. (2000). "The new international criminal court: an uneasy revolution". En: *Georgetown Law Journal*. Vol. 88. Pp. 381-459.
- Samaradiwakera-Wijesundara, C. (2022). "Complementarity and Criminal Liability of Companies in Africa: Missing the Mark?". En: Lubaale, E.C., Dyani-Mhango, N. (eds.) *National Accountability for International Crimes in Africa*. Cham: Palgrave Macmillan.
- Sangvhi, N. (2021). "Development of Unconstitutional Change of Government under the Malabo Protocol – From Prohibition to Over-Criminalisation?" En: *African Journal of Legal Studies*. Vol 13(4).
- Sarkin, J. (2020). "Understanding South Africa's Changing Positions on International Criminal Justice: Why the country wanted to withdraw from the International Criminal Court (ICC) and why it may remain in the ICC for the time being?". En: *Cadernos de Estudos Africanos*. Vol. 40.
- Schabas, W. (2013). "The Banality of International Justice". En: *Journal of International Criminal Justice*. Vol.11 (3). Pp. 545-551.
- Sherman, M. (2018). "Standards in Command Responsibility Prosecutions: How Strict, and Why?". En: *Northern Illinois University Law Review*. Vol. 04(2018).
- Shilaho, W. (2018). "The International Criminal Court (ICC) and the African Union (AU): A Bulwark against Impunity or an Imperial Trojan Horse?" En: *African Journal of Conflict Resolution*. Vol. 18(1). Pp. 119-147.
- Sikkink, K. (2011). *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics*. Nueva York: W.W. Norton & Company.
- Sirleaf, M. (2017). "The African Justice Cascade and the Malabo Protocol". En: *International Law Journal of Transitional Law*. Vol. 11.
- Sluiter, G. (2018). "Enforcing Cooperation". En: *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 16(2). Pp. 383-402.
- Stompor, J. (2006). "The Darfur Dilemma: U.S. Policy Toward the ICC". En: *Georgetown Journal of International Affairs*. Vol. 7(1). Pp. 111-119.

- Ssenyonjo, M. (2017). "African States Failed Withdrawal from the Rome Statute of the International Criminal Court: From Withdrawal Notifications to Constructive Engagement". En: *International Criminal Law Review*. Vol. 17(5). Pp. 749–802.
- Taylor, M. (2019). "Defence and Fair Trial Rights at the African Court of Justice and Human and Peoples' Rights". En: C.C. Jalloh, K. Clarke, & V. Nmehielle (eds.). *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 643-740.
- Thuo-Gathi, J. (2020). *The Performance of Africa's International Courts: Using Litigation for Political, Legal, and Social Change*. Oxford: Oxford University Press.
- Tladi, D. (2013). "The ICC Decisions on Chad and Malawi: On Cooperation, Immunities, and Article 98". En: *Journal of International Criminal Justice*. Volume 11(1). Pp. 199–221.
- Tladi, D. (2017). "Immunities (Article 46A bis)". En: Werle, G. & Vormbaun, M. (eds.) *The African Criminal Court: A Commentary on the Malabo Protocol*. International Criminal Justice Series, Vol. 10. Dordrecht: Springer.
- Tshitsi-Ndouba, K. (2019). "El andamiaje del regionalismo internacional penal africano: problemas y perspectivas". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol 20 (2020). Pp. 459-491.
- Transparencia Internacional (2015). "Fighting Grand Corruption: Challenges and Successes". En: *Anti-Corruption Helpdesk*. [Fighting_grand_corruption_challenges_and_successes_2015.pdf](#) (transparency.org)
- Transparencia Internacional (2019). *Global Corruption Barometer Africa, Citizens' Views and Experiences of Corruption*.
- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), United Nations Development Programme (UNDP) & UNODC-INEGI Center of Excellence in Statistical Information on Government, Crime, Victimization and Justice (2018). *Manual on Corruption Surveys: Methodological guidelines on the measurement of bribery and other forms of corruption through sample surveys*. Vienna.
- Vandeginste, S. (2021). "Decolonising human rights protection in Africa: impunity rhetorically repackaged?" En: *African Policy Brief*. Vol. 35.
- Van der Wilt, H. (2014). "Crimes against humanity: a category hors concours in (international) criminal law?". En: Van Beers, B. et. al. (eds.). *Humanity across International Law and Biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Van der Wilt, H. (2017). “Complementary Jurisdiction (Article 46H)”. En: Werle, G. & Vormbaun, M. (eds.) *The African Criminal Court: A Commentary on the Malabo Protocol*. International Criminal Justice Series, Vol. 10. Dordrecht: Springer.
- Van der Wilt, H. (2019). “Unconstitutional Change of Government. En: C.C. Jalloh, K. Clarke, & V. Nmeielle (eds.). *The African Court of Justice and Human and Peoples’ Rights in Context: Development and Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Viljoen, F. (2004). “A Human Rights Court for Africa, and Africans”. En: *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 30.
- Washburn, J. (1999). “The Negotiation of the Rome Statute for the International Criminal Court and International Lawmaking in the 21st Century”. En: *Pace International Law Review*. Vol. 11 (2). Pp. 361-377.
- Watkins, J. & Weber, J.P. (2006). *War Crimes and War Crime Trials: From Leipzig to the ICC and Beyond: Cases, Materials and Comments*. Durham: Carolina Academic Papers, Durham.
- Wickberg, S. (2013). “Tools to reduce private sector engagement in grand corruption during the award of public contracts, concessions and licenses”. En: *Transparency International, U4 Anti-Corruption Resource Centre*. Vol. 369.

Informes, resoluciones y otros documentos

Corte Penal Internacional

Corte Penal Internacional. (2016). Ruto and Sang Case: The Prosecutor v. William Samoei Ruto & Joshua Arap Sang. ICC-01/09-01/11.

Estados Individuales

BÉLGICA

Bélgica (2009). Observations by Belgium on the scope and application of the principle of universal jurisdiction. Organización de las Naciones Unidas. Disponible en: https://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Belgium_E.pdf

KENIA

Kenia, (2013). Aide Memoire: Kenya and the International Criminal Court. Recuperado el 20 de septiembre de 2021 en el siguiente hipervínculo:

https://moam.info/aide-memoire-kenya-and-the-international-criminal-court_5a312f481723ddac01fe43ba.html

Organización de las Naciones Unidas

Comisión de Derecho Internacional

Comisión de Derecho Internacional. (1950). Addendum to Replies to Governments. Documento A/CN.4/19 Add. I. En: Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1950, volumen II. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v2.pdf.

Comisión de Derecho Internacional. (1953). Summary Record of the 235th Meeting. Documento A/CN.4/SR.235. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. Vol. I (1953).

Comisión de Derecho Internacional. (15 de julio, 1954). Summary record of the 268th Meeting. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. Vol. 1 (1954). Pp. 139.

Comisión de Derecho Internacional. (27 de julio de 1984). Report of the International Law Commission on the work of its thirty-sixth session, 7 May - 27 July 1984, Official Records of the General Assembly, Thirty-ninth session, Supplement No. 10. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. Vol. 2 (1984). Pp. 12-18.

Comisión de Derecho Internacional. (28 de octubre de 2020). “Diálogo Informal Entre la CDI y la Sexta Comisión de la Asamblea General. Inmunidad de Jurisdicción Penal Extranjera de los Funcionarios del Estado. Presentación de la Relatora Especial, Concepción Escobar Hernández”.

Comisión de Derecho Internacional. (3 de junio de 2021). “Immunity of State Officials From Foreign Criminal Jurisdiction. Statement of the Chairperson of the Drafting Committee, Ms. Patricia Galvão Teles”.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2005). Resolución 1593. Documento SC/RES/1593.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2011). Resolución 1970. Documento SC/RES/1970.

Reportes y prensa

Al-Jazeera (2021). *Sudan says will 'hand over' al-Bashir to ICC for war crimes trial*. <https://www.aljazeera.com/news/2021/8/12/sudan-omar-al-bashir-icc-war-crimes-darfur>

- Hailu, F. (30 de julio de 2021). "Ethiopia: Why hasn't the African Union intervened in Tigray?" *The Africa Report*. <https://www.theafricareport.com/113662/ethiopia-why-hasnt-the-african-union-intervened-in-tigray/>
- Human Rights Watch (2014). Statement Regarding Immunity for Sitting Officials Before the Expanded African Court of Justice and Human Rights.
- Human Rights Watch (2 de noviembre de 2016). "More Fear than Fair: Gambia's 2016 Presidential Election". <https://www.hrw.org/report/2016/11/02/more-fear-fair/gambias-2016-presidential-election>
- UNODC, (1 de noviembre 2015), "Eliminating corruption is crucial to sustainable development".

Unión Africana

- Asamblea de la Unión Africana. (2008). Decision on the Report of the Commission on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction. Documento Assembly/AU/Dec.199 (XI).
- Asamblea de la Unión Africana. (2008). Decision on the Implementation of the Assembly Decision on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction. Documento Assembly/AU/Dec.213(XII).
- Asamblea de la Unión Africana. (2009). Decision on the Report of the Commission on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Tribunal (ICC). Documento Assembly/AU/Dec.245 (XIII).
- Asamblea de la Unión Africana. (2009b). Decision on the meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) (Doc. Assembly/AU/13(XIII))
- Asamblea de la Unión Africana. (2010). Decision on the Report of the Second Meeting of States Parties to the Rome Statute on the International Criminal Court (ICC). Documento Assembly/AU/Dec.270 (XIV).
- Asamblea de la Unión Africana. (2010). Decision on the Progress Report of the Commission on the Implementation of Decision Assembly/AU/Dec.270(Xiv) on the Second Ministerial Meeting On The Rome Statute Of The International Criminal Court (ICC) Documento Assembly/AU/Dec.296 (XV).
- Asamblea de la Unión Africana. (2010) Decision on the Implementation of the Assembly Decisions on the International Criminal Court. Documento Assembly/AU/Dec.366 (XVII).

- Asamblea de la Unión Africana. (2014). Decision on the Progress Report of the Commission on the Implementation of the Decisions on the International Criminal Court. Documento Assembly/AU/Dec.493 (XXII).
- Asamblea de la Unión Africana. (2012). Decision on the Situation in Palestine and the Middle East. Documento Assembly/AU/Dec.396 (XVIII).
- Asamblea de la Unión Africana. (2012). 7. Decision on the Progress Report of the Commission on the Implementation of the Assembly Decisions on the International Criminal Court (ICC). Documento Assembly/AU/Dec.397 (XVIII).
- Asamblea de la Unión Africana. (2014). Decision on the Draft Legal Instruments. Documento Assembly/AU/Dec.529 (XXIII).
- Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1998), Declaración de Uagadugú.
- Consejo Ejecutivo de la Unión Africana (2008). Report of the Commission on the Use of the Principle of Universal Jurisdiction by Some non-African States as Recommended by the Conference of Ministers of Justice/Attorneys General. Documento EX.CL/411 (XIII).
- Consejo Ejecutivo de la Unión Africana (2011). Decision on the Activity Report of the African Commission on Human and People's Rights (ACH-PR). Documento EX.CL/649(XVIII).
- Consejo Ejecutivo de la Unión Africana. (2012). Progress Report of the Commission on the Implementation of Assembly Decisions on the International Criminal Court (ICC). Documento EX.CL/710 (XX).
- Consejo Ejecutivo de la Unión Africana. (2014). Report on the Financial and Structural Implications of Extending the Jurisdiction of the African Court of Justice and Human Rights to Encompass International Crimes. Documento EX.CL/773 (XXII) 2.
- Consejo Ejecutivo de la Unión Africana. (2014b). The Report, The Draft Legal Instruments and Recommendations of the Specialized Technical Committee on Justice and Legal Affairs. Documento EX.CL/846(XXV) Rev.1.
- Consejo Ejecutivo de la Unión Africana (2017). *Withdrawal Strategy Document*. Accedido el 4 de octubre de 2021 en: www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/icc_withdrawal_strategy_jan._2017.pdf
- Unión Africana, (2002), Protocol Relating to the Establishment of the Peace and Security Council of the African Union, (Protocolo de Durban), <https://www.peaceau.org/uploads/psc-protocol-en.pdf>
- Unión Africana, (2019), Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights (Proto-

colo de Malabo). Estado de ratificación: au.int/sites/default/files/treaties/36398-sl-PROTOCOL%20ON%20AMENDMENTS%20TO%20THE%20PROTOCOL%20ON%20THE%20STATUTE%20OF%20THE%20AFRICAN%20COURT%20OF%20JUSTICE%20AND%20HUMAN%20RIGHTS.pdf

Capítulo 5

La propuesta de creación de una Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Organizado Transnacional

MARÍA PAULA LÓPEZ VELÁSQUEZ*

1. INTRODUCCIÓN

Este capítulo pretende abordar la propuesta de creación de una Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Organizado Transnacional (COPLA) como una posible respuesta armonizadora para enfrentar el fenómeno de la corrupción asociado al crimen organizado transnacional (COT) en la región de América Latina y El Caribe. Todo ello en un contexto en el que las dificultades para afrontar escenarios multifronterizos de corrupción y la erosión de los espacios de cooperación internacional (ya sea en el marco de Naciones Unidas o de las organizaciones regionales) ponen de presente la necesidad de crear un tribunal internacional de ámbito regional destinado a abordar exclusivamente el COT, y la corrupción asociada al mismo (Sillitti & López, 2021).

* Abogada por la Universidad del Rosario (Colombia). Maestría de estudios avanzados en Derecho Internacional Público con énfasis en Derecho Internacional Penal por la Universidad de Leiden (Países Bajos). Candidata al Doctorado en la Universidad del Rosario (Colombia). Profesora e investigadora en la Universidad del Rosario. Consultora de la Jurisdicción Especial para la Paz. Correo Electrónico: mariapa.lopez@urosario.edu.co. La autora agradece el aporte fundamental de los expertos Octavio Sillitti, Camila López y Nicolás Cordini para la construcción de este texto; así como al Prof. Dr. Héctor Olasolo y Federico Freydell por su acompañamiento y apoyo.

Para ello, se describe de manera general el fenómeno de la corrupción asociada al COT en la región para brindar el contexto que lleva a la creación de la campaña COPLA, su desarrollo temporal y cómo esta ha venido alcanzando nuevos espacios de cooperación. A continuación, se aborda el objetivo de la COPLA tal y como se recoge en su Proyecto de Estatuto, su jurisdicción material y ciertos aspectos de su funcionamiento. Posteriormente, se analizarán sus similitudes y diferencias con los mecanismos e instrumentos internacionales existentes y, por último, los pasos a seguir por la campaña junto a algunas reflexiones en torno a la dificultad de su aceptación a pesar de sus posibles ventajas.

2. EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL EN LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito afirmó en su Visión Estratégica para América Latina y el Caribe 2022-2025 que la región aun cuenta en la actualidad con “altos niveles de desigualdad y violencia, los cuales vienen acompañados de un crecimiento económico ralentizado, la percepción de una creciente corrupción e impunidad, un incremento del desorden social, una mayor vulnerabilidad a las amenazas ambientales y los impactos negativos de la pandemia de COVID-19” (UNODC, 2022).

Específicamente, el informe manifiesta que la región presenta la percepción más alta (un 80 % de la población), y creciente, de corrupción en el gobierno (UNODC, 2022). Adicionalmente, de acuerdo con el Estudio Mundial sobre el Homicidio de la UNODC, “el crimen organizado por sí solo puede ser una fuente importante de violencia letal. Desde el comienzo del siglo XXI, el crimen organizado ha provocado aproximadamente el mismo número de asesinatos que todos los conflictos armados de todo el mundo combinados” (UNODC, 2019). De esta manera, “se estima que un promedio de 65,000 asesinatos cada año estuvieron relacionados con el crimen organizado y las pandillas durante el período 2000-2017 y que hasta el 19 por ciento de todos los homicidios registrados a nivel mundial en

2017 estuvieron relacionados con el crimen organizado y las pandillas” (UNODC, 2019).

Según el informe, América Latina y El Caribe es la región del mundo que presenta el mayor número de homicidios, puesto que “los países de las Américas informaron 173,000 víctimas de homicidio intencional, el 37 por ciento del total mundial en una región que representa solo el 13 por ciento de la población mundial” (UNODC, 2019), lo que supone una tasa de homicidios de 17.2 por cada 100.000 habitantes (la más alta registrada en la región desde que comenzaron los registros confiables en 1990) (UNODC, 2019).

Con base en lo anterior, y a pesar de las iniciativas que se han tenido desde UNODC para reducir el impacto de la corrupción asociada al COT, los Estados latinoamericanos se han enfrentado a la necesidad de plantear nuevas soluciones regionales que: (a) puedan generar efectos transnacionales, favorezcan la efectividad de las políticas públicas y aseguren la efectividad de la ley y la protección de los derechos humanos; y (b) no estén condicionadas a la ausencia de voluntad política para crear soluciones nacionales, la falta de capacidad estatal para hacer presencia efectiva en todo el territorio nacional y las carencias en materia de investigación, persecución e infraestructura para combatir la delincuencia organizada compleja (Sillitti & López, 2021).

A esas instancias, la posibilidad de crear un tribunal regional que se encargue de investigar, perseguir y condenar a los máximos responsables del COT y, con esto, abordar en bloque la corrupción asociada puede ser una solución real basada en la cooperación para evitar la impunidad transfronteriza.

3. EL PROYECTO DE CREACIÓN DE LA CORTE PENAL LATINOAMERICANA Y DEL CARIBE CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

El COT y el fenómeno de la corrupción han hecho de América Latina y el Caribe una de las regiones más violentas del mundo (UNODC, 2021). Por este motivo, los distintos Estados de la región

se han visto en la necesidad de plantear nuevas estrategias e iniciativas para afrontar dichas realidades desde la cooperación y el multilateralismo, así como la efectividad de políticas criminales que tengan en cuenta el carácter transfronterizo de la delincuencia.

Así, la COPLA surge como una iniciativa de la sociedad civil; específicamente, de la organización argentina Democracia Global, que promueve la creación de escenarios transnacionales de justicia, los cuales representan la necesidad de globalización de la democracia¹. En palabras de sus promotores:

[...] las organizaciones criminales asociadas al narcotráfico, la trata de personas, el lavado de dinero, y otros crímenes transnacionales, han alcanzado una dimensión regional y escapado al control de las instituciones nacionales. Una COPLA podría ser efectiva en la persecución de las cúpulas criminales, la confiscación de sus bienes y la desarticulación de sus organizaciones (Democracia Global, 2022).

De este modo, COPLA es concebida como un tribunal creado por un tratado internacional entre los Estados de la región que son parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Delincuencia Organizada Transnacional del 2000 (CNUDOT o Convención de Palermo) y sus tres protocolos: (a) el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas, componentes y municiones; (b) el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire; y (c) el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Currie & León, 2018).

En consecuencia, la competencia material de la COPLA incluiría los crímenes transnacionales establecidos en la Convención de Palermo y sus protocolos adicionales, así como el tráfico de estupefacientes, el lavado de activos, el soborno transnacional y el comercio ilícito de bienes culturales cometidos en los territorios de los Estados parte (Currie & León, 2018). Concretamente, el art. 5 del Proyecto de Estatuto de la COPLA describe los delitos de su competencia; a saber: (a) tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas; (b) fabricación y/o tráfico ilícito de armas de fuego, sus componen-

¹ Vid.: <https://www.globaldemocracy.online/nosotros>

tes, piezas y municiones; (c) trata de personas; (d) tráfico y prostitución de niños, niñas y adolescentes; (e) tráfico ilícito de migrantes; (f) tráfico de bienes culturales; (g) lavado de activos; y (h) soborno internacional.

Con base en esto, la propuesta de creación de una COPLA se ha incentivado como una solución regional a un fenómeno que afecta a todos los Estados y que ninguno puede resolver de forma autónoma por la naturaleza transnacional de la criminalidad organizada. Como resultado, desde 2015, la campaña ha sido apoyada en distintos escenarios, entre los que destacan los siguientes:

- 2015: Declaración de apoyo a la campaña por parte de del Senado de la Nación Argentina (COPLA, s.f.)
- 2016: Declaración de apoyo por parte de la Cámara de Diputados de la Nación Argentina y del Parlamento del MERCOSUR – PARLASUR (COPLA, s.f.)
- 2017: Presentación de la iniciativa ante: (a) la 72° Asamblea General de las Naciones Unidas por parte de la vicepresidenta Gabriela Michetti; (b) la 16° Asamblea de Estados Parte de la Corte Penal Internacional; y (c) la Asamblea Parlamentaria Euro-Latinoamericana en la sede del Parlamento Europeo (COPLA, s.f.)
- 2018: (a) Declaración de Buenos Aires a favor de la creación de la COPLA firmada por representantes de Argentina, Bolivia, Ecuador, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana y Venezuela en el Foro de Presidentes de Parlamentos del G20; (b) Envío de una manifestación de apoyo al establecimiento de la COPLA por los copresidentes de la Asamblea Parlamentaria Euro-Latinoamericana (EuroLat) a las Naciones Unidas, la CELAC y a los Ministros de Asuntos Exteriores de la Unión Europea (Sillitti & López, 2021); y (c) Declaración por la organización Parlamentarios para la Acción Global (con base en el objetivo de desarrollo sostenible 16 de las Naciones Unidas) de su apoyo a la creación de la COPLA para la persecución y castigo de las cúpulas criminales en estrecha colaboración con las fuerzas de seguridad y las autoridades judiciales (PGA, 2018);

- 2019: (a) Firma, en el marco de la XLVII Reunión de Ministros de Justicia y de la XLI Reunión de Ministros del Interior y Seguridad del MERCOSUR y Estados asociados, de una Declaración donde los Ministros se comprometen a estudiar la viabilidad de una COPLA (Guerra, 2019), lo que refleja la necesidad de abordar la principal problemática de la región desde una perspectiva coordinada intersectorial que potencie los esfuerzos logísticos, humanos y de cooperación (Guerra, 2019); (b) Declaración del interés por la campaña de la Asociación Latinoamericana de Fiscales (COPLA, s.f.); (c) Expresión de apoyo a la campaña por el Grupo Nacional de Parlamentarios por la Acción Global de Ecuador (COPLA, s.f.); y (d) Declaración del interés nacional por la iniciativa para crear la COPLA por la Cámara de Diputados del Paraguay (COPLA, s.f.).
- 2020: Inclusión de la Propuesta de Estatuto en la plataforma Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina (COPLA, s.f.).
- 2020-2023: A raíz de la pandemia por COVID-19 y el cambio de Gobierno en Argentina, la campaña se vio desacelerada. No obstante, ha retomado su iniciativa a través de las nuevas declaraciones de EUROLAT y la creación de espacios de conversación con representantes de los distintos gobiernos de los países de la región.

Además, la campaña por el establecimiento de la COPLA ha contado con la firma de adhesión de varias personalidades de la esfera política regional e internacional, así como de destacados académicos y juristas (Currie & León, 2018; Sillitti & López, 2021).

4. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA CORTE PENAL LATINOAMERICANA Y DEL CARIBE CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL (COPLA)

4.1. Objetivos

América latina y el Caribe cuentan con distintos instrumentos que buscan abordar el COT, así como distintas políticas públicas na-

cionales donde cada Estado responde al fenómeno según su propio sistema. No obstante, ninguno de los dos escenarios (instrumentos internacionales o políticas domésticas) pueden responder a la transnacionalidad en vista que, los instrumentos jurídicos internacionales carecen de carácter coercitivo para los Estados que no los suscriban y las políticas domésticas no pueden controlar lo que sucede con este fenómeno una vez se cruza la frontera.

Por tal razón, una de las soluciones planteadas ha sido que los Estados afectados por las conductas delictivas negocien los denominados *suppression treaties*, donde se busca que criminalicen ciertas conductas y provean asistencia a los demás Estados parte para su investigación y juzgamiento (Bassiouni, 1999). Sin embargo, contar con una misma tipificación de las conductas no es suficiente para materializar la cooperación necesaria para alcanzar el objetivo de su erradicación.

A esas instancias, el Proyecto de creación de COPLA busca armonizar los dos escenarios anteriormente enunciados por medio de un Proyecto de Estatuto que recoge las definiciones de los instrumentos internacionales mayoritariamente reconocidos en la región y el deber para los Estados que lo ratifiquen de adoptar la literalidad de las mismas. Para ello, el Proyecto de Estatuto toma como base principalmente la Convención de Palermo del 2000² y la Convención

² La Convención de Palermo en su art. 3(1) establece el ámbito de aplicación de la misma; a saber: “A menos que contenga una disposición en contrario, la presente Convención se aplicará a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de: (a) Los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención; y (b) Los delitos graves que se definen en el artículo 2 de la presente Convención; cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado (Convención de Palermo, 2000). Por su parte, el Protocolo de Malabo surge en respuesta a las tensiones existentes entre África y la Corte Penal Internacional. Específicamente, el hecho que la mayor cantidad de situaciones y casos de la Corte Penal Internacional se han enfocado en países y perpetrados africanos. Así, “en junio de 2014 la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana adoptó el Protocolo de Enmienda al Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos” (Montero Ferrer, 2019), conocido como Protocolo de Malabo; el cual, entre otras cuestiones, crea la Sección de Derecho Internacional Penal (Montero Ferrer, 2019).

de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 (Convención de 1988), al ser los instrumentos de mayor suscripción por parte de los Estados de la región y, por ende, existir una mayor probabilidad de ser aceptados por los Estados al momento de negociar el establecimiento de COPLA. Además, incluye también elementos de la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 (CICC), la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (Convención OCDE) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC o Convención de Mérida). Sin embargo, de acuerdo con el grupo de juristas redactores del Proyecto de Estatuto, estas definiciones estarían abiertas a la negociación y a la inclusión de otras conductas que no se encuentran en el mismo, tales como el tráfico de fauna y flora silvestre y el cibercrimen (Cordini, comunicación personal, 28 noviembre 2022).

La Convención de 1988, la CICC, la Convención OCDE, la CNU-
DOT y la CNUCC están enfocadas en la cooperación, razón por la cual el artículo 2(1) de la primera establece que:

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

Por su parte, la (CICC) establece en su artículo VIII que:

[...] entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

Lo anterior es retomado por la Convención de la OCDE, al establecer en su art. 7 la obligación, frente al lavado de dinero que, “cada

parte que haya dictaminado como delito el cohecho de sus propios servidores públicos para efectos de aplicar sus leyes contra el lavado de dinero, deberá hacerlo en los mismos términos para el cohecho de un servidor público extranjero, independientemente del lugar donde éste haya ocurrido” (OCDE, 1997). Esto permite garantizar una equivalencia funcional entre las medidas tomadas por las partes para sancionar el cohecho de servidores públicos extranjeros, sin exigir uniformidad ni cambios en los principios fundamentales del régimen jurídico de un Estado parte.

Por su parte, la Convención de Palermo establece en su art. 1 que “el propósito de la presente Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional” (Convención de Palermo, 2000); mientras que la Convención de Mérida prevé en su art. 3 que “la Convención se aplicará de conformidad con sus disposiciones, a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción y al embargo preventivo, la incautación, el decomiso y la restitución del producto de delitos tipificados con arreglo a la misma” (Convención de Mérida, 2003).

Estas disposiciones demuestran que depende de los Estados firmantes la materialización de los objetivos descritos en las Convenciones, lo cual, no permite garantizar que la aproximación de los distintos Estados a las conductas delictivas sea lo suficientemente similar para que el nivel de justicia o impunidad no varíe entre países (Cordini, comunicación personal, 28 noviembre 2022).

Así las cosas, y teniendo como base las conductas de las Convenciones como sustento de su ilicitud y gravedad, el Proyecto de Estatuto pretende dar un paso adicional exigiendo adoptar la literalidad de las definiciones por parte de los Estados que eventualmente ratifiquen el tratado; deber que no se recoge en las Convenciones (Cordini, comunicación personal, 28 noviembre 2022). Esta obligación permitiría lograr una armonización de las conductas porque implicaría una modificación de los sistemas nacionales evitando así las lagunas de jurisdicción o los paraísos jurídico-penales para quienes crucen fronteras buscando evitar una condena en un Estado específico (Cordini, comunicación personal, 28 noviembre 2022).

Esto no significa, sin embargo, que al momento de la negociación del Proyecto de Estatuto no se puedan modificar las definiciones, si bien, el aspecto fundamental del mismo es que los Estados Parte adopten la literalidad de las definiciones contenidas en dicho Proyecto, porque las mismas recojan el consenso regional en la materia.

4.2. Proyecto de Estatuto

De acuerdo con el art. 1 del Proyecto de Estatuto, la COPLA tiene la vocación de ser un tribunal permanente de carácter complementario a los sistemas penales nacionales que se encargará de perseguir y juzgar a las cúpulas, jefes u organizadores criminales responsables de la comisión de los crímenes previstos en su Estatuto y en la Convención de Palermo y sus protocolos anexos.

Dicha complementariedad es un principio que la COPLA compartiría con la Corte Penal Internacional (CPI), que únicamente puede entrar a conocer la situación de un Estado, donde se hayan cometido crímenes de su competencia, si se cumplen los requisitos establecidos en el art. 17 del Estatuto de la CPI (ECPI); específicamente, cuando exista una falta de disposición genuina o una falta de capacidad en el Estado de investigar, juzgar y sancionar crímenes internacionales. Así, el art. 10 del Proyecto de Estatuto de la COPLA recoge estos mismos presupuestos (falta de disposición en su primer numeral y falta de capacidad en el segundo), al establecer lo siguiente:

1. La Corte teniendo en cuenta el artículo 1, resolverá la admisibilidad de un asunto cuando ocurra alguno de los siguientes supuestos:
 - a) El asunto no haya sido ni esté siendo objeto de investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él, ya sea porque no haya querido o no haya podido hacerlo. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el

- caso: i) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; ii) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.
- b) El imputado haya sido sujeto de una orden internacional de detención y haya transcurrido un plazo de seis meses sin haberse efectivizado la misma.
 - c) El asunto no haya sido ni esté siendo objeto de investigación o enjuiciamiento por un Tribunal internacional o regional de manera previa.
2. En los ítems precedentes, a fin de determinar la incapacidad o la falta de decisión para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado en cuestión —debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella— no puede o no quiere hacer comparecer al acusado, disponer de las pruebas y los testimonios necesarios y/o llevar a cabo el juicio por cualquier otra razón fáctica o normativa.

El art. 6 del Proyecto de Estatuto recoge una serie de definiciones que llenan de contenido a los delitos transnacionales enumerados en el art. 5, lo cual demuestra la intención de armonización descrita anteriormente frente a los escenarios ya existentes de cooperación en los objetivos que busca el Proyecto.

Frente a esto, es menester aclarar que, en cuanto a la responsabilidad, si bien el Proyecto se refiere al COT y por ende a grupos delictivos organizados, esta recae, según su art. (1)(2) en personas naturales. Ahora bien, esta misma disposición recalca como el Proyecto de Estatuto busca centrarse en cúpulas y jefes; razón por la cual, el art. 11 bis obliga a los Estados parte a no aplicar beneficios de indulto, amnistía y conmutación de pena a los imputados y condena-

dos por los crímenes recogidos en el Proyecto de Estatuto, bajo pena de nulidad absoluta.

Lo anterior, demuestra a su vez, cómo el Proyecto de Estatuto busca centrar la responsabilidad según figuras de atribución de responsabilidad, tales como la responsabilidad del superior, más no da una explicación estatutaria de cómo esta se vería materializada en el proceso; únicamente se refiere en su art. 12 a la intencionalidad que debe tener una persona para ser considerada penalmente responsable.

Por último, el Proyecto de Estatuto hace un gran énfasis en la cooperación internacional que se necesita para la ejecución de sus objetivos, tanto en lo relativo a la adopción de la literalidad de sus definiciones al momento de ratificar el Estatuto, como en la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de su competencia, remitiéndose específicamente a estos efectos en su art. 35 a la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal.

4.3. Elementos adicionales específicos del Proyecto de creación de la Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Organizado Transnacional (COPLA)

El Proyecto de creación de la COPLA difiere de escenarios penales internacionales como la CPI, en vista que el ECPI no obliga a los Estados parte a adoptar la literalidad, limitándose a establecer que los Estados han de recoger en sus legislaciones nacionales los elementos sustanciales constitutivos de los crímenes de su competencia (Sillitti & López, 2021), a pesar de que los crímenes previstos en el ECPI (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión) tienen su fuente jurídica en el Derecho Internacional Penal (DIP) (Archibugi, 2013).

Además, en el caso de la COPLA se parte de la similitud de los sistemas normativos de la tradición jurídico penal romano-germánica en el sentido que los Estados de América Latina, comparten, en general, un sistema penal basado en la teoría del delito y un sistema procesal penal de corte acusatorio; por tanto, no se habla de costum-

bre regional sino de prohibición desde la ley (N. Cordini, comunicación personal, 28 noviembre 2022). Esto sin duda es importante si tenemos en cuenta que, a diferencia de los crímenes internacionales, los delitos transnacionales tienen su fundamento jurídico en el derecho doméstico, a pesar de que su planeación, desarrollo o efectos traspase las fronteras de un Estado (Currie & León, 2018).

El Proyecto de Estatuto propone también un modelo de Fiscalía similar al modelo del Fiscal Europeo, el cual buscaría proteger los intereses de la región, pero, al no ser parte de la COPLA, la justicia seguiría siendo local. Como se señala en el art. (20) (1):

[...] la Fiscalía actuará en forma independiente como órgano separado de la Corte. Estará encargada de recibir remisiones e información corroborada sobre crímenes de la competencia de la Corte para examinarlas y realizar investigaciones y ejercitar la acción penal ante la Corte. Los miembros de la Fiscalía no solicitarán ni cumplirán instrucciones de fuentes ajenas a la Corte.

Esta aproximación ahonda la armonización al incentivar el trabajo de la justicia doméstica y materializa a su vez, la complementariedad de la jurisdicción.

5. LA CORTE PENAL LATINOAMERICANA Y DEL CARIBE CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL COMO POSIBLE RESPUESTA A LAS NECESIDADES PLANTEADAS POR LA OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO EN SU INFORME PARA LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE (2022-2025)

La declaración política de junio de 2021 de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) sobre corrupción (A/RES/-32/1, 2021), en línea con su Resolución 73/191 (2018) impulsada por Colombia y Perú, reconoce la corrupción como una amenaza a la estabilidad y la seguridad de las sociedades (UNODC, 2021: 5), y plantea, entre otros, el establecimiento de redes internacionales que fomenten la cooperación y el intercambio de buenas prácticas entre las autoridades anticorrupción (UNODC, 2021: 16).

En cuanto al COT, el Informe de Estrategia para Latinoamérica y el Caribe 2021-2025 de la UNODC (2021: 19) establece que uno de los principales aspectos a desarrollar es:

[...] continuar con el trabajo de apoyo a la implementación de hojas de rutas coordinadas; el fortalecimiento de las capacidades para la detección, investigación y el enjuiciamiento; la promoción de acciones basadas en evidencia para monitorear el tráfico de armas y la implementación de operaciones conjuntas en cooperación con otros actores relevantes como INTERPOL.

Además, según plantea a la UNODC (2021: 20) en dicho informe, es necesario:

[...] incrementar el intercambio de información regional y la planificación, coordinación y colaboración basada en evidencia para combatir la delincuencia organizada transnacional, incluso mediante cooperación policial, redes internacionales judiciales y de control de fronteras.

COPLA podría llegar a materializar, por medio de su Fiscalía independiente y su obligación de adoptar la literalidad de las conductas ya aprobadas en escenarios de cooperación, los objetivos planteados por la UNODC para enfrentar la criminalidad y su relación con la corrupción en América Latina y El Caribe; en el entendido que, COPLA sería, en todo caso, un mecanismo de implementación, es decir, un escenario jurídico con un objetivo claro de coerción y evitación de impunidad.

6. ¿QUÉ SIGUE PARA EL PROYECTO DE LA CORTE PENAL LATINOAMERICANA Y DEL CARIBE CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL (COPLA)?

Si bien para marzo de 2023, COPLA aún no ha nacido a la vida jurídica, la campaña ha continuado. Desde el 2022 y en el marco de Parlamentarios para la Acción Global, Democracia Global ha redoblado esfuerzos para lograr que se expida una declaración de la Asamblea de EuroLat en apoyo al Proyecto con el ánimo de que eso permita llegar a los parlamentos nacionales y situarlo en las agendas domésticas (López, comunicación personal, 28 noviembre 2022).

Además, se requiere continuar buscando apoyo por parte de los Estados de la región para que se apruebe la creación de la COPLA, en el marco de un proceso de negociación del Proyecto de Estatuto, que, en todo caso, se encuentra sujeto a cambios (López, comunicación personal, 28 noviembre 2022).

El Proyecto recoge el aprendizaje de otros tribunales como la CPI y su proceso de creación, al incluir las definiciones mayormente aceptadas, el principio de complementariedad y una Fiscalía independiente para así, materializar un escenario supranacional que se activa en escenarios específicos y no, una Corte de revisión de sentencias. Además, si bien COPLA es un mecanismo de aplicación del Derecho Penal Transnacional, su debida aplicación necesitará de medidas efectivas de investigación y una colaboración estructural que evidencie un ánimo colaborativo indispensable para la eficacia de los organismos supranacionales (Sillitti & López, 2021).

Sin embargo, la campaña debe sortear el creciente escepticismo que escenarios como COPLA generan en los Estados de la región, que prefieren asumir una posición proteccionista de su soberanía nacional, alejadas de iniciativas como esta que requieren involucrarse en la creación de sistemas de colaboración bilateral o multilateral y asumir toda una serie de obligaciones de persecución penal. Por ello, a pesar de la necesidad de establecer instituciones regionales como la COPLA, y de su apoyo por la sociedad civil y por ciertos Estados, la idea de que las autoridades nacionales latinoamericanas y del Caribe colaboren con una organización supranacional resulta todavía difícil de concretar.

7. CONCLUSIONES

La campaña por el establecimiento de la COPLA es el resultado de una realidad regional que empeora con el paso del tiempo. Una realidad que necesita de soluciones realistas y no de escenarios multilaterales donde únicamente se describa la importancia de la cooperación. Sin embargo, es precisamente en materia de cooperación y voluntad política, donde se requiere un mayor impulso para lograr dar vida a la COPLA.

A pesar del escepticismo y la renuencia a generar obligaciones de cooperación bilateral o multilateral (especialmente al consistir en un tribunal regional que buscará investigar, juzgar y sancionar a líderes de organizaciones y miembros de las cúpulas más altas del poder político en una región que ha demostrado uno de los mayores índices de corrupción en el mundo), el Proyecto continúa siendo una de las pocas alternativas ante la constatación de que ningún instrumento de los mencionados en este capítulo ha logrado abordar los altos índices de violencia y corrupción en la región.

Esto no significa, sin embargo, que la creación de la COPLA no presente sus propios retos, sobre todo teniendo en cuenta que implicaría acoger la literalidad de sus definiciones en el ámbito interno, fortalecer la cooperación en una región que no cuenta con las mejores relaciones diplomáticas entre Estados y destinar los recursos necesarios para asumir su nada despreciable costo en una situación de notable déficit presupuestario de muchos de los Estados latinoamericanos y del Caribe. Todo ello, además del largo camino que muy probablemente pueda resultar de la negociación del Proyecto de Estatuto y de la puesta en marcha del mismo.

No obstante, tal y como sucedió con la creación de la CPI, que acabó siendo establecida a iniciativa de la sociedad civil tras ser necesarias varias décadas para que los Estados asumieran su relevancia y oportunidad, la campaña por la creación de la COPLA continúa en marcha para obtener el apoyo necesario que permita consagrar una solución armonizadora para la persecución penal de los crímenes transnacionales y la lucha contra la impunidad de sus máximos responsables.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

Archibugi, D. (2013). “A Cosmopolitan Perspective on Global Criminal Justice”, Preliminary versions of this paper have been presented at International Studies Association Annual Convention, New Orleans, 2010; at the Conference on “Cosmopolitanism and Conflict”, John Cabot University, convened by Tom Bailey, Rome, October 2013; and at the Conference

- “Critical Foundations of Contemporary Cosmopolitanism”, convened by Tamara Caraus, New Europe College, Bucharest, Romania.
- Bassiouni, M. C. (1999). “The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework”. En: *International Criminal Law*. Transnational Publishers.
- Currie, J. R. & Leon, J. (2018). “COPLA: A Transnational Criminal Court for Latin America & the Caribbean”. En: *Nordic Journal of International Law*. Vol. 1. Pp. 1-53.
- Corbino, M. (2017). “Corte Penal Latinoamericana y del Caribe (COPLA)”. Anuario en Relaciones Internacionales del IRI; 2017, Repositorio Institucional de la Universidad Nacional de la Plata, Instituto de Relaciones Internacionales. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/100285>
- Democracia Global (2022). *Campaña COPLA*, Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Transnacional Organizado. En: <https://www.globaldemocracy.online/proyectos>
- Guerra, C.L. (2019). “COPLA: una alternativa para los Ministros del MERCOSUR”. *Global Democracy*. <https://www.globaldemocracy.online/post/copla-una-alternativa-para-los-ministros-del-mercosur>
- Iglesias, M.d.A. (2020). “África y la Justicia Internacional: una agitada relación”. En: *Deusto Journal of Human Rights*. Vol. 6. Pp. 153-177.
- Montero Ferrer, C. (2019). “The participation of victims and civil society in the reformed African Court of Justice and Human Rights. A comparative study in light of ICC’s Jurisprudence”. En: *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*. Vol. 7. Pp. 141-166.
- Sillitti, O & López Velásquez, M.P. (2021). *El proyecto COPLA para el establecimiento de una Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Organizado Transnacional*. https://www.coalicioncopla.org/_files/ugd/614ade_0160815330a14f41830590f95bd4b467.pdf

Informes, resoluciones y otros documentos

- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2000. En: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>
- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, 1988. En: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf

- Convención Interamericana contra la Corrupción, 1996. En: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_b-58_contra_corrupcion.pdf
- Convención para Combatir el Cohecho de Servicios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, 1997. En: https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf
- Convención de Mérida, 2003. En: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf
- COPLA, Estatuto de la Corte Penal Latinoamericana y del Caribe (COPLA), 2018. En: https://www.coalicioncopla.org/_files/ugd/f06e0a_34a4954967e7496694b79f1d3005f685.pdf
- COPLA, coalición por la Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el crimen transnacional organizado. En: <https://www.coalicioncopla.org/documentos>
- Parlamentarios para la Acción Global, Declaración, 5 septiembre 2018. En: https://www.pgaction.org/pdf/PGA_COPLA.pdf
- UN Doc A/RES/44/39 (4 December 1989). En: https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/Drug_Resolutions/1980-1989/1989/GA_A-RES-44-39.pdf
- UN, Treaty Collection, Amendments on the crime of aggression to the Rome Statute of the International Criminal Court. En: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-b&chapter=18&clang=_en
- UNODC, Estudio Mundial sobre el Homicidio, 2019. En: https://www.unodc.org/documents/ropan/2021/HOMICIOS_EN_ESPANOL.pdf
- UNODC, Visión estratégica de UNODC para América Latina y el Caribe 2022-2025. En: https://www.unodc.org/res/strategy/ESTRATEGIA_LA-TAM_2022_2025_ENE17_ESP_EDsigned.pdf

Comunicaciones personales con expertos

López Badra, Camila. Actualmente se desempeña como Directora Ejecutiva de la ONG Democracia Global, Movimiento por la Unión Sudamericana y el Parlamento Mundial. Es Directora Internacional del Modelo de Parlamento en las Naciones Unidas y Coordinadora de la campaña para la creación de una Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Transnacional Organizado (COPLA), la cual surge en el marco de la ONG de la cual es directora. Comunicación personal, 28 noviembre 2022.

Cordini, Nicolás Santiago. Doctor en Derecho con Orientación en Derecho Público, Magister en Derecho, Abogado. Actualmente se desempeña como investigador CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas) en el Instituto Ambrosio L. Gioja – Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires y es miembro del equipo de juristas por la COPLA. Comunicación personal, 28 noviembre 2022.

II.3. LOS TRIBUNALES HÍBRIDOS

Capítulo 6

Los tribunales híbridos

TOMÁS K. MANGUEL*
JEREMÍAS BRUSAU*

1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se estudiarán los denominados tribunales híbridos (THs) o mixtos, y se analizarán sus principales caracterís-

* Asesor Legal en Derechos Humanos, Embajada Argentina (Turquía), ex funcionario de la Cámara Federal de Casación Penal (Argentina), Visiting Professional en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de las Naciones Unidas (Países Bajos), Miembro del Grupo de Justicia Internacional de la Red multidisciplinar de investigación “Perspectiva Epistemológica Ibero- Americana de la Justicia”, Jurado de Simulacro de Juicio ante la Corte Penal Internacional y Jurado Internacional del Certamen Blattmann, Odio Benito y Steiner, coordinados por el Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos), Director del Departamento de Derecho Penal Internacional de STRALI -Strategic Litigation- (Italia), Magister en Derecho Penal y Justicia Internacional (United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute, Italia), Magister en Derecho Penal y Ciencias Penales (Universidad de Barcelona y Universitat Pompeu Fabra, España), Especialista en Derecho Penal (Universidad de Buenos Aires), Abogado con orientación en Derecho Penal (Universidad de Buenos Aires), Profesor de Derecho Penal y Derecho Penal Internacional, Maestría de Derecho Penal (Universidad de Palermo, y Universidad de Buenos Aires, Argentina), Profesor de Derecho Penal Internacional de la Especialización en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Bolonia, Italia), Profesor Invitado de la Facultad de Derecho de Lomas de Zamora, Argentina, Instituto de Servicio Exterior de Argentina, Universidad de Mármara y Universidad de Ankara, Turquía y de la Universidad de Bolonia, Italia. Autor de publicaciones de la especialidad Derecho Penal Internacional, en obras propias y en coautoría.

** LL.M. de la University of Georgia (Estados Unidos) y Magíster en Derecho Penal de la Universidad Torcuato Di Tella (Argentina). Abogado de

ticas (sección 2). Para ello, tomaremos como casos de referencia el Tribunal Especial de Sierra Leona (TESL), las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya (SETC), el Tribunal Especial para el Líbano (TEL) y las Salas Especializadas de Kosovo (SEK) (sección 2), con el fin de analizar sus fortalezas y debilidades, en particular, con miras a recurrir a este tipo de estructuras híbridas para dar respuesta al fenómeno de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT) (sección 3). Evaluaremos si un instrumento propio del derecho internacional penal (DIP) resulta extrapolable al campo del derecho penal transnacional (DPT). Para ello, veremos semejanzas y diferencias entre ambos campos del derecho penal, y a partir de ello analizaremos si los THs son un instrumento apropiado para el DPT.

Posteriormente, estudiaremos si existen otras alternativas en el ámbito internacional y en el regional, donde puedan también trasladarse los delitos transnacionales (sección 4). A esos fines, tendremos en consideración instituciones internacionales existentes, como la Corte Penal Internacional (CPI) y otras que aún no han sido establecidas como la Corte Internacional Contra la Corrupción (CICC), respectivamente. Lo mismo en cuanto al ámbito regional africano y latinoamericano, donde tomaremos como referencia, respectivamente, el Protocolo de Malabo (que aún no ha sido ratificado), y la iniciativa para la creación de una Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Transnacional Organizado (COPLA).

Finalmente, expondremos las conclusiones alcanzadas, en las que daremos respuesta a los interrogantes formulados (sección 5).

2. PRIMERA APROXIMACIÓN A LOS TRIBUNALES HÍBRIDOS

En aquellos lugares donde han sido cometidas graves violaciones a los derechos humanos y, como resultado de ello, sus instituciones

la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Profesor Adjunto interino de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires.

resultaron fuertemente debilitadas, la justicia local —o lo que queda de ella— no se encuentra normalmente en condiciones de llevar adelante las respectivas investigaciones y proceso de juzgamiento de los crímenes cometidos. Ante este panorama, los THs aparecen como una vía posible para lograr que las atrocidades ocurridas no queden impunes. Se entiende que las deficiencias que reclaman la internacionalización judicial por medio de un tribunal híbrido son: (a) que no estén disponibles las herramientas legales adecuadas a nivel nacional; (b) que la capacidad judicial nacional resulte insuficiente; y (c) falta de voluntad política para perseguir los crímenes acaecidos (Ainley & Kersten, 2019: 5).

Estas instituciones híbridas surgen entonces como respuesta a la necesidad de determinar la responsabilidad de los perpetradores respecto de los distintos y graves conflictos cometidos alrededor del mundo. Si bien es cierto que existen estructuras propias del DIP, muchas veces aquellas no resultan aplicables —o idóneas—, ya sea por sus elevados costos, o por problemas jurisdiccionales o de falta legitimidad¹. Un ejemplo claro es la invasión rusa sobre Ucrania: en esta situación², la CPI tiene jurisdicción para investigar todos los delitos del Estatuto de la CPI, salvo respecto del crimen de agresión³. Por

¹ En términos similares a los aquí presentados, Naughton afirma que “Trágicamente, se siguen cometiendo crímenes atroces a gran escala, frecuentemente y con intensidad, en muchos lugares del mundo. La experiencia indica que el número de estos crímenes supera con creces la capacidad de un solo tribunal para enjuiciar, al menos, una parte razonable de ellos. Además, los crímenes se cometen a menudo en países cuyos sistemas jurídicos nacionales son frágiles o están totalmente comprometidos, de modo que los tribunales nacionales no pueden constituir el mecanismo principal para llevar a cabo los juicios. Por lo tanto, en un futuro previsible, los tribunales penales híbridos —es decir, tribunales que combinan características de los sistemas jurídicos internacionales y nacionales— serán necesarios para complementar los juicios penales internacionales y/o los juicios penales nacionales de los crímenes de atrocidades masivas [...]” (2018: 1).

² ICC-01/22. Para más información, *vid.*: <https://www.icc-cpi.int/ukraine>.

³ Ello, toda vez que Rusia no es un Estado Parte del Estatuto de Roma y al ser miembro del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, resulta improbable que vote a favor de remitir al Fiscal de la CPI una situación en los términos del artículo 13(b) del Estatuto de la CPI.

este motivo, una parte de la comunidad académica internacional está planteando la creación de un tribunal híbrido que pueda juzgar al presidente Putin por aquel delito.

Se advierte entonces que, sin perjuicio de que exista un TIP permanente en funcionamiento desde el año 2002, se sigue recurriendo a diversos mecanismos para crear nuevos THs, cuyas características revelan más diferencias que semejanzas (Sánchez-Mera, 2014: 4).

Los THs son una mezcla de derecho internacional y derecho doméstico⁴ (Dickinson, 2003a: 295; Van Schaack, 2016: 172; Nouwen, 2006: 203; Skinnider, 2007: 243). El componente doméstico de los THs brinda a la sociedad aquella legitimidad de la que por lo general carecen los tribunales penales puramente internacionales⁵. Ese es uno de los motivos por los cuales la mayoría de los THs tienen su sede en el lugar donde ocurrieron los hechos. La proximidad del tribunal con el lugar de los hechos facilita una mayor participación local en los procesos con actores familiarizadas con el conflicto y con el contexto cultural del lugar de comisión (Nouwen, 2006: 191). Por su

⁴ Nouwen destaca que, en razón de la diversidad de modelos existentes, y la posibilidad de institución de tribunales con diferentes estructuras en el futuro, es difícil identificar características que definan el concepto de “tribunales híbridos” sin ser accidentalmente compartidas por los tribunales actualmente existentes (2006: 193). Por esa razón, aquí elegimos enfatizar la característica que la mayor parte de la doctrina identifica como común, no obstante, luego mencionaremos otras que suelen compartir tribunales que se consideran comprendidos en esta categoría. Sin embargo, es importante que tengamos en cuenta que “la estructura de los tribunales existentes no graba en piedra los límites de todas las formas concebibles de tribunales híbridos” (Nouwen, 2006: 193). Algunos autores adoptan definiciones más restrictivas de la categoría, lo que los lleva a excluir algunos tribunales del listado. Por ejemplo, se ha dicho que una característica general de los tribunales híbridos es su establecimiento luego de graves conflictos, para el juzgamiento de responsables de crímenes internacionales, y que, por lo tanto, el Tribunal Especial para el Líbano no reviste esta naturaleza (Cimiotta, 2016: 63).

⁵ Baylis (2021: 104) explica que los análisis más recientes de los mecanismos de legitimidad de los THs proponen realizar más esfuerzos que solo contar con elementos locales. Por ejemplo, seleccionar a los jueces internacionales dentro de la región o asegurar que los jueces domésticos representen una variedad de grupos sociales.

parte, el componente internacional aporta principalmente independencia, imparcialidad y *expertise* en el campo del DIP (Baylis, 2021: p.103; Naughton, 2018: 6).

Los rasgos que distinguen unos THs de otros pueden sintetizarse en los siguientes aspectos: las circunstancias de su creación, su instrumento constitutivo, su grado de internacionalización, los casos sobre los que tienen jurisdicción, su competencia material, sus mecanismos de funcionamiento y su sede (Cryer, 2010: 181). Asimismo, algunos de ellos se construyeron sobre la base de una estructura ya existente en el sistema judicial doméstico, mientras que otros fueron creados como órganos independientes de los tribunales locales. Estas condiciones hacen que el área de los THs haya sido vista como un espacio para la innovación y la adaptación creativa (Dickinson, 2003a: 295). Estas diferencias hacen que sea cuestionable hablar de los THs como una categoría con una naturaleza jurídica propia.

Una clasificación comúnmente aceptada diferencia entre dos clases de THs: los de base internacional, que operan como instituciones independientes de las jurisdicciones domésticas, y los que forman parte de los sistemas judiciales nacionales. En el primer grupo se encuentran el TESL y el TES; en el segundo, las SETC. En cuanto al TEK, se trata de un *tertium genus*, pues, como veremos más adelante, incluye también un componente regional, dado por la participación de la Unión Europea (Stahn, s.f.: 4). Con independencia de que en este trabajo analizaremos las características de estos cuatro THs en particular, es conveniente presentar algunos elementos generalmente asociados a estas estructuras.

Se han identificado cuatro características principales en el modelo de THs, bien algunas de ellas pueden no estar presentes en ciertos casos (Naughton, 2018: 6). En primer lugar, se trata de tribunales con jurisdicción sobre crímenes internacionales, aunque también algunos de ellos tienen jurisdicción sobre delitos recogidos en el derecho doméstico. En segundo lugar, las reglas que rigen el proceso seguido ante sus estrados suelen provenir de las normas o prácticas del DIP. En tercer lugar, la mayor parte de estos tribunales cuentan con una composición mixta nacional/internacional de jueces, fiscales y demás personal. Finalmente, estos tribunales reconocen fuentes de financiamiento, al menos en parte, internacionales.

Una característica que frecuentemente se atribuye a los THs es su carácter de tribunales ad hoc, es decir, que han sido creados para resolver los casos que se presentan en una situación específica. Dicha característica es también compartida por otros tribunales puramente internacionales, como el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), que, a diferencia de la CPI, también fueron creados con posterioridad, y con motivo, de un determinado conflicto (Nouwen, 2006: 211). Sin embargo, también es concebible la existencia de un tribunal híbrido permanente, que, en palabras de Creegan, “evitaría que la comunidad internacional tenga que inventar la rueda cada vez que un crimen transnacional relevante sea cometido” (Creegan, 2011: 269)⁶.

Por último, cabe remarcar que el legado es una de las funciones principales de estos tribunales; esto es, lograr un impacto duradero en la sociedad, en el sistema de justicia y en la sociedad en general, brindando las herramientas necesarias para reconstruir o fortalecer las instituciones de un determinado Estado. Esta denominada *capacity building* o robustecimiento de las instituciones (Dickinson, 2003a: 307) brinda una mayor confianza de la sociedad en sus instituciones, y permite llevar adelante los procesos de reconciliación y restauración de la paz (Naughton, 2018: 9), propios de una justicia transicional.

A continuación, abordaremos el estudio de los cuatro tribunales seleccionados para este trabajo, lo que permitirá dar cuenta de la diversidad de estructuras y experiencias de los THs.

⁶ Creegan propone la creación de un tribunal híbrido permanente que complemente el trabajo de la CPI: mientras ésta se ocupa de juzgar crímenes internacionales, el nuevo tribunal híbrido juzgaría crímenes transnacionales, especialmente, casos de terrorismo (2011: 270), aunque, según este autor, también podría extenderse para abarcar casos de narcotráfico y piratería (2011: 279).

3. EL TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA

Como adelantamos, comenzaremos por describir brevemente los conflictos que derivaron en la creación del tribunal, que en este caso se remontan a la Guerra Civil en Sierra Leona entre 1991 y 2001, originada en los golpes de estado organizados por el Frente Revolucionario Unido (FRU), que contaba con el apoyo de ciertas facciones de las fuerzas armadas y la asistencia internacional del gobierno de Liberia. Este conflicto se cobró la vida de más de 50.000 personas, y el desplazamiento de más de 5 millones de personas (Gberie, 2003: 637). El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU) buscó un acuerdo entre las partes del conflicto, logrando la firma del Acuerdo de Paz de Lomé, el 7 de julio de 1999, que incluía un indulto al líder del FRU y una amnistía plena para los responsables de los crímenes cometidos por miembros de las fuerzas combatientes. El entonces Secretario General de las Naciones Unidas (SGNU), Kofi Annan, si bien firmó el acuerdo, aclaró que esta amnistía no aplicaba al genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otras serias violaciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH) (Naughton, 2018: 20).

A fin de contrarrestar la amnistía, el Acuerdo también preveía la instauración de una Comisión de Verdad y Reconciliación (Gberie, 2003: 639). No obstante, lo beneficioso que el Acuerdo resultó para el FRU, su firma no logró evitar que el grupo retomara sus actividades, y así, en mayo de 2000, secuestró a personal de la Misión de Mantenimiento de la Paz de Naciones Unidas. En virtud de ello, el 6 de junio del mismo año, el entonces presidente de Sierra Leona, Ahmad Tejan Kabbah, solicitó al SGNU su apoyo para el establecimiento de un Tribunal Especial que juzgara a los responsables de los crímenes cometidos, incluido el secuestro del personal mencionado (Gberie, 2003: 639)⁷.

⁷ Scheffer (2012: 83) explica que, además del secuestro de las fuerzas de la ONU, el jefe del FRU ordenó retomar la lucha en el sector del norte de Sierra Leona e iniciar la invasión de Freetown. Pero fue especialmente el primero de estos hechos el que generó una indignación tan grande que permitió dar empuje a la iniciativa de crear un tribunal que pusiera fin a la

Así, mediante la Resolución 1315 (2000), el CSNU solicitó al SGNU negociar con el gobierno la instalación de un “tribunal especial independiente” para juzgar a los máximos responsables por los delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y otras violaciones graves del DIH, “así como respecto de los delitos tipificados en el derecho pertinente de Sierra Leona que hayan sido cometidos dentro del territorio de Sierra Leona”.

David Scheffer, quien participó en la planificación del tribunal, destacó que algunos Estados miembros de la ONU, especialmente Reino Unido, querían evitar que el nuevo tribunal fuera un órgano subsidiario del CSNU y que contemplara contribuciones obligatorias de los Estados. Las cuestiones financieras fueron cruciales para definir dos puntos que marcaron el funcionamiento del TESL: una competencia personal acotada a aquellos con una responsabilidad mayor en el conflicto (lo que se estimaba en una docena de personas) y un sistema de financiamiento basado en aportes voluntarios (Scheffer, 2012a: 86, 90). El tribunal fue finalmente creado en 2002 por un acuerdo entre la ONU y el Gobierno de Sierra Leona y su funcionamiento se enmarcó por fuera del orden doméstico (Van Schaack, 2016: 191)⁸.

Si bien su creación a partir de un acuerdo bilateral da cuenta de un apoyo de la comunidad internacional y del gobierno local⁹, no existe obligación alguna para los Estados de cooperar con él, en

impunidad (2012: 82; 85). También fue significativo el hecho de que fuerzas de intervención británicas lograran detener al líder del FRU, Sankoh, pocos días después, pues en esas circunstancias el futuro tribunal tenía un acusado a quien juzgar.

⁸ *Vid.*: TESL, 2003a. En ese caso, el tribunal explicó que, si bien los instrumentos internacionales para el establecimiento del tribunal requerían una ratificación, ello no transformó a la TESL en un tribunal doméstico, reafirmando así su naturaleza internacional. En este sentido, *vid.* también: TESL, 2003b; 2003c.

⁹ Son de destacar como muestras de apoyo del CSNU en las resoluciones S/RES/1470 (2003 y S/RES/1478 (2003), en las que instó a los Estados a cooperar plenamente con el TESL.

tanto no se trata de un órgano subsidiario del CSNU¹⁰ (Van Schaack, 2016: 192; Castillo Meneses, 2012: 90). Este déficit de poder del TESL se hizo especialmente notorio en su caso más importante: la acusación contra el ex mandatario de Liberia, Charles Taylor. Tanto Ghana como posteriormente Nigeria se negaron a entregarlo al TESL, a pesar de que se había ordenado su arresto por la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Esta situación demostró la imposibilidad por parte del tribunal de garantizar la ejecución de sus órdenes de captura, siendo la falta de colaboración de los Estados una de las grandes falencias del TESL (Castillo-Meneses, 2012: 87), lo que es especialmente grave tratándose de una jurisdicción diseñada para juzgar hechos de altos funcionarios de terceros Estados¹¹. Taylor fue finalmente arrestado por las autoridades de Nigeria en el año 2006, aproximadamente tres años después de que se hiciera pública la acusación en su contra, y en virtud del requerimiento efectuado por parte de la entonces presidenta de Liberia, Ellen Johnson-Sirleaf (Mariniello, 2013: 425).

Otro aspecto relevante en el caso de Taylor fue el de las inmunidades personales de los mandatarios y funcionarios de terceros Estados. Mientras Taylor estuvo en el poder en Liberia, afirmó que la orden de captura emitida por el TESL era violatoria de la soberanía de aquel Estado. El TESL, con base en el art. 6 (2) de su Estatuto y en la decisión de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso Ye-

¹⁰ Si bien hay quienes entienden que la Resolución 1315 del CSNU y el rol de ese órgano en la creación del tribunal son pautas para afirmar que el TESL es un tribunal creado por el Consejo, lo cierto es que ni la ONU ni el tribunal consideran que aquella resolución delegue poderes del Capítulo VII de la Carta de la ONU. Al respecto, puede consultarse, SGNU (2000). *Informe del SGNU respecto de la creación del TESL*. S/2000/915. Párr. 1. Así mismo, la Sala de Apelaciones del TESL entendió que Ghana no estaba legalmente obligado a ejecutar la orden de arresto emitida por el tribunal. *Vid.*: TESL. *Prosecutor v. Taylor. Decision on Immunity from Jurisdiction*. 31 de mayo de 2004.

¹¹ Scheffer (2012: 87) revela que desde el planeamiento del tribunal se tuvo en cuenta la necesidad de que tuviera competencia para juzgar a Charles Taylor, y que por ello no se incluyó en la regulación una pauta de la nacionalidad de los acusados.

rodía entre la República Democrática del Congo y Bélgica, entendió que, debido al carácter internacional del TESL, el acusado no podía hacer valer su inmunidad ante esa jurisdicción¹².

El TESL estuvo conformado por dos Salas de Primera Instancia, una Sala de Apelaciones, una Fiscalía y una Secretaría¹³. Su sede se encontraba en Freetown (Sierra Leona), que al igual que la mayoría de los THs, está ubicada en el Estado donde tuvieron lugar las atrocidades que originaron su creación. Esta circunstancia contribuyó a crear una sensación de pertenencia por parte de la justicia doméstica, favoreciendo la conexión e interacción con sus nacionales y el seguimiento de los procesos por parte de las víctimas, los testigos y otras personas involucradas en el conflicto (Noween, 2006: 209). Así mismo, desde el punto de vista de su funcionamiento, facilitó también que su personal fuera en gran parte nacional de Sierra Leo-

¹² *Vid.*: TESL, 2004. Sin embargo, esta solución ha sido muy criticada, pues se ha indicado que el artículo 6.2 del Estatuto del TESL no se refiere expresamente a las inmunidades personales ni funcionales como obstáculos al proceso, sino a la invocación de la posición oficial como defensa sustantiva. Al mismo tiempo, se ha dicho que un tribunal que reconoce su origen en un tratado celebrado entre dos partes no puede tener como efecto el privar a ciudadanos de terceros Estados de sus inmunidades. Incluso si el CSNU quisiera disponerlo, debería hacerlo en forma explícita (Schabas, 2008: 524). Para quienes siguen esta postura, la Corte Internacional de Justicia no estaba pensando en tribunales basados en un tratado internacional cuando resolvió el caso de la orden de detención. Volveremos sobre este punto al comparar esta situación con la del TEL.

¹³ *Vid.*: artículo 11 del Estatuto del TESL. Las Salas de Primera Instancia estaban conformadas por tres jueces, uno de ellos elegido por el Gobierno de Sierra Leona y dos por el SGNU. La Sala de Apelaciones estaba compuesta por cinco jueces, de los cuales dos eran designados por el Gobierno de Sierra Leona y tres por el SGNU (artículo 12 del Estatuto). El Fiscal era designado por el SGNU, pero estaba previsto que fuera asistido por un Fiscal de Sierra Leona, “como así también por cualquier otro personal de Sierra Leona o internacional que pueda ser requerido para desarrollar las funciones asignadas de forma efectiva y eficiente.” (artículo 15 del Estatuto).

na¹⁴ (Castillo-Meneses, 2012: 83)¹⁵. Sin embargo, cabe señalar que el hecho de que la sede del TESL estuviera en territorio nacional tampoco define la naturaleza híbrida del tribunal¹⁶. En efecto, el juicio seguido contra Taylor tuvo que realizarse en La Haya por motivos de seguridad, circunstancia que tampoco modificó el carácter híbrido del TESL¹⁷.

Finalmente, en cuanto a la competencia del TESL, el art. 1 de su Estatuto prevé que está facultado para enjuiciar “a las personas que tengan la mayor responsabilidad por las graves violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho sierraleonés cometidas en el territorio de Sierra Leona desde el 30 de noviembre de 1996”. En sucesivos artículos, se describen los crímenes de su competencia, a saber: crímenes de lesa humanidad (art. 2), violaciones al art. 3 común a las Convenciones de Ginebra y del Protocolo Adicional II (art.

¹⁴ Si bien, ha de señalarse que el número de sierraleoneses en los puestos más altos fue menor al esperado, hecho que fue asociado a la falta de capacidad local del Estado. Algunos críticos consideran, sin embargo, que esto fue provocado por una excesiva intromisión del gobierno de los Estados Unidos, que, según afirman, buscaba apoyar al tribunal para demostrar la viabilidad de alternativas a la CPI (Van Schaack, 2016: 237-238). También se ha entendido que este proceder pudo haber sido una forma del gobierno de mantener distancia con el TESL (Chehtman, 2011: 24).

¹⁵ Esta circunstancia lo diferencia especialmente del tribunal que lo precedió en el continente: el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), cuya sede se encontraba en Tanzania. Por ello, los ruandeses interesados en asistir a los procedimientos debían costear un viaje a través de otros Estados, lo que podía resultar prohibitivo (Gberie, 2003: 642).

¹⁶ Del mismo modo, un TIP no ha de estar situado necesariamente situado en terreno neutral. Así, por ejemplo, el TPIR estaba previsto que se estableciera en Ruanda, y no en Arusha (Tanzania) como terminó sucediendo, en tanto y en cuanto el contexto de seguridad así lo requirió (Noween, 2006: 209).

¹⁷ Sobre este punto, se puede consultar la Resolución S/RES/1688 (2006) de fecha 16 de junio de 2006 dictada por el CSNU, en la que se tomó nota de la imposibilidad de celebrar el juicio de Taylor tanto en la sede del TESL por razones de seguridad, como en la sede del TPIR por estar abocado a completar su mandato en ese momento.

3), otras serias violaciones al DIH (art. 4) y ciertos delitos previstos en el derecho interno de Sierra Leona (art. 5)¹⁸.

El primer juicio comenzó en junio de 2004, y la primera sentencia fue dictada el 20 de junio de 2007¹⁹. El caso de Taylor, que duró 10 años, dilató la fecha de cierre del TESL. La Sala de Primera Instancia lo condenó a 50 años de prisión en abril de 2012; sentencia que fue confirmada por la Sala de Apelaciones en septiembre del 2013²⁰, poniendo así fin al funcionamiento del TESL (Naughton, 2018: 22).

El TESL funcionó durante diez años y completó cuatro casos contra doce acusados, culminando sus tareas en 2013 (Bonilla-Tovar *et. al.*, 2018: 538). En términos generales, se presenta el tribunal con un balance positivo por haber cumplido los objetivos que se propuso inicialmente (Scheffer, 2012a: 98). Sin embargo, durante este tiempo, tuvo serios problemas para hacer cumplir sus decisiones y financiarse, estimándose que su gasto total fue de entre 250 y 300 millones de dólares. Este elevado presupuesto le valió críticas (Gberie, 2003: 643), pues contaba con condiciones materiales notoriamente privilegiadas en comparación con el estado del sistema de justicia en Sierra Leona (Chehtman, 2011: 44).

También ha sido objeto de crítica la limitación de la competencia a “aquellos más responsables”, circunstancia que garantizó la impunidad de muchos actores involucrados (Gberie, 2003: 646; Bonilla-Tovar *et. al.*, 2018: 543), y la falencia del TESL en la construcción de

¹⁸ Dentro de los crímenes descritos en el derecho sierraleonés, el artículo 5 del ETESL especifica que el tribunal tendrá facultades respecto de los siguientes: (a) los relacionados con el abuso de niñas previstos en la Ley de Prevención de Crueldad contra Niños; y (b) los relacionados con la destrucción gratuita de bienes en virtud de la Ley de Daños Maliciosos. Entre los primeros, se detallan el abuso de niñas menores de 13 años, el abuso de niñas de entre 13 y 14 años, y el secuestro de una niña con fines inmorales. En el segundo grupo, se identifican el incendiar una vivienda y una persona que se encuentre en ella, incendiar edificios públicos u otros edificios. Sin embargo, el TESL ha sido blanco de críticas por no haber hecho uso del derecho sierraleonés, lo que generó un descontento entre los profesionales jurídicos locales (Chehtman, 2011: 37).

¹⁹ *Vid.*: TESL, 2007.

²⁰ *Vid.*: TESL, 2013.

capacidades locales, una función esencial de los THs. Ello obedeció, según explica Chehtman (2011: 44), a que no fueron adoptadas medidas en esta dirección y a la distancia que tomó el gobierno local de la actuación del TESL, desentendiéndose de su funcionamiento. La no aplicación del derecho interno (a pesar de que su estatuto lo habilitaba) y el recelo entre los profesionales del derecho sierraleoneses ante las mejores condiciones materiales del TESL impidieron que se dieran las circunstancias necesarias para la construcción de capacidades en Sierra Leona.

4. LAS SALAS EXTRAORDINARIAS EN LOS TRIBUNALES DE CAMBOYA

En 1975, el Partido Comunista de Kampuchea (los Jemereros Rojos) depuso al general Lon Nol y tomó el poder en Camboya, con el objetivo de imponer un sistema agrícola comunista y liberar al país de la interferencia de potencias extranjeras. Con ese fin declarado, la facción gobernante emprendió la eliminación física de todos aquellos que eran vistos como enemigos de la soberanía estatal (Bonilla-Tovar, et. al., 2018: 544). Aproximadamente un cuarto de la población fue asesinado y muchos otros sufrieron graves violaciones a sus derechos humanos, a través del hambre, detención arbitraria, tortura y desplazamiento forzoso, entre otras formas de persecución (Naughton, 2018: 24). El gobierno del Partido Comunista se extendió hasta 1979, sin embargo, no fue sino hasta 1997 cuando las autoridades de Camboya remitieron pedidos formales de asistencia al SGNU para el establecimiento de un tribunal que juzgara estos crímenes (Naughton, 2018: 23).

En 1998, la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) condenó el genocidio ocurrido en Camboya y envió un grupo de expertos para examinar la evidencia. En su informe, el grupo de expertos recomendó la creación de un tribunal internacional con sede en un país asiático del Pacífico que no fuera Camboya. Ello, dado el virtual colapso del sistema judicial en el país y el riesgo de influencia política en los tribunales domésticos por parte del gobierno (Skinner, 2007: 264). Desde aquel informe hasta la creación de las SETC,

transcurrieron varios años de negociaciones entre las autoridades camboyanas y el SGNU, procurando cada parte tener una influencia mayor (o, incluso, el control) sobre el tribunal resultante. Dicha circunstancia explica por qué las SETC han sido el tribunal híbrido que ha llevado más tiempo poner en funcionamiento (Naughton, 2018: 23; Van Schaack, 2016: 193).

El 6 de junio de 2003, se firmó finalmente el Acuerdo para la Persecución de los Crímenes de los Jemeres Rojos entre el Gobierno de Camboya y las Naciones Unidas, que, una vez aprobado por la Asamblea Nacional de Camboya en octubre de 2004, entró en vigor un año después, en 2005. Asimismo, Camboya aprobó la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya, que estaba prevista en el artículo 2 del Acuerdo como el instrumento que permitiría su implementación. En este punto, cabe aclarar que sin perjuicio de que el Acuerdo fue implementado a través de una ley interna, el instrumento constitutivo de las SETC es un tratado bilateral, de modo que no modifica el carácter consensual de su base jurídica (Donlon, 2011: 90; Cryer, 2010: 185)²¹.

Sin embargo, aunque tanto el establecimiento de las SETC, como el del TESL, obedece a un proceso de negociación finalizado por un tratado bilateral entre la ONU y el Estado afectado, lo cierto es que la estructura de las SETC estuvo marcada por la voluntad de Camboya de tener una mayor influencia sobre estas, y por ello las negociaciones culminaron en el establecimiento de un tribunal nacional con elementos internacionales, es decir, funcionando dentro del sistema judicial doméstico (Van Schaack, 2016: 192; Donlon, 2011: 90).

Como se dijo, la SETC funcionan dentro del sistema de justicia interno de Camboya, de modo que tienen su sede en la ciudad de Phnom Penh. En cuanto a su estructura, están compuestas por una Sala

²¹ Ciorciari & Heindel (2014: 42-43), en cambio, afirman que este tribunal nació con una “identidad jurídica ambigua”, pues, a pesar de que el Acuerdo presenta un marco para la actuación de las SETC, ellas fueron creadas por una ley nacional dentro del sistema jurídico local. En opinión de estos autores, se trata de una diferencia esencial respecto de las experiencias del TESL, creado por un tratado entre las Naciones Unidas y Sierra Leona, y del TEL, que estudiaremos a continuación.

de Primera Instancia y una Sala de la Corte Suprema encargada de las apelaciones (art. 2 de la Ley de las SETC)²². La primera está compuesta por cinco jueces profesionales, tres de ellos camboyanos y dos extranjeros, mientras que la segunda está conformada por siete jueces, cuatro camboyanos y tres extranjeros (artículo 9 del Estatuto). Resulta importante destacar que, fruto del ya mencionado interés de Camboya por mantener el control sobre las SETC y de su éxito en las negociaciones, los jueces nacionales constituyen la mayoría en las dos Salas, siendo el único tribunal híbrido con mayoría nacional (si bien se requiere, en todo caso, la concurrencia del voto de, al menos, un magistrado internacional para adoptar cualquier decisión) (Van Shaack, 2020: 194)²³.

El procedimiento para la toma de decisiones en las SETC ha sido muy criticado, debido a las diferencias de opinión entre los jueces de Camboya y los jueces internacionales respecto de la conveniencia de seguir adelante con el juzgamiento de los casos 003 y 004. En este contexto, se ha denunciado una interferencia indebida de las autoridades de Camboya en las actividades de las SETC y especialmente en los jueces internacionales (Van Schaack, 2016: 194). Estas situaciones han producido un desgaste en la credibilidad de las SETC, y conse-

²² El método previsto para la toma de decisiones requiere el voto de una “supermayoría” de al menos cuatro jueces de la Sala de Primera Instancia o cinco jueces de la Sala de la Corte Suprema (artículo 14 de la Ley de las SETC). Es decir, siempre resulta necesario contar con, al menos, un magistrado extranjero.

²³ La fuerte presencia del componente nacional camboyanos se observa también en la conformación de los restantes órganos. Así, por ejemplo, está previsto que las acusaciones sean efectuadas por dos fiscales, uno camboyanos y otro extranjero, que revisten el cargo de Co-Fiscales (artículo 16 de la Ley de las SETC). Las investigaciones están a cargo de dos Co-Jueces de Instrucción, uno de ellos camboyanos y otro extranjero. En caso de desacuerdo, tanto entre los Co-Fiscales como entre los Co-Jueces de Instrucción, las decisiones serán tomadas por una Sala de Asuntos Preliminares, compuesta por una mayoría de jueces camboyanos, con una “supermayoría” que incluye al menos un magistrado extranjero, como fue explicado respecto de las restantes salas (artículos 20 y 23 de la Ley). También la administración del tribunal está a cargo de dos Directores, uno camboyanos y otro extranjero (artículo 30 de Ley).

cuentemente, una pérdida de apoyo internacional (Bonilla-Tovar, *et. al.*, 2018: 555).

Esta circunstancia resulta especialmente delicada, tendiendo en cuenta que, al igual que el TESL, el financiamiento para su funcionamiento depende en gran parte de la voluntad de la comunidad internacional de realizar aportes económicos, porque, si bien el gobierno de Camboya realiza un aporte al presupuesto anual, es la ONU la que asume la mayor parte del financiamiento, a través del aporte voluntario de sus miembros (Bonilla-Tovar, *et. al.*, 2018: 548). Así, por ejemplo, en el presupuesto previsto para el año 2022, el componente internacional se calcula en 11,52 millones de dólares, mientras que el componente nacional es de apenas 4,66 millones (SETC, 2021).

Las SETC tienen competencia para juzgar a los líderes de los Jemeres Rojos y a los “principales responsables” de los crímenes cometidos durante el período incluido entre el 7 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979 (artículo 2 de la Ley de las SETC). La competencia material está definida en los artículos 3 a 8 de la Ley y comprende: (a) ciertos delitos definidos en el Código Penal de Camboya de 1956 (homicidio, tortura y persecución religiosa); (b) el crimen de genocidio (Convención sobre Genocidio de 1948); (c) los crímenes de lesa humanidad; (d) las graves violaciones a las Convenciones de Ginebra de 1949; (e) la destrucción del patrimonio cultural según la Convención de La Haya de 1954; y (f) los crímenes contra personas protegidas por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961. En consecuencia, las SETC aplican una combinación de derecho interno camboyano y derecho internacional, como es característico en los THs.

A diferencia de lo que sucede con el TESL, donde a partir de la guerra civil de Sierra Leona fueron juzgados nacionales y extranjeros (como en el caso de Charles Taylor, quien prestó apoyo logístico al RUF desde Liberia), el mandato de las SETC está dirigido al juzgamiento de líderes de los Jemeres Rojos, por lo que sus acusados son exclusivamente camboyanos. Es por esta razón que la cuestión en torno a las inmunidades no tiene en las SETC la misma relevancia que en el TESL.

En cuanto a la cooperación internacional, ya hemos expuesto al referirnos al TESL que el acuerdo de constitución del tribunal híbrido no puede crear obligaciones para terceros Estados. Además, a esta circunstancia se suma, respecto de las SETC, que el tribunal no puede celebrar acuerdos con otros Estados. Como resultado, dependen en materia de cooperación internacional de los acuerdos bilaterales celebrados por el gobierno de Camboya.

A la fecha, las SETC han conocido de cuatro casos, han formalizado acusaciones contra nueve personas, han dictado condenas contra tres acusados en los casos 001 y 002 y han cerrado los casos 003 y 004. El tribunal prevé la finalización de sus actividades hacia finales del año 2022, aunque se están desarrollando las instancias de apelación contra las órdenes de cierre de los dos últimos casos, que, en caso de ser revocadas, podrían dar lugar a nuevos juicios (SETC, 2021b). Más allá de la escasa cantidad de casos, personas acusadas y condenas, se ha destacado que los procesos desarrollados han comprendido cientos de crímenes, y que miles de víctimas han podido expresarse en ellos, lo que se valora como un logro en la labor del tribunal (Bonilla-Tovar, *et. al.*, 2018: 555).

5. EL TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO

El TEL tiene su origen en el atentado ocurrido en Beirut el 14 de febrero de 2005 contra el primer ministro libanés Rafik Hariri, en el que murieron 23 personas, 220 fueron heridas y se produjeron severos daños en el área circundante. El atentado consistió en la explosión de aproximadamente 1800 kilogramos de dinamita que estaban dentro de un vehículo estacionado (Wetzel & Mitri, 2008: 82). Hariri ocupaba el cargo de primer ministro desde hacía 10 años y era conocida su posición contraria a la influencia siria en el país. Además, se preveía su victoria en las siguientes elecciones, lo que representaría un golpe para los intereses de Siria (Lam, 2010: 31). En estas condiciones, el atentado fue percibido como un conflicto que trascendía los límites de El Líbano.

La ONU envió una Misión de Esclarecimiento de los Hechos que indagó acerca del atentado y llegó a la conclusión de que el proceso

de investigación seguido por las autoridades nacionales presentaba graves deficiencias. Así mismo, cuestionó la capacidad local para llevar adelante una investigación satisfactoria. Ello llevó a que el CSNU dictara la Resolución 1595 el 7 de abril de 2005, en la que decidió “establecer una comisión internacional independiente de investigación basada en El Líbano que ayude a las autoridades a investigar todos los aspectos de este acto terrorista e incluso a identificar a sus autores, patrocinadores, organizadores y cómplices”.

Esta Comisión de Investigación representó el primer paso hacia el establecimiento del TEL, porque en diciembre de 2005 las autoridades de El Líbano solicitaron al CSNU la creación de un tribunal de carácter internacional para perseguir a los autores del atentado (Van Schaack, 2016: 182). El CSNU, a través de su Resolución 1644 (2006), requirió al SGNU que negociara con el gobierno de El Líbano un acuerdo para la creación de un tribunal con carácter internacional. Sin embargo, en su informe preliminar el SGNU rechazó esta idea, al entender que un tribunal internacional eliminaría la responsabilidad de El Líbano de buscar justicia por un crimen del que fue su principal afectado. En consecuencia, sugirió la creación un tribunal híbrido, basado en un acuerdo entre la ONU y el gobierno libanés (SGNU, 2006). Esta recomendación fue respaldada por el CSNU, que, mediante la Resolución 1664 (2006), solicitó al SGNU negociar un acuerdo con El Líbano en los términos sugeridos.

De este modo, el SGNU preparó un informe para el establecimiento de un Tribunal Especial para El Líbano junto con un borrador de Acuerdo y un proyecto de Estatuto (*Ídem.*), que luego de su ratificación por el CSNU, fue firmado por el gobierno libanés el 23 de enero de 2007 y enviado al Parlamento para su aprobación y ratificación, conforme requiere la Constitución de aquel país. Sin embargo, si bien el gobierno contaba con mayoría en el Parlamento para ratificar el acuerdo, no fue posible convocar una sesión para su tratamiento, por lo que no pudo ser ratificado. Ante esta situación, el primer ministro libanés decidió solicitar al CSNU que estableciese el TEL por una resolución propia (sin que por tanto fuera necesario ratificar el Acuerdo de 14 de mayo de 2007) (Naughton, 2018: 25). Fue así que el 30 de mayo de 2007 el CSNU dictó la Resolución 1757 (2007), en la que, invocando las atribuciones del Capítulo VII de la

Carta de la ONU, estableció que el contenido del Acuerdo, incluyendo la creación del TEL, produciría efectos a partir del 10 de junio de ese mismo año, a menos que previamente fuera ratificado por el Estado, lo cual no ocurrió.

Estas circunstancias tienen un impacto directo en la discusión sobre la naturaleza del TEL. En efecto, si bien se planeó su creación a través de un acuerdo entre la ONU y El Líbano, como fue el caso del TESL (y, según la opinión más difundida, también de las SETC), finalmente el Acuerdo entró en vigor en virtud de una resolución del CSNU. Así, a pesar de que, como ya mencionamos, el Acuerdo constitutivo del TEL fue puesto en vigor por el CSNU, ninguna norma de su Estatuto, ni tampoco dicha resolución, obliga expresamente a terceros Estados a prestar auxilio a la labor del tribunal. En efecto, si se considera que la resolución 1757 (2007) únicamente puso en vigor un acuerdo bilateral previamente firmado entre la ONU y El Líbano, es forzoso concluir que dicho Acuerdo no es vinculante para terceros, en particular, para Siria²⁴. Por el contrario, si se afirma que la Resolución del CSNU es directamente constitutiva del TEL, podría concluirse que el tribunal, como órgano subsidiario del CSNU para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, debe recibir la cooperación de terceros Estados.

Ante la ambigüedad de la Resolución 1757 (2007) del CSNU, la posición que se adopte tendrá consecuencias respecto de las obligaciones de terceros Estados para cooperar con el TEL, así como en lo relativo también a la posibilidad de funcionarios extranjeros de invocar sus inmunidades frente a la jurisdicción del TEL. De hecho, con respecto a esta última cuestión, destaca también la ausencia de una norma que defina la cuestión (Schabas, 2008: 524). Ni siquiera se ha previsto una norma como el art. 6 (2) del Estatuto del TESL dirigida a clarificar que las inmunidades no pueden constituir una defensa válida ante el TESL. La ausencia de esta norma explícita parecida en el TEL puede significar, o bien, que los redactores de su Estatuto

²⁴ Se ha señalado, sin embargo, que tal obligación podría surgir en forma implícita ya que todos los Estados Miembros de la ONU están obligados a asistir al desarrollo de las medidas decididas por el CSNU bajo el Capítulo VII (Wetzel & Mitri, 2008: 95).

no la creyeron necesaria o bien, como postula Schabas (2008: 525), que entendieron que no correspondía limitar el efecto de las inmunidades frente a un tribunal que no tiene competencia sobre *core crimes* y cuya constitución estaba planeada a partir del Acuerdo con El Líbano.

En el Anexo de la Resolución 1757 (2007) se encuentra el Estatuto del TEL, que en su artículo 1 establece la competencia del tribunal en los siguientes términos:

El Tribunal Especial tendrá competencia para enjuiciar a los responsables del atentado de 14 de febrero de 2005 que causó la muerte del ex Primer Ministro del Líbano, Rafiq Hariri, y provocó la muerte o lesiones a otras personas. Si el Tribunal determina que otros ataques ocurridos en el Líbano entre el 1º de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005, o cualquier otra fecha posterior que decidan las Partes con consentimiento del Consejo de Seguridad, están conectados conforme a los principios de la justicia penal al atentado del 14 de febrero de 2005 y son de naturaleza y gravedad similares, también será competente para enjuiciar a los responsables de esos ataques. Esa conexión podrá consistir, entre otras cosas, en una combinación de los siguientes elementos: intención de delinquir (móvil), finalidad de los ataques, naturaleza de las víctimas, patrón de los ataques (modus operandi) y autores.

Esta disposición nos presenta, por tanto, una característica que diferencia al TEL de los restantes THs: está destinado a ocuparse de una cantidad muy limitada de hechos (Van Shaack, 2020: 260; Lam, 2010: 31). Al mismo tiempo, no limita su jurisdicción al atentado que acabó con la muerte de Hariri, sino que se ha dejado la jurisdicción del tribunal abierta. Se ha dicho que de este modo se buscó evitar que el tribunal fuera percibido como un modo de venganza por la muerte de un político con buenas relaciones con el mundo occidental (Wetzels & Mitri, 2008: 99).

El artículo 2 del Estatuto del TEL nos presenta otra singularidad del TEL frente a otros THs: sólo aplica derecho libanés, en particular aquellas disposiciones

[...] relativas al enjuiciamiento y castigo de los actos de terrorismo, los crímenes y delitos contra la vida y la integridad personal, la asociación ilícita y la omisión del deber de informar sobre crímenes y delitos, incluidas las normas relativas a los elementos materiales del delito, la participación en el delito y la conspiración, y [...] sobre el agrava-

miento de las penas para los delitos de sedición, guerra civil y lucha entre confesiones religiosas.

Como vemos, se trata del primer tribunal híbrido que no tiene jurisdicción sobre los denominados *core crimes* (Wetzel & Mitri, 2008: 101). Además, el hecho de que el terrorismo se juzgue en instancias internacionales ha sido destacado como un importante legado positivo de este tribunal; en particular, porque ello permite reducir el impacto en el juzgamiento de las tensiones políticas domésticas (Bonilla-Tovar et. al., 2018: 570).

Según el art. 14 del Estatuto del TEL, los idiomas oficiales son el árabe, el francés y el inglés, y su sede fue establecida en los Países Bajos²⁵, constituyendo otro rasgo distintivo en comparación con el resto de los THs. Al igual que el TESL, el TEL no opera dentro del sistema judicial local, sino como institución judicial independiente.

Otra de las diferencias con los restantes tribunales vistos hasta el momento es el método de financiación. En efecto, a diferencia de las dificultades económicas que atravesaba Sierra Leona, la situación de El Líbano sí permitía que la comunidad internacional demandara un esfuerzo compartido para poner en funcionamiento el TEL (Van Schaack, 2016: 182). Por ello, en el art. 5 del Acuerdo se había previsto que los gastos del tribunal serían sufragados en un 49% por el Gobierno de El Líbano y en un 51% con cargo a contribuciones

²⁵ En cuanto a sus órganos, el Estatuto del TEL prevé: (a) un Juez de Instrucción (internacional), una Sala de Primera Instancia (compuesta por tres magistrados, uno de ellos libanés y los restantes internacionales) y una Sala de Apelaciones (compuesta por cinco magistrados, dos de ellos libaneses y tres internacionales); (b) un Fiscal (designado por el SGNU, que contará con la asistencia de un Fiscal Adjunto libanés); (c) una Secretaría (a cargo del Secretario designado por el SGNU); y (d) una Oficina de Defensa (cuyo jefe será designado por el SGNU). También está previsto que cuente con dos magistrados suplentes, uno libanés y otro internacional (arts. 8, 11, 12 y 13). La integración híbrida del tribunal es una de las características que comparte con otros de esta clase.

El único precedente de esta forma de organización dentro de los THs es el ya mencionado juicio de Charles Taylor ante la TESL, aunque se trató de un proceso aislado y no de la totalidad de los casos del TESL (Wetzel & Mitri, 2008: 109).

voluntarias de los Estados (un significativo aporte fue efectuado por los EE. UU., cuyos intereses son opuestos a los intereses de Siria en la región) (Van Schaack, 2016: 275). Esto generó las debilidades normalmente causadas por esta forma de financiación en el funcionamiento de los THs, ante la inexistencia para terceros Estados de la obligación de realizar aportaciones a su presupuesto.

El TEL está caracterizado también por presentar una mayor influencia del sistema de *civil law* frente al modelo de *common law* que prevalece en el TESL (así como en el TPIY y el TPIR) (Schabas, 2015: 525; Lam, 2010: 35). En consecuencia, su sistema procesal atribuye un mayor protagonismo a los jueces²⁶, y prevé la participación de las víctimas en el proceso²⁷ y la posibilidad de celebrar juicios en ausencia del acusado²⁸ (este último aspecto del TEL sigue la tradición legal

²⁶ Por ejemplo, el art. 20 del Estatuto del TEL, relativo al trámite del juicio, prevé que “[a] menos que la Sala de Primera Instancia decida otra cosa en interés de la justicia, el interrogatorio de los testigos comenzará con las preguntas del magistrado presidente, seguidas de las de los demás miembros de la Sala, el Fiscal y la defensa.” El que los jueces de primera instancia conduzcan el interrogatorio de los testigos, en lugar de las partes, es una característica de los modelos inquisitivos. Luego, continúa el mismo artículo previendo que “En cualquier etapa del procedimiento, la Sala de Primera Instancia podrá convocar a testigos adicionales u ordenar la práctica de nuevas diligencias de prueba, ya sea de oficio o a instancia de parte.”

²⁷ Según el art. 17 del Estatuto del TEL, “[c]uando los intereses personales de las víctimas se hayan visto afectados, el Tribunal Especial permitirá que sus opiniones y observaciones se presenten y examinen en las etapas del procedimiento que el Juez de Instrucción o la Sala estimen oportunas y de manera tal que no se menoscaben ni vulneren los derechos del acusado ni las garantías o la imparcialidad del proceso. Los representantes legales de las víctimas presentarán esas opiniones y observaciones cuando el Juez de Instrucción o la Sala lo consideren oportuno.” Es preciso destacar, sin embargo, que el Estatuto de la CPI también prevé un rol relevante para las víctimas, incluso más amplio que el que les asigna el Estatuto del TEL, lo que no impide a este último resultar pionero en la materia en el grupo de los THs.

²⁸ El art. 22 del Estatuto del TEL prevé la celebración del juicio en ausencia del acusado cuando éste: “(a) haya renunciado expresamente y por escrito a su derecho a estar presente; (b) no haya sido entregado al Tribunal por las autoridades estatales competentes; (c) se haya dado a la fuga o se encuentre en paradero desconocido, siempre que se hayan adoptado todas

libanesa y fue adoptado ante las dificultades para obtener cooperación de terceros Estados). De hecho, el único juicio celebrado por el TEL contra los nacionales sirios ha tenido que ser desarrollado en ausencia, lo que ha provocado que el TEL haya sido objeto de fuertes críticas (Fremuth et. al., 2020; Wetzel & Mitri, 2008: 108; Lam, 2010: 34; Bonilla-Tovar et. al., 2018: 570)²⁹.

Así las cosas, debe destacarse como una debilidad del TEL la dificultad de ejecutar sus decisiones, aunque en esta oportunidad sea debido a la ausencia de los acusados y la imposibilidad de hallarlos³⁰. Así mismo, otra de sus grandes debilidades radica en el sistema de financiamiento voluntario, lo que ha llevado a que, después de que en 2020 (tras 15 años de investigaciones que costaron alrededor de 970 millones de dólares) se dictara la primera y única sentencia de primera instancia del tribunal contra el acusado Salim Jamil Ayyash, se suspendieran en 2021 hasta nuevo aviso las actuaciones del TEL por falta de fondos (TEL, 2021). Finalmente, el TEL ha sido también fuertemente criticado porque en sus 15 años de funcionamiento solo ha podido emitir una sentencia de primera instancia (en la que tres acusados fueron absueltos y uno condenado) (otros cuatro acusados han sido enjuiciados por delitos de obstrucción a la justicia vinculados con el funcionamiento del TEL, de los cuales tres han sido condenados).

las medidas razonables para asegurar su presencia ante el Tribunal e informarle de la situación confirmada por el Juez de Instrucción.” Se garantiza sin embargo la posibilidad de que el propio acusado designe un abogado defensor y sea notificado de la acusación, pero se prevé que, si él no lo hiciera, la Oficina de Defensa del TEL lo hará para garantizar la plena representación de sus derechos e intereses.

²⁹ Si bien es cierto que el art. 22(3) del Estatuto del TEL afirma que el condenado en ausencia tiene derecho a que el Tribunal repita el juicio en su presencia, también se ha señalado que la naturaleza temporal del tribunal no permite garantizar que ello ocurrirá (Lam, 2010: 35).

³⁰ Observan Bonilla-Tovar *et. al.* (2018: 569-570) que “resulta frustrante e insatisfactorio ver la cantidad de recursos, no simplemente económicos, que emplea el TEL año tras año para castigar a un grupo de personas que no se encuentran en custodia, sin existir ninguna seguridad de que algún día aparecerán y se logre hacer efectiva la sentencia, y su respectiva pena”.

6. LAS SALAS ESPECIALIZADAS DE KOSOVO

Dentro de los THs que analizamos en este estudio, las SEK son la más recientes y las únicas que corresponden a lo que se ha llamado la “nueva” o “segunda generación” de THs (Muharremi, 2016: 967). Asimismo, se enmarcan en un proceso de “regionalización”, conforme al cual adquieren protagonismo los bloques regionales en lugar de la ONU. Esto les ha valido la etiqueta de “cortes mixtas doméstico-regionales” (San Juan, 2018: 576; Cimiotta, 2016: 69).

Antes de comenzar con el análisis de las SEK, sin embargo, es conveniente recordar que, al momento de su constitución ya se contaba con un precedente de un tribunal híbrido en territorio kosovar: las Salas de la Norma 64. En efecto, luego del conflicto armado en Kosovo en 1999, el CSNU dictó la Resolución 1244 (1999), mediante la que estableció la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK). Al año siguiente, la UNMIK aprobó la Resolución 2000/64, con la finalidad de evitar la impunidad de quienes habían cometido crímenes de guerra durante el conflicto mencionado. Las Salas de la Norma 64 creadas por dicha resolución formaban parte del sistema interno de Kosovo, pero estaban compuestas parcialmente por jueces internacionales, lo que permitía, a solicitud de alguna de las partes en el proceso, asegurar la independencia en el juzgamiento de delitos graves (tal y como eran definidos en las leyes internas), incluyendo el genocidio y los crímenes de guerra, que el TPIY no tenía la capacidad de asumir (San Juan, 2018: 585; Olasolo & Galain Palermo, 2018: 75). Las Salas recibieron críticas por la poca cantidad de casos judicializados durante los casi diez años de mandato de la UNMIK (reemplazada en 2008 por la presencia de la Unión Europea a través de EULEX (*European Union Rule of Law Mission*) (Cryer, 2010: 190)), especialmente en razón de la falta de recursos necesarios para llevar adelante su misión.

En lo que se refiere al origen de las SEK, es preciso detenerse en el año 2008, cuando Carla del Ponte, antigua fiscal del TPIY, publicó el libro “La Caza”. Allí expuso ante el mundo que miembros del Ejército para la Liberación de Kosovo habían cometido graves crímenes, incluyendo el tráfico de órganos y actos vinculados con el crimen organizado, antes, durante y después del conflicto armado en

ese territorio; crímenes que no habían sido investigados satisfactoriamente. Ante ello, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa encomendó al representante suizo Marty una investigación sobre tales hechos y la definición de pasos a seguir (Williams, 2016: 25-26).

El informe Marty, resultado de dicha investigación, fue publicado en diciembre de 2010 y ratificado en enero de 2011 por la Asamblea Parlamentaria. Ésta recomendó que se iniciara una investigación orientada a lograr el juzgamiento de los hechos y, para ello, pidió que Kosovo cooperara con la Misión Civil de la Unión Europea para Kosovo (EULEX Kosovo). La subsiguiente investigación concluyó la existencia de suficientes elementos de prueba para dar lugar a un proceso penal que requeriría la creación de una institución judicial (San Juan, 2018: 590-591; Cimiotta, 2016: 56). En 2014, la Unión Europea (UE) y EE. UU. pidieron a Kosovo que dispusiera lo necesario para la creación de un tribunal internacional destinado a investigar los hechos incluidos en el informe Marty, y la Comisión Europea consideró la adopción de esta medida como una condición para el acceso de Kosovo a la Unión (Schenkel, 2021: 15).

En tales condiciones, las autoridades kosovares debieron cooperar para el establecimiento del tribunal según los lineamientos tanto del Consejo de Europa como de la UE. Ello se volcó principalmente en la Enmienda Núm. 24 a la Constitución de la República de Kosovo, sancionada el 3 de agosto de 2015, y titulada “las Salas Especializadas y la Fiscalía Especial”. Se reconoció allí la facultad de las autoridades de la República de “establecer Salas Especializadas y una Oficina del Fiscal Especial en el sistema de Kosovo”. La regulación de su organización, funcionamiento y competencia se remitió a una ley especial. Se aclaró también que las Salas Especializadas podrían determinar sus propias Reglas de Procedimiento y Prueba, y que sus idiomas oficiales serían el albanés, el serbio y el inglés.

Ese mismo día, se sancionó la “Ley sobre las Salas Especializadas y la Fiscalía Especial”. Las SEK quedaron así vinculadas a cada nivel del sistema judicial kosovar, y por ello están insertadas en el Tribunal de Pristina (primera instancia), en el Tribunal de Apelación (segunda instancia), en el Tribunal Supremo (casación penal y revisión) y en la Corte Constitucional. Su jurisdicción abarca los crímenes que tuvieron lugar entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2000,

iniciados o cometidos dentro del territorio de Kosovo, o por nacionales kosovares o contra ellos, y que constituyan crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, o bien, hechos que se subsuman en la ley kosovar aplicable (artículos 2 y 13 a 15 de la Ley).

Una característica de las SEK —a diferencia de los restantes THs analizados— es que está compuesta exclusivamente por jueces y personal extranjero (Muharremi, 2016: 967)³¹. El procedimiento para su nombramiento está establecido en el artículo 28 de la Ley y está a cargo de un comité de selección, que tampoco tiene nacionales kosovares entre sus miembros³². El presupuesto del tribunal tampoco procede del presupuesto de Kosovo, ni está sujeto a la auditoría nacional (artículo 63 de la Ley). Además, a pesar de que se encuentran organizativamente integradas al sistema de justicia interno, la sede de las SEK se encuentra en La Haya.

El hecho de que el tribunal esté anclado en el sistema jurídico interno de Kosovo define el modelo de las SEK y presenta algunas cuestiones que es conveniente destacar. En primer término, que los acuerdos que establezcan las SEK con terceros Estados con fines de cooperación internacional sólo pueden ser celebrados en nombre de la República de Kosovo, pues las SEK tienen una personalidad jurídica limitada (Korenica et. al., 2016: 484). Asimismo, toda vez que las normas que crearon las SEK no pueden generar obligaciones para terceros, por ser leyes internas kosovares, se ha señalado la imposibilidad de exigir la cooperación de terceros Estados (Korenica et. al., 2016: 484). Sin embargo, esta última dificultad puede ser contrarrestada por el apoyo de la UE y el Consejo de Europa, que pueden actuar para facilitar dicha cooperación. En este sentido, no debe perderse de vista que la creación y el funcionamiento de

³¹ De acuerdo con el artículo 24 de la Ley, las SEK están compuestas por una Secretaría, que incluye la Oficina de Defensa, la Oficina de Participación de las Víctimas, la Oficina de Protección y Apoyo a los Testigos, una Unidad de Gestión de Detención y una Defensoría del Pueblo. En cuanto a la Fiscalía Especial, se trata de una oficina independiente para la investigación y acusación de los delitos de competencia del Tribunal.

³² Son elegibles para conformar el staff del tribunal los nacionales de los Estados miembros de la Unión y de Canadá, Noruega, Suiza, Turquía y Estados Unidos.

las SEK están orientados a crear las condiciones fácticas y jurídicas (específicamente la estabilidad del estado de derecho) para la futura admisión de Kosovo a la UE (Cimiotta, 2016: 69).

Un problema vinculado se presenta en cuanto a la posibilidad de que los mandatarios invoquen su inmunidad personal frente a la jurisdicción de las SEK. Como explica Muharremi (2008: 626), ello depende de si se le reconoce, o no, el carácter de tribunal internacional. No obstante, por las características particulares de las SEK, no existe un acuerdo en la doctrina ni hay indicaciones en la ley constitutiva, por lo que este interrogante permanece aún sin una respuesta definitiva (Muharremi, 2008: 654).

Al tiempo de la redacción de este trabajo, se han presentado acusaciones contra ocho personas en cuatro casos y están comenzando los primeros procesos. Así, en septiembre de 2021 comenzó el juicio contra Salih Mustafa, que fue seguido al mes siguiente por el inicio del proceso frente a Hysni Gucati y Nasim Haradinaj. Especial atención merece este último caso, pues la acusación se presentó, conforme a la ley kosovar, por los hechos ocurridos entre el 7 y el 25 de septiembre de 2020, con ocasión de tres conferencias de prensa, en las que Gucati y Haradinaj revelaron sin autorización información protegida en virtud de la legislación de las SEK, incluidos los datos de identificación de testigos potenciales (hicieron acusaciones y comentarios despectivos contra testigos potenciales y expresaron su intención de socavar el accionar de las SEK)³³.

A pesar del notorio avance que representa el inicio de los procedimientos, se ha expresado preocupación por la falta de un impacto concreto en la sociedad kosovar, producido por la falta de jueces nacionales en las SEK, la ubicación de su sede fuera de Kosovo y la falta de iniciativas que involucren a la comunidad local (Trigoso, 2020). Además del déficit de legitimidad que estas circunstancias traen aparejado, debe señalarse que ellas parecen excluir el impacto que en

³³ El escrito de acusación está disponible en el repositorio oficial del Tribunal. *Vid.*: https://repository.scp-ks.org/details.php?doc_id=091ec6e980a208b8&doc_type=stl_filing&lang=eng.

materia de fortalecimiento de los sistemas nacionales de justicia suelen generar los THs³⁴.

7. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DE LOS TRIBUNALES HÍBRIDOS PARA ABORDAR EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

El interrogante acerca de si los THs son un instrumento adecuado para dar respuesta al fenómeno de la corrupción asociada al COT, requiere previamente abordar otra cuestión que se plantea implícitamente: ¿son extrapolables los mecanismos de respuesta del DIP a los delitos transnacionales (DPT)? Recién en este punto podremos preguntarnos si los THs, como instrumentos del DIP, son adecuados para perseguir los crímenes transnacionales.

Para ello, debemos en primer término analizar la diferente naturaleza jurídica del DIP y los DPT. Mientras los primeros protegen bienes jurídicos de la comunidad internacional como la paz y seguridad internacionales y la existencia de ciertos grupos humanos y de la población civil (de manera que el DIP actúa por tanto frente a conductas que, por su naturaleza, escala e intensidad, configuran una grave violación a los derechos humanos), los delitos transnacionales consisten en transacciones económicas en mercados que han sido prohibidos por los Estados y se definen por tener un elemento transfronterizo (Bolster, 2003; 2017; Olasolo, 2018: 164).

Como señala Olasolo:

[...] estas diferencias estructurales no han sido eliminadas por la ‘globalización’ del fenómeno de la criminalidad organizada transnacional, lo que provoca que la utilización de los mecanismos de respuesta del DIP para perseguir los delitos transnacionales resulte en el menoscabo de su propia naturaleza y en la distorsión de su objeto y fines.

³⁴ Ello probablemente obedezca a que, como ya hemos señalado, el objetivo central perseguido con la creación del tribunal fue la restauración de la paz en Kosovo. El fortalecimiento del sistema de administración de justicia simplemente no parece ser uno de los objetivos de las SEK.

Esta afirmación se ve también respaldada por el limitado alcance que tienen los mecanismos directos, indirectos y mixtos de aplicación del DIP, de modo que “su utilización para hacer frente a la criminalidad organizada transnacional significaría, a buen seguro, una disminución muy importante de las investigaciones y enjuiciamientos de los crímenes de *ius cogens*” (Olasolo, 2018: 166). En consecuencia, como subrayan estos autores:

[...] más que extender los mecanismos de aplicación del DIP a los delitos transnacionales, la lucha contra el crimen organizado requiere concentrarse en medidas de prevención de sus actividades, para lo que hay que conocer el contexto situacional en el que se desarrollan, sus patrones de espacio y tiempo, sus opciones racionales y sus actividades cotidianas, para entender las contingencias políticas, económicas y culturales que rodean a estos delitos (Von Lampe, 2011: 145 et seq.).

Ahora bien, ¿es posible encontrar escenarios donde los ámbitos de aplicación del DIP y el DPT se aproximen? Y, si respondemos afirmativamente a este interrogante, ¿se podría recurrir a los mecanismos de aplicación del DIP para perseguir penalmente la corrupción asociada al COT?

Recordemos que los THs, en tanto instrumentos para endilgar responsabilidad penal individual, representan también una de las cuatro herramientas de la denominada justicia transicional (junto con las comisiones de la verdad, las reformas institucionales, y la reparación para las víctimas)³⁵. Como vimos al inicio del capítulo, a partir de ciertas situaciones de conflicto armado o de violaciones masivas de los derechos humanos, usualmente ocurre que las instituciones locales judiciales se encuentran incapacitadas para juzgar crímenes de tal magnitud, o si tienen la capacidad, carecen de la voluntad y el apoyo político necesario para cumplir esta función, ya sea por presión del antiguo régimen, o por decisión de las nuevas autoridades. Advuértase que este tipo de situaciones vinculadas a la falta de capacidad o voluntad de las instituciones judiciales guarda

³⁵ Respecto de la justicia transicional, *vid.*, entre otros: UNSG (2004); Arthur (2009); Bell (2009); Ki-Moon (2009); Mayer-Rieck and Duthie (2009); Mendez (1997).

estrecha relación con el principio de complementariedad que rige en el ámbito de actuación de la CPI, en cuanto reafirma que la obligación primaria de investigar los crímenes internacionales recae sobre los Estados, y sólo cuando éstos no quieran o no puedan hacerlo, se “activa” la jurisdicción de la CPI pudiendo declarar, en principio, admisibles los casos llevados a su conocimiento³⁶.

Ahora bien, en cuanto al fenómeno de la corrupción asociada al COT, éste tiene como principal característica la participación de funcionarios públicos, quienes desde el aparato político y/o judicial allanan el camino de las organizaciones criminales para desplegar sus maniobras ilícitas y garantizar eventualmente su impunidad. Es por ello que este tipo de corrupción requiere de una conexión estructural con los poderes públicos (administrativo, legislativo y judicial) y privados (en particular, el sector financiero) de los ámbitos material y territorial en los que operan los grupos delincuenciales organizados, lo que hace que la corrupción juegue un papel central en sus actividades (Olasolo, 2018: 151).

Este vínculo entre corrupción y COT se puede observar en múltiples escenarios, siendo un ejemplo paradigmático del mismo la situación en México, como señala la fundación *Open Society Justice Initiative* (2018) en su informe acerca de la relación entre la corrupción y el narcotráfico (donde se subraya que México es uno de los cuatro países más corruptos de la región, de acuerdo con el *Latin America Corruption Survey* de 2016). Esta corrupción, que ha devenido endémica en los últimos años, ha sido caldo de cultivo para el desarrollo de actividades vinculadas con el COT. En ese sentido, el Informe señala que, en un contexto donde el número de homicidios ascendió a 25.000 en 2017, existe evidencia que da cuenta de que fuerzas federales mexicanas habrían actuado en conjunto con miembros del cartel de los Zetas para cometer delitos de lesa humanidad. De esta manera, consagrar la impunidad sobre estos casos ha sido una parte deliberada de la política de Estado, que se ha encargado de obstruir cualquier tipo de investigación, especialmente cuando los autores son los propios funcionarios públicos. Como resultado, el Informe afirma la existencia de una “connivencia sistémica” entre funciona-

³⁶ Preámbulo, arts. 1 y 17 del Estatuto de la CPI.

rios públicos y el COT como causa principal de la impunidad en el país.

En este contexto, llama la atención la semejanza entre situaciones de instituciones debilitadas por graves violaciones a los derechos humanos, y aquellas instituciones debilitadas o “contaminadas” por funcionarios proclives a participar en hechos delictivos de organizaciones criminales: en ambos casos estamos frente a Estados que no quieren o pueden investigar. En consecuencia, se presenta la paradoja de que aquellos que tienen que defender a sus ciudadanos de los efectos del COT (mediante la persecución, investigación y juzgamiento de sus responsables), son quienes, abusando de sus funciones, cooperan con las organizaciones (a cambio de determinados beneficios), asegurando una “zona liberada” donde pueden operar sin riesgos de ser perseguidos. Esta estrecha vinculación entre corrupción y COT trae aparejada una situación excepcional de falta de “disposición” de los Estados de investigar y enjuiciar estos delitos, consagrando así la impunidad de sus responsables, circunstancia que fundamentaría la necesidad de desarrollar desde el ámbito internacional su persecución penal por medio de estructuras judiciales de carácter híbrido.

Ahora bien, antes de internacionalizar la persecución penal de crímenes internacionales o delitos transnacionales, deben primero buscarse soluciones alternativas en el ámbito doméstico. En este sentido, podemos observar que ha habido diversas experiencias locales de creación de tribunales especializados en materia de corrupción³⁷, los cuales fueron creados para dar respuesta a los problemas de ineficacia más que a cuestiones de falta de integridad. Así, la ayuda internacional mediante financiación y capacitación del personal judicial ha tenido como fin mejorar la capacidad de los tribunales locales en materia de corrupción, pero no ha brindado soluciones a las dificultades generadas por la ausencia de independencia e imparcialidad.

³⁷ El informe producido por el *Anti-Corruption Resource Center* U4 identificó 20 jurisdicciones con un tribunal anticorrupción: Afganistán, Bangladesh, Botsuana, Bulgaria, Burundi, Camerún, Croacia, Eslovaquia, Filipinas, Indonesia, Kenia, Malasia, México, Nepal, Pakistán, Palestina, Senegal, Tanzania, Tailandia y Uganda.

En consecuencia, si consideramos que sólo es posible resolver estos problemas mediante la participación internacional activa en los órganos jurisdiccionales que persiguen las prácticas corruptas, entonces los THs aparecen como un mecanismo adecuado a estos efectos.

Entre las ventajas de recurrir a estas estructuras judiciales híbridas, podemos mencionar, en primer lugar, la independencia e imparcialidad, garantizada por los funcionarios internacionales que, además, cuentan con un alto nivel de *expertise* en la materia. Asimismo, al igual que sucede con los THs actualmente existentes, que son más proclives a la aplicación del DIH y de principios derivados del DIP (Dickinson, 2003a: 307), un tribunal híbrido con competencia para perseguir penalmente la corrupción transnacional estaría “guiado” principalmente por los instrumentos internacionales existentes en materia de lucha contra la corrupción y crimen organizado. Además, podría ser una vía efectiva para brindar capacitación a los jueces locales quienes, por su parte, poseen más conocimiento de los hechos y del derecho doméstico.

La integración de los THs por jueces locales e internacionales permite sortear el obstáculo de legitimidad al que están expuestos los tribunales internacionales (Dickinson, 2003a: 301-30; Dickinson, 2003b: 1064-1065). Si bien estos últimos cuentan con cierta legitimidad de la comunidad internacional, no sucede lo mismo con el modo en que son percibidos por las comunidades locales, que los ven como tribunales extranjeros (o incluso imperialistas en el peor de los casos) o consideran que representan a los “vencedores”. En contraste, los THs transmiten una cierta sensación de “pertenencia” local.

La experiencia de los THs da cuenta también de una serie de desventajas que limitaron su accionar y que han conducido a que no pudieran cumplir las expectativas de la comunidad internacional. En primer término, uno de sus mayores problemas de funcionamiento deriva de su integración mixta de jueces nacionales e internacionales, que, al provenir de sistemas legales muy distintos, tienen una aproximación al derecho muy variada, lo que redundaría en la dificultad de unificar criterios a la hora de interpretar y aplicar las normas jurídicas.

En segundo lugar, la imparcialidad de los procesos no se ve garantizada exclusivamente por la participación de jueces internacionales, ya que resulta de suma importancia el modo en que son integradas las salas. Una composición con mayoría internacional podría ser criticada por falta de legitimidad, mientras que una mayoría nacional estaría más expuesta a hechos de corrupción, presiones, influencias o amenazas³⁸, de modo que estaríamos ante el mismo escenario de falta de independencia que pueden presentar los tribunales domésticos.

En tercer lugar, la sede del tribunal en un territorio ajeno al lugar de comisión de los delitos, si bien ofrecería mayor seguridad a víctimas y testigos³⁹, podría afectar a los derechos del acusado relativos al debido proceso y contribuir a una percepción local de “expropiación” de la situación objeto de las actuaciones.

En cuarto lugar, dos de las mayores limitaciones que presentan los THs como respuesta a la corrupción transnacional es la relacionada con la financiación y la cooperación internacional (SGNU, 2004; Noween, 2006: 212). Así, con respecto a esta última, si se dijo en referencia a los tribunales internacionales *ad hoc* (TPIY y TPIR) (Manguel, 2018: 485; Olasolo *et. al.*, 2018: 399-401; 420; 424), y en particular a la CPI, que la cooperación estatal era su talón de Aquiles, qué decir entonces de los THs. Este no es un hecho menor, teniendo particularmente en cuenta que, como se señaló previamente, la cooperación internacional resulta esencial en la investigación de los delitos transnacionales.

En cuanto a la financiación, debe destacarse que el modo en que son financiados estos tribunales difiere de aquel en el que se financian los tribunales internacionales. En efecto, mientras que la CPI,

³⁸ Entre los tribunales que hemos examinado, solo el de Camboya tiene una mayoría nacional, y han surgido varias dudas respecto de la independencia de sus miembros. Incluso hubo alegaciones de que varios de ellos habrían incurrido en maniobras de corrupción (Open Society Initiative, 2007).

³⁹ Así, por ejemplo, la relocalización del TESL con el fin de juzgar al ex presidente de Liberia Charles Taylor, a la que ya hemos hecho referencia, se justificó no sólo por la seguridad, sino también por la preocupación de que el juicio podría desestabilizar la situación en Sierra Leona y en Liberia.

el TPIY y el TPIR son financiados mediante contribuciones obligatorias de los Estados miembros de la ONU (TPIY y TPIR) o de la CPI (CPI)⁴⁰, los THs dependen normalmente de fondos de la ONU y del aporte voluntario de los Estados (Noween, 2006: 212). Y allí radica esencialmente el problema, ya que como ha señalado el ex SGNU, Kofi Annan, el funcionamiento de las instituciones judiciales no puede depender del ánimo del financiamiento voluntario. Por el contrario, es necesario garantizar una financiación que permita el correcto desempeño mediante el aporte continuado de fondos (SGNU, 2004).

Las experiencias sufridas por las SETC y el TEL constituyen un claro ejemplo del riesgo de una financiación que dependa exclusivamente de la voluntad de los Estados. En una nota publicada en 2018 en el periódico *New York Times*, Scheffer afirmó, con relación a las SETC, que apenas se habían conseguido los fondos anuales necesarios para seguir funcionando, y que “la financiación para el año siguiente era una incógnita absoluta”⁴¹. En cuanto al TEL, tal como se vio en el acápite correspondiente, su funcionamiento se encuentra suspendido por falta de fondos desde 2021, lo que ha llevado a la cancelación de los juicios que estaban previstos.

Por último, no puede soslayarse que los altísimos costos de financiación y escasos resultados obtenidos a la fecha por la mayor parte de los THs (así como por los TIPS, y en particular la CPI)⁴², tampoco son un incentivo para los Estados al momento de financiar nuevos THs⁴³.

⁴⁰ Estas contribuciones se calculan conforme a una escala predefinida de evaluación de costos para su funcionamiento.

⁴¹ *Vid.*: Scheffer, 2012b. En esta nota, Scheffer afirmó que apenas se consiguieron los 4 millones de dólares aportados por los Estados para funcionar los meses de noviembre y diciembre de 2012. Señaló también que los principales tribunales internacionales penales han sido —y siguen siendo— sujeto de enormes críticas por resultar enormemente costosos con relación al número de individuos juzgados y condenados por dichos tribunales.

⁴² *Vid.*: Olasolo *et al.* (2018), sobre los limitados alcances de las actividades de la CPI.

⁴³ La cuestión en torno al modo de financiación es una de las grandes diferencias entre los THs y los tribunales internacionales. Así, mientras que la CPI,

8. ¿EXISTEN ALTERNATIVAS MÁS IDÓNEAS PARA PERSEGUIR LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL?

Aceptando la necesidad de internacionalizar la persecución penal de la corrupción transnacional, corresponde preguntarnos si la creación de THs es la solución más adecuada o, por el contrario, la respuesta podríamos encontrarla en otros tribunales internacionales de ámbito universal o regional, como la CPI, la propuesta CICC, la Sección Especializada en DIP de la Corte Africana de Justicia y de los Derechos Humanos (CAJDH) o la iniciativa COPLA en América Latina.

Con respecto a la CPI, tal como se aborda en detalle en el capítulo 2 de la presente obra, podría ejercer su jurisdicción sobre la corrupción transnacional mediante dos vías: una existente y otra que requeriría una modificación de su Estatuto. En cuanto a la primera, sería abordando ciertas manifestaciones de la corrupción transnacional como crímenes de la competencia de la CPI. Esto significa que ciertas prácticas sistemáticas o generalizadas de corrupción transnacional, en particular cuando son asociadas al COT, podrían subsumirse en alguno de los crímenes internacionales de la competencia de la CPI, principalmente en la categoría de crímenes de lesa humanidad (Olasolo, 2021: 672-673; Currie & Leon, 2019: 597). Sin embargo, esta alternativa se encuentra con el problema del limitado alcance que ha tenido la CPI durante sus casi dos décadas de funcionamiento (Olasolo & Galain Palermo, 2018: 96), de manera que recurrir a la misma, con los costes presupuestarios que ello supondría, es muy probable que profundizara aún más la falta de eficacia mostrada por la CPI hasta el momento.

el TPIY y el TPIR son financiados mediante contribuciones obligatorias (*assessed contributions*) de los Estados miembros de la ONU (TPIY y TPIR) o del ECPI (CPI) (estas contribuciones se calculan conforme a una escala predefinida de evaluación de costos para su funcionamiento), los THs dependen normalmente de fondos de la ONU y del aporte voluntario de los Estados (Noween, 2006: 212).

La segunda vía requeriría extender la jurisdicción de la CPI mediante el procedimiento de enmienda establecido en el art. 121 del ECPI, y de esta manera incluir el delito de corrupción transnacional como un quinto delito del art. 5 del ECPI. Una situación análoga ha acontecido con relación al denominado delito de “ecocidio”, respecto del que en diciembre de 2021, un panel internacional de expertos independientes especializados en derecho internacional ambiental y penal ha esbozado una definición, con el fin de que sea considerado potencialmente como el quinto crimen de jurisdicción de la CPI. Sin embargo, la aprobación de una enmienda de estas características exige una mayoría de dos tercios de los Estados parte de la CPI. Además, sólo entran en vigor respecto de los Estados parte que las hayan aceptado (esto sucede un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación), y la CPI no puede ejercer su competencia respecto de dicho delito cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado parte que no haya aceptado la enmienda.

Por otra parte, la única experiencia respecto de una enmienda sobre los delitos de competencia de la Corte es el caso del delito de agresión, cuya definición fue acordada 12 años después de la aprobación del Estatuto, y la jurisdicción sobre el mismo se activó veinte años después de la aprobación de ese instrumento⁴⁴. Ante esta situa-

⁴⁴ En este sentido, es importante recordar que la definición del delito de agresión fue uno de los asuntos irresueltos de la Conferencia Diplomática de Roma de 1998. Si bien, al aprobarse el Estatuto de la CPI, el delito fue incluido junto con los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra como parte de la competencia de la CPI en su artículo 5, debido a la falta de consenso, se estableció en el párrafo segundo que “[l]a Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará [...]”. Esto sucedió en 2010, en la primera Conferencia de Revisión, que tuvo lugar en Kampala, oportunidad en que la Asamblea de Estados Parte acordó una definición del delito de agresión, que fue incorporada en el artículo 8 bis del Estatuto de la CPI (incorporado mediante la Resolución RC/Res. 6, anexo I, del 11 de junio de 2010). Asimismo, se incorporó el artículo 15 bis, que estableció que la CPI ejercería su competencia respecto del crimen de agresión, a condición de que se adoptara una decisión después del 10

ción, el ex juez del TEL, el TPIY y la Sala de Apelaciones de la CPI, Howard Morrison (Turok-Squire, 2022), al ser preguntado respecto de la inclusión del delito de “ecocidio” en el ECPI, contestó que estaría de acuerdo con entender la jurisdicción de la CPI, pero, ante la dificultad de conseguir los votos necesarios, elegiría encuadrar aquellas conductas contra el medio ambiente como delitos de lesa humanidad, dado el carácter no taxativo del art. 7 del ECPI.

Otra respuesta posible de índole internacional al fenómeno de la corrupción transnacional sería el establecimiento de una CICC, cuya propuesta es abordada en el capítulo 3. Este tribunal internacional tendría jurisdicción sobre la denominada “gran corrupción”, en concordancia con los delitos descritos por la CNUCC, y, al igual que la CPI, operaría sobre la base del principio de complementariedad. Esta alternativa evitaría los obstáculos relativos al proceso de enmienda de la competencia de la CPI, centraría sus actuaciones exclusivamente en los delitos de corrupción y permitiría que la CPI se enfocase en procesar los casos que ya tiene bajo estudio, que son menos de los esperados, y con resultados por demás poco satisfactorios (Olasolo *et al.*, 2018). Además, según afirman quienes la apoyan:

1. Tendría un efecto disuasivo sobre las autoridades de aquellos países con sistemas corruptos de justicia y que, por ende, actúan con absoluta impunidad.
2. Implicaría imponer de facto una prohibición de salida del país a quienes fueran objeto de sus órdenes de arresto.
3. Incentivaría, mediante el principio de complementariedad, a la justicia local para perseguir dichos delitos y realizar las reformas legales necesarias para una efectiva persecución de los responsables.
4. Enviaría un mensaje político contundente de la comunidad internacional, en el sentido de que prácticas de esta naturale-

de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Parte que se requiere para la aprobación de una enmienda del Estatuto. Fue así que en 2017, los Estados Parte tomaron la decisión de activar la jurisdicción de la CPI sobre el crimen de agresión a partir del 17 de julio de 2018.

za no son tolerables (Wolf, 2014; Stephenson & Arjon, 2019b: 3-4).

Sin embargo, la propuesta de creación de una CICC no está exenta de obstáculos. Así, en primer lugar, al tratarse de un tribunal creado a partir de un tratado internacional, requeriría del consentimiento de los Estados de acceder a su jurisdicción. Y el interrogante que surge es ¿por qué un gobierno involucrado en maniobras de corrupción transnacional aceptaría la jurisdicción de la CICC, realizando reformas legislativas que permitirían perseguir penal e internacionalmente a los funcionarios involucrados en dichas maniobras?⁴⁵ En segundo lugar, la propuesta de establecer una CICC está sujeta a la misma crítica que la CPI, esto es, que si naciones poderosas, como por ejemplo EE.UU., no se someten a la jurisdicción del tribunal, pero utilizan los métodos descritos para presionar a países más débiles, esa circunstancia reavivará la idea de que la anticorrupción es parte de la agenda política del neoimperialismo occidental e, inclusive, puede servir como excusa para que aquellos países donde se desarrollen las maniobras corruptas no se sumen a la CICC (Stephenson & Arjon, 2019b: 6)⁴⁶. Finalmente, como advierte Whiting (2018), transcurri-

⁴⁵ Generalmente, los incentivos para ello se encuentran en el marco de negociaciones diplomáticas que impliquen, por ejemplo, convertirse en Estado parte de la CICC como condición para acceder a distintos organismos internacionales, o bien, algunas más coercitivas, como limitar la ayuda o asistencia de bancos internacionales para el desarrollo. Sin embargo, como Stephenson & Arjon (2019b) señalan, un líder de un gobierno corrupto que se encuentre en la disyuntiva de perder asistencia financiera internacional o someterse a un enjuiciamiento que podría culminar con su arresto y condena, probablemente elegiría la primera alternativa, afectando además la vida de los ciudadanos que necesitan de esa asistencia.

⁴⁶ Frente a esta situación, se propone un *triggering mechanism* idéntico al del Estatuto de la CPI, mediante el que el CSNU pueda extender la jurisdicción de la CICC a Estados no parte, mediante una remisión. Este mecanismo encontraría respaldo en el Capítulo VII de la Carta de la ONU, sobre la base de que el delito de gran corrupción constituye una amenaza a la paz y seguridad internacional (Stephenson & Arjon, 2019b: 5). Sin embargo, no está claro que dentro de las competencias del CSNU en el marco del Capítulo VII de la Carta de la ONU se incluya la creación de una CICC (Whiting, 2018). Así, si bien el TPIY en caso Tadic afirmó que el CSNU tiene una amplia discreción para decidir qué medidas adoptar a fin de mantener y resta-

dos veinte años desde la puesta en funcionamiento de la CPI, resulta difícil imaginar varios países firmando un tratado para la creación de otro tribunal internacional, no sólo porque el “clima internacional” ha cambiado (menor nivel de cooperación y mayor grado de unilateralismo), sino también porque la experiencia de la CPI en estas dos décadas ha demostrado los riesgos de acceder a un tribunal internacional sin alcance global.

Finalmente, la respuesta a la necesidad de internacionalizar la persecución penal de la corrupción transnacional también podría encontrarse en los tribunales regionales como la Sección Especializada en DIP de la CAJDH que busca establecer el Protocolo de Malabo (2014) o la iniciativa para el establecimiento de una COPLA en América Latina, que se estudian en detalle en los capítulos 4 y 5 del presente volumen.

Con respecto a la primera, conviene subrayar que tras casi una década no ha sido todavía posible la entrada en vigor del Protocolo de Malabo. Además, desde su aprobación en 2014 se han presentado toda una serie de estudios críticos que, entre otras cosas, se han enfocado en la amplitud y diversa naturaleza de los crímenes de su competencia (al incluir conjuntamente delitos internacionales y transnacionales), el reconocimiento de inmunidades para altos representantes del Estado, la complejidad de sus relaciones con las jurisdicciones nacionales y los tribunales internacionales como la CPI y las dificultades prácticas para su puesta en marcha y funcionamiento (Martini, 2020).

Por su parte, la iniciativa para crear una COPLA presenta el problema de que después de siete años desde su presentación se encuentra todavía en un estado muy incipiente de desarrollo, si bien presenta algunos aspectos interesantes en relación con el Protocolo de Malabo, entre las que cabe mencionar los siguientes:

blecer la paz y la seguridad internacionales, y, por lo tanto, no se encuentra limitado a aquellas medidas descritas en los arts. 41 y 42 de la Carta de la ONU, no hay consenso respecto a que dicho fundamento sea aplicable a la creación de un tribunal con competencia en materia de corrupción. *Vid.*: TPIY, 1955: Párr. 31.

1. Se limita a delitos transnacionales, tales como el tráfico ilícito de estupefacientes y armas de fuego, la trata de personas, el tráfico de migrantes, el lavado de activos y el cohecho transnacional;
2. No reconoce una condición especial de inmunidad a altos representantes del Estado;
3. Afirma la naturaleza complementaria de la COPLA, de manera que no tendría competencia sobre una situación que haya sido o esté siendo investigada “por un tribunal internacional o regional de manera previa” (art. 10(1)(b)); y
4. Podría “[...] establecer acuerdos de cooperación con ellos [en referencia a tribunales internacionales] por un convenio que deberá ser aprobado por la Asamblea de los Estados parte mediante los mecanismos establecidos en el presente estatuto” (art. 2).

En consecuencia, a la luz de lo anterior, y teniendo en cuenta la necesidad de internacionalizar la persecución penal de la corrupción transnacional, se puede afirmar que, en caso de que se pueda limitar el impacto de los problemas de falta de cooperación y financiamiento identificados, el establecimiento de THs puede contribuir a dar una respuesta más eficaz a este fenómeno, en particular cuando se encuentra asociado al COT.

9. CONCLUSIONES

No hay duda de que, en materia de corrupción transnacional, y en particular cuando esta está asociada al COT, reina la impunidad. Ello obedece no sólo a la complejidad en la investigación de este fenómeno y la insuficiencia de los mecanismos de cooperación existentes, sino también a la connivencia estatal con las organizaciones criminales, que, por acción u omisión, les garantizan dicha impunidad.

Esta circunstancia pone en evidencia que no es posible combatir la corrupción transnacional con las instituciones judiciales tradicionales, sino que es necesario recurrir a la internacionalización de su persecución penal para garantizar la imparcialidad de las investiga-

ciones y procedimientos judiciales, sin poner en jaque su legitimidad. Si bien la naturaleza jurídica del delito de corrupción transnacional difiere de aquella de los crímenes internacionales y, por ende, distintos son sus mecanismos de respuesta, comparten como característica la incapacidad o falta de voluntad de las instituciones judiciales de dar una respuesta adecuada a esos delitos.

Por las razones presentadas a lo largo de este trabajo, pareciera ser que son los THs, mediante la participación de actores internacionales y la aplicación del derecho internacional, las estructuras judiciales más idóneas para contribuir a incrementar la eficacia de la respuesta al fenómeno de la corrupción transnacional. Su composición mixta de elementos internacionales y nacionales le otorga, desde el punto de vista procesal, la legitimidad e imparcialidad requerida, y desde el punto de vista sustantivo, un abordaje del derecho internacional indispensable para delitos transfronterizos.

Sin embargo, como también se vio a lo largo de este capítulo, estos tribunales no están exentos de obstáculos, siendo necesario reforzar o ajustar ciertos aspectos de su estructura y funcionamiento. Así, en primer término y dada la naturaleza transnacional de las prácticas corruptas (que con frecuencia incluyen la participación de agentes estatales), es indispensable contar con mecanismos de cooperación internacional efectivos que permitan sortear los obstáculos que presentan, y así poder llevar delante de manera más eficaz las investigaciones.

Asimismo, atento a las experiencias de las SETC y el TEL, resulta evidente que su funcionamiento debe estar garantizado mediante un financiamiento que no dependa exclusivamente de la voluntad estatal, debiendo recurrirse a un sistema de financiamiento similar al de un tribunal permanente.

Finalmente, ante la intervención de funcionarios de distintos estamentos del aparato estatal (incluido el poder judicial) en las prácticas corruptas, resulta esencial la independencia e imparcialidad que puedan aportar los actores internacionales para el correcto funcionamiento de los THs. Para garantizarlas resulta imperioso que cuenten con una composición con mayoría de jueces internacionales, sin que

ello vaya en detrimento de su legitimidad; el equilibrio justo entre estos dos aspectos es, sin duda, el mayor desafío que deben enfrentar.

10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

Tribunal Especial para Sierra Leona

- TESL (2003a). Prosecutor v. Brima, Ruling on the Application for the issue of a Writ of Habeas Corpus filed by the applicant. SCSL-03-06-PT.
- TESL (2003b). Prosecutor v. Allieu Kondewa, *Decision on the Urgent Defence Application for Release from Provisional Detention*, SCSL-2003-12-PD.
- TESL (2003c). Prosecutor v. Fofana, *Decision on the Urgent Defence Application for Release from Provisional Detention*, SCSL-2003-11-PD.
- TESL (2004). Prosecutor v. Taylor, *Decision on Immunity from Jurisdiction*, SCSL-2003-01-I.
- TESL (2007). Prosecutor vs. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu, *Judgement*, SCSL-04-16-T.
- TESL (2013). Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, *Judgement*, SCSL-03-01-A.

Corte Internacional de Justicia

- CIJ (2000). Democratic Republic of the Congo vs. Belgium. Case concerning the arrest warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) [the Yerodia case].

Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia

- TPIY (1995). Prosecution v. Duško Tadić, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-AR72.

Doctrina

- Baylis, E.A. (2021). "Extreme Cases in Hybrid Courts". En: *Temple International & Comparative Law Journal*. Vol. 35 (1). Pp. 95-108.
- Arthur, P. (2009). "How transitions reshaped human rights: a conceptual history of transitional justice". En: *Human Rights Quarterly*. Vol. 31(2). Pp. 321-367.

- Bell, C. (2009). "Transitional justice, interdisciplinarity and the state of the 'field' or 'non-field'". En: *International Journal of Transitional Justice*. Vol. 3(1). Pp. 5-27.
- Bonilla-Tovar, V., Buitrago-Rey, N. E. & Canosa-Cantor, J. (2018). "Alcance y limitaciones de los Tribunales Híbridos I: Corte Especial para Sierra Leona, Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya y Tribunal Especial para el Líbano". En: Olasolo, H., Buitrago, N.E., Bonilla, V. & Canosa, J. (eds.). *Alcance y Limitaciones de la Justicia Internacional*. Volumen 4 de la Colección Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 531-574.
- Castillo-Meneses, Y. (2012). "La eficacia y legitimidad de la Corte Especial para Sierra Leona desde el Derecho Internacional". En: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Vol. 20. Pp. 75-102.
- Cimiotta, E. (2016). "The Specialist Chambers and the Specialist Prosecutor's Office in Kosovo: The Regionalization of International Criminal Justice in Contest". En: *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 14 (1). Pp. 53-72.
- Giorciari, J. D. & Heindel, A. (2014). *Hybrid Justice. The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Clark, R. (2015). "The Crime of Aggression". En: Stahn, C. (ed.). *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 778-801.
- Creegan, E. (2011). "A permanent Hybrid Court for Terrorism". En: *American University International Law Review*. Vol. 26(2). Pp. 237-314.
- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D., & Wilmshurst, E. (2010). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2nd ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Currie, R.J. & Leon, J. (2019). "COPLA: A Transnational Criminal Court for Latin America and the Caribbean". En: *Nordic Journal of International Law*. Vol. 88. Pp. 587-613.
- Dickinson, L.A. (2003a). "The Promise of Hybrid Courts". En: *The American Journal of International Law*, Vol. 97 (2). Pp. 295-310.
- Dickinson, L. A. (2003b). "The Relationship Between Hybrid Courts and International Courts: The Case of Kosovo". En: *New England Law Review*. Vol. 37 (4). Pp. 1059-1072.
- Donlon, F. (2011). "Hybrid Tribunals". En: Schabas, W.A. et. al. (eds.). *Routledge Handbook on International Criminal Law*. Nueva York: Routledge Handbooks. Pp. 85-107.

- Gamboa-Rubiano, S. (2018). "Alcance y limitaciones en las actuaciones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda". En: Olasolo, H., Buitrago, N.E., Bonilla, V. & Canosa, J. (eds.) *Alcance y Limitaciones de la Justicia Internacional*. Volumen 4 de la Colección Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 495-530.
- Gberie, L. (2003). "Briefing: The Special Court of Sierra Leone". *African Affairs*. Vol. 102 (409). Pp. 637-648.
- Higonnet, E. R. (2006). "Restructuring Hybrid Courts: Local Empowerment and National Criminal Justice Reform". En: *Arizona Journal of International and Comparative Law*. Vol. 23. Pp. 347-435.
- Korenica, F., Zhubi, A. & Doli, D. (2016). "The EU-Engineered Hybrid and International Specialist Court in Kosovo: How Special is it?". En: *European Constitutional Law Review*. Vol. 12 (3). Pp. 474-498.
- Lam, A. (2010). "Special Tribunal for Lebanon: Innovations and Challenges". En: *ILSA Quarterly*. Vol. 19(2). Pp. 31-35.
- Manguel, T. K. (2018). "Alcance y limitaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia". En: Olasolo, H., Buitrago, N.E., Bonilla, V. & Canosa, J. (eds.) *Alcance y Limitaciones de la Justicia Internacional*. Volumen 4 de la Colección Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 451-494.
- Mariniello, T. (2013). "Prosecutor v. Taylor". En: *The American Journal of International Law*. Vol. 107 (2). Pp. 424-430.
- Martini, P. (2020). "The International Criminal Court versus the African Criminal Court. A Remodelling of the Principle of Complementarity as a Solution to Potential Conflicts of Jurisdiction Between the Courts". En: *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 18(5). Pp. 1-21.
- Maunganidze, O.A. & du Plessis, A. (2015). "The ICC and the AU". En: Stahn, C. (ed.). *The Law and the Practice of the International Criminal Court*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 65-83.
- Mayer-Rieckh, A. & Duthie, R. (2009). "Enhancing justice and development through justice-sensitive security sector reform". En: De Greiff, P. & Duthie, R. (eds.). *Transitional justice and development: making connections*. Nueva York: Social Sciences Research Council. Pp. 214-249.
- Mendez, J. (1997). "Accountability for past abuses". En: *Human Rights Quarterly*. Vol. 19(2). Pp. 255-282.
- Muharremi, R. (2018). "The Concept of Hybrid Courts Revisited: The case of Kosovo Specialist Chambers". En: *International Criminal Law Review*. Vol. 18. Pp. 623-654.

- Muharremi, R. (2016). "The Kosovo Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office". En: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. Vol. 76. Pp. 967-992.
- Nouwen, S. (2006). "'Hybrid Courts': The Hybrid Category of a New Type of International Crimes Courts". En: *Utrecht Law Review*. Vol. 2(2). Pp. 190-214.
- Olasolo, H. (2017). *Derecho Internacional Penal, Justicia Transicional y Delitos Transnacionales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya.
- Olasolo, H. & Galain Palermo, P. (2018). *Los desafíos del Derecho Internacional Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olasolo, H. et. al. (2018). "El limitado alcance de las actuaciones de la Corte Penal Internacional en su decimoquinto aniversario y sus posibles causas". En: Olasolo, H., Buitrago, N.E., Bonilla, V. & Canosa, J. (eds.) *Alcance y Limitaciones de la Justicia Internacional*. Volumen 4 de la Colección Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 395-450.
- Olasolo, H. & Mané, C.S. (2021). "La respuesta desde los mecanismos de aplicación del Derecho Penal Internacional: Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional". En Olasolo, H. & Buitrago, E., Mané, C. & Sánchez-Sarmiento, A. (eds.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Volumen 12 de la Colección Perspectiva Ibero-Americanas sobre la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ramírez Lemus, J.R. (2018). "La actividad judicial del Sistema Africano de Protección de los Derechos Humanos: alcance y limitaciones". En: Olasolo, H., Buitrago, N.E., Bonilla, V. & Canosa, J. (eds.) *Alcance y Limitaciones de la Justicia Internacional*. Volumen 4 de la Colección Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 575-602.
- San Juan, C. (2018). "Alcance y limitaciones de los Tribunales Híbridos II: Salas Especiales de Delitos Graves en Timor Oriental, Salas de la Norma 64 en Kosovo, Salas Extraordinarias de África (SEA) y Tribunal Especial para Kosovo". En: Olasolo, H., Buitrago, N.E., Bonilla, V. & Canosa, J. (eds.) *Alcance y Limitaciones de la Justicia Internacional*. Volumen 4 de la Colección Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 575-602.
- Schabas, W. (2015). "The Special Tribunal for Lebanon: Law and Practice". En: *German Yearbook of International Law*. Vol. 58. Pp. 523-526.

- Schabas, W. (2008). "The Special Tribunal for Lebanon: Is a 'Tribunal of an International Character' equivalent to an 'International Criminal Court'?". En: *Leiden Journal of International Law*. Vol. 21. Pp. 513-528.
- Scheffer, D. (2012a). "First Annual Clara Barton Lecture: Origins of the Special Court for Sierra Leone". En: *Studies in Transnational Legal Policy*. Vol. 45. Pp. 79-98.
- Scheffer, D. (2012b). "No Way to Fund a War Crimes Tribunal". New York Times. <https://www.nytimes.com/2012/08/29/opinion/Funding-Cambodias-War-Crimes-Tribunal.html>.
- Skinninger, E. (2007). "Experiences and Lessons from Hybrid Tribunals: Sierra Leone, East Timor, and Cambodia". En: *Asia-Pacific Yearbook of International Humanitarian Law*. Vol. 3. Pp. 243-282.
- Turok-Squire, R. (2022). Inside the mind of an International Criminal Court judge: Sir Howard Morrison QC. <https://lacuna.org.uk/justice/international-criminal-court-icc-judge-sir-howard-morrison-qc/>
- Van Schaack, B. (2016). "The Building Blocks of Hybrid Justice". En: *Denver Journal of International Law & Policy*. Vol. 44(2).
- Wetzel, J. E. & Mitri, Y. (2008). "The Special Tribunal for Lebanon: A Court 'Off the Shelf' for a Divided Country". En: *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*. Vol. 7. Pp. 81-114.
- Whiting, A. (2018). "Is an international anti-corruption court a dream or a distraction?" *Global Anticorruption Blog*. <https://globalanticorruptionblog.com/2018/10/04/guest-post-is-an-international-anti-corruption-court-a-dream-or-a-distraction/>.
- Williams, S. (2016). "The Specialist Chambers in Kosovo: The Limits of Internationalization". En: *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 14(1). Pp. 25-52.
- Wolf, M. L. (2014). "The case for an international anti-corruption court". *Brookings Institution*. Disponible en: <https://www.brookings.edu/research/the-case-for-an-international-anti-corruption-court/>.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Ainley, K. & Kersten, M. (2019). "Dakar Guidelines on the Establishment of Hybrid Courts". *Hybrid Justice*. <https://hybridjustice.com/dakar-guidelines/>
- Annan, K. (2004). "The rule of law in conflict and post-conflict societies". Nueva York: Secretariado-General de las Naciones Unidas.

- Chehtman, A. (2011). “Developing Local Capacity for War Crimes Trials: Insights from BIH, Sierra Leone, and Colombia”. *DOMAC*. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/3844>
- Fremuth, M. L., Sauermoser, A. & Stavrou, K. (Oct. 26, 2020). “The Special Tribunal for Lebanon: After the Judgment in Ayyash et. al., Justice at Last?” *Opinio Juris*. <http://opiniojuris.org/2020/10/26/the-special-tribunal-for-lebanon-after-the-judgment-in-ayyash-et-al-justice-at-last/>
- Ki-Moon, B. (2009). “Report of the Secretary General on Peacebuilding in the Immediate Aftermath of Conflict”. Doc. A/63/881-S/2009/304. Nueva York: Secretariado-General de las Naciones Unidas.
- Muravska, J., Hughes, W. & Pyman, M. (2011). “Organised crime, corruption, and the vulnerability of defence and security forces”. *Transparency International, Defense and Security Program*. https://ti-defence.org/wp-content/uploads/2016/03/1112_OrganizedCrime_Report.pdf
- Naughton, Elena (2018). “Committing to Justice for Serious Human Rights Violations. Lessons from Hybrid Tribunals”. International Center for Transitional Justice. <https://www.ictj.org/publication/committing-justice-serious-human-rights-violations-lessons-hybrid-tribunals>
- Open Society Justice Initiative. (2018). “Corruption that kills. Why Mexico Needs an International Mechanism to Combat Impunity”. <https://www.justiceinitiative.org/publications/corruption-kills-why-mexico-needs-international-mechanism-combat-impunity>
- Stahn, C. (s.f.). “Fair and Effective Investigation and Prosecution of International Crimes”. *International Nuremberg Principles Academy*. https://www.nurembergacademy.org/fileadmin/user_upload/Fair_and_Effective_Investigation_and_Prosecution_of_International_Crimes.pdf
- Schenkel, K. (2021). “The Kosovo Specialist Court and Transitional Justice”. Paz & Integra. https://paxforpeace.nl/media/download/The_Kosovo_Specialist_Court_and_Transitional_Justice_PAX_Integra.pdf
- SETC. (2021a). Budget Request for 2022. Vid.: <https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/2022%20ECCC%20Budget%20request%20%28GIS%20endorsed%29.pdf>
- SETC. (2021b). Completion Plan - Revision. https://eccc.gov.kh/sites/default/files/ECCC%20Completion%20Plan.rev%2030.final_.%20image.pdf
- SGNU (2004). *Report of the Secretary-General on the rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. S/2004/616. Párrafo 43.
- SGNU (2006). *Informe del SGNU en respuesta a lo solicitado por el CSNU en el párrafo 6 de la Resolución 1644 (2005)*. 21 de marzo de 2006. S/2006/176.

- Stephenson, P.M.C. & Arjon-Schütte, S. (2019a). “Tribunales especializados anticorrupción. Un mapeo corporativo”. *U4 Anti-Corruption Centre del Chr. Instituto Michelsen de Noruega (CMI)*. <https://www.u4.no/publications/tribunales-especializados-anticorruptcin-un-mapeo-comparativo>
- Stephenson, P.M.C. & Arjon-Schütte, S. (2019b). “An International Anti-Corruption Court? A synopsis of the debate”. *U4 Anti-Corruption Centre del Chr. Instituto Michelsen de Noruega (CMI)*. <https://www.u4.no/publications/an-international-anti-corruption-court-a-synopsis-of-the-debate.pdf>
- TEL. (2021). Comunicado de Prensa. El inicio del juicio en el caso Ayyash (STL-18-10) previsto para el 16 de junio es cancelado debido a la falta de fondos. <https://www.stl-tsl.org/en/media/press-releases/start-of-trial-in-the-ayyash-case-stl-18-10-on-16-june-cancelled-due-to-lack-of-funds>.
- Trigoso, A. (Jun. 8, 2020). “The Kosovo Specialist Chambers: In Need of Local Legitimacy”. *Opinio Juris*. <http://opiniojuris.org/2020/06/08/the-kosovo-specialist-chambers-in-need-of-local-legitimacy/>

*II.4. EL PRINCIPIO DE
JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y LAS
COMISIONES Y MISIONES DE
APOYO INTERNACIONALES*

Capítulo 7

*El principio de jurisdicción universal y su relación con el principio aut dedere aut iudicare**

ANDRÉS SÁNCHEZ*
ANTONIO VARÓN*
CLARA HERNÁNDEZ*

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la corrupción como crimen transnacional, si bien no es una problemática nueva, ha estado cada vez más bajo el ojo de

* El presente capítulo es una actualización de la contribución presentada dentro del Volumen 12 de la Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, titulado “RESPUESTAS NACIONALES E INTERNACIONALES AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN Particular atención al ámbito iberoamericano” (2022). Dicha contribución anterior se enmarcó en el proyecto de investigación ‘La respuesta del Derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado’ (2019-2021), con número de referencia V-FPC009, cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Dicho proyecto se encuentra adscrito a la línea de investigación ‘Crítica al Derecho internacional desde fundamentos filosóficos’, del Grupo de Investigación de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Su elaboración contó con el apoyo en investigación de los miembros de la Clínica Jurídica Internacional 2020 de la Universidad del Rosario: Daniela Bohórquez Murcia, Daniela Corradine, Federico Freydell Mesa, Andrés Felipe Lema González y Gabriela Velázquez Medina, y de sus monitoras académicas, Sofía Linares Botero y Luisa Fernanda Villarraga Zchommler, bajo la dirección del Prof. Héctor Olasolo Alonso.

** Abogado de la Universidad del Rosario, con especialización en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

la opinión pública, debido a los múltiples escándalos globales que se han venido destapando en las últimas décadas. El Estado tiene la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos de los ciudadanos y de los individuos dentro de su jurisdicción, no obstante, cuando la corrupción es frecuente o sistémica, la desviación de los recursos públicos en pro de intereses privados impide la promoción y protección de los mismos. En otras palabras, la corrupción actúa en detrimento de la obligación del Estado de ofrecer el conjunto de bienes y servicios que garanticen el disfrute efectivo de derechos, la dignidad, la seguridad y una amplia gama de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, incluso el derecho a la vida (Asamblea General R. 70/1, UN Doc. A/RES/70, 2015).

Como señalan Barkhouse, Hoyland & Limon (2018), hay una desconexión significativa entre el rechazo social a estas prácticas y las acciones eficaces para hacerle frente. Esto se hace evidente en el reducido número de casos exitosos en contra de responsables de corrupción a nivel mundial- tanto en materia civil o penal- y el escaso número de víctimas que han podido acceder a mecanismos efectivos de reparación como consecuencia de hechos de corrupción.

*** Abogado, candidato a doctor de la Universidad Externado de Colombia, con posgrado en Derecho Comunitario de la Universidad de Paris II Pantheon Assas. exdirector nacional de Protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Consultor de la Vicepresidencia de la República y organismos especializados de la ONU sobre temas de DIH, responsabilidad internacional del Estado, trata de personas y explotación sexual comercial entre otros. Amplia experiencia en temas vinculados con metodología de la investigación cualitativa y cuantitativa, evaluación de proyectos y programas de investigación..

**** Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia) con profundización en Derecho Ambiental. Joven Investigadora del Proyecto 70817 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colombia) sobre respuestas del Derecho Internacional a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional.

Si bien no hay una única causa, existen posibles razones que propician el desarrollo, permanencia y extensión de la corrupción. Según Barkhouse, Hoyland & Limon (2018), la primera es que la corrupción es en un “delito invisible”, en comparación con el terrorismo, por ejemplo. Sus efectos y posibles responsables —directos e indirectos— se difuminan en amplias cadenas delictivas, de acciones u omisiones, que, analizadas individualmente, no representan desmedros significativos del erario, ni propician un ambiente generalizado de inseguridad o terror en la sociedad; al contrario, tienden a normalizarse en tanto que situaciones que, si bien son repudiadas, son concebidas en algunos casos como irremediables. Como sostiene Velasco (2010) “el papel concreto en la ejecución global de cada específico componente (de la corrupción) no deja conocer el conjunto de la acción así fragmentada y atomizada que, es por ello, más difícil de prevenir, evitar, probar y castigar”.

En segundo lugar, la lucha contra la corrupción implica altos costos tanto financieros como políticos, a nivel nacional e internacional, en comparación con otro tipo de conductas como el tráfico ilícito de estupefacientes o la trata de personas (Barkhouse, Hoyland & Limon, 2018). Al respecto sostiene Dell (2020) que en la medida en que las altas esferas del poder político se encuentren involucradas en actividades de corrupción, aun cuando se logre el desmantelamiento de estructuras criminales que se dedican a la gran corrupción transnacional, nunca se llegará a enfrentar una justicia efectiva contra ellos.

En tercer y último lugar, la corrupción, desde una perspectiva internacional detenta un común denominador con los delitos mencionados anteriormente que es su condición de transnacionalidad¹.

¹ La transnacionalidad del delito se aprecia en que ningún continente se ha librado de tener escándalos de gran corrupción interconectados a nivel transnacional. Numerosos casos se han presentado alrededor del mundo; el caso de Odebrecht y Petrobras (empresas originarias de Brasil) y el fuerte fenómeno de corrupción que actualmente atraviesa Venezuela, en Latinoamérica; el caso de Siemens (de origen alemán) y el caso Gürtel (en España) en el continente europeo; el escándalo de los jades ilegales en Myanmar, los sobornos de Azerbaiyán a la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa y el problema de las basuras en Líbano en oriente medio la gran corrupción en Estados como Guinea Ecuatorial, Túnez, y Sudáfrica, en tie-

Esto ha implicado grandes desafíos de cooperación y coordinación interestatal que se han materializado a través de la potestad regulatoria de los Estados, mediante instrumentos internacionales vinculantes como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) que exhorta a los Estados a implementar medidas legislativas, administrativas y de cooperación internacional para prevenir, investigar y juzgar crímenes relacionados con prácticas de corrupción². A pesar de que las iniciativas convencionales de lucha contra crímenes transnacionales han incorporado ingentes esfuerzos de cooperación a través de mecanismos judiciales de persecución, judicialización o extradición de responsables, no se ha encontrado aún una respuesta judicial efectiva contra este tipo de delitos.

Se han planteado alternativas en el campo del derecho internacional para este fin que incluyen la extensión de la jurisdicción material de la Corte Penal Internacional (CPI), la creación de tribunales internacionales que se encarguen específicamente de este tipo de crímenes y órganos transnacionales de persecución penal que se encarguen de investigar y combatir a las diferentes organizaciones criminales que cometan actos de corrupción. Incluso, hay quienes se han preguntado si la figura de jurisdicción universal (JU) podría ser una respuesta adecuada en el marco de la lucha contra la corrupción transnacional (Maharaj, 2015).

Esta última posibilidad despierta grandes interrogantes respecto a su posible extensión y aplicación en la materia, en especial cuando actualmente no existe unidad de criterios en torno a su aplicación para todos los delitos que comportan elementos de transnacionali-

rra africana; y escándalos globales de corrupción pública y privada como el de la Federación Internacional de Fútbol Asociación (FIFA) o los Panama Papers (Transparency International, 2019).

² Al respecto ver, En esa misma línea a nivel regional, la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996), el Convenio de la Unión Europea contra la Corrupción con la Implicación de Funcionarios (1997), las Convenciones de Derecho Penal y Derecho Civil contra la Corrupción del Consejo Europeo (1999), la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción (2003), y la Convención Árabe Anticorrupción (2010), han establecido la necesidad a nivel universal y regional, de afianzar una red de apoyo global que permita hacerle frente.

dad, y las dificultades conceptuales entre los principios *aut dedere aut judicare* (ADAJ) y de JU.

El presente capítulo pretende examinar la figura de la JU para determinar si existen fundamentos jurídicos suficientes que permitan afirmar que este principio sea un mecanismo que, en la práctica, pueda ser utilizado para luchar eficazmente contra la corrupción transnacional. Adicionalmente, se abordará la obligación ADAJ, por cuanto es una figura que tiene relación con la JU y es necesario esclarecer el alcance de cada una de ellas.

El capítulo está dividido en cinco partes, la primera aborda algunas definiciones y fuentes de los principios ADAJ y de JU; la segunda reflexiona en torno a los vínculos y diferencias entre la JU y el ADAJ; la tercera parte describe el desarrollo que estos principios han tenido en el marco de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI); la cuarta parte aborda el tratamiento que las legislaciones internas le ha dado al principio de la JU en aras de determinar si existen elementos que permitan evidenciar una *opinio juris* en materia de aplicación de la JU al delito de corrupción; la quinta parte hace hincapié en reflexiones doctrinales en torno a la posibilidad de aplicar la JU al delito de corrupción. El capítulo finaliza con una breve sección de conclusiones donde se responde a la pregunta planteada en el título.

2. LOS PRINCIPIOS DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y DE EXTRADITAR O JUZGAR (*AUT DEDERE AUT JUDICARE*)

2.1. Definición y fuentes de la jurisdicción universal

De acuerdo con el informe del Relator Especial de la CDI, Zdzislaw Galicki (2006), la JU es la capacidad del tribunal de cualquier Estado de juzgar por delitos cometidos fuera de su territorio a personas no vinculadas con ese Estado por la nacionalidad del sospechoso o de las víctimas o por un daño cometido contra los propios intereses nacionales del Estado.

Cuatro años después, la CDI definía el principio de JU como la competencia para investigar y procesar a presuntos delincuentes, y sancionarlos en caso de que fuesen encontrados culpables, independientemente del lugar en donde se hubiese cometido el crimen y sin importar cualquier tipo de vínculo (activo o pasivo) relativo a la nacionalidad, o cualquier otro fundamento o justificación para adquirir jurisdicción reconocida por el derecho internacional (CDI, 2010: 420, párr. 72). De esta manera, según la CDI, la JU se funda en la costumbre internacional y es ejercida sobre crímenes internacionales definidos en el derecho internacional como la piratería internacional, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y las violaciones graves del derecho internacional humanitario (*Ibid.*: párr. 73).

La CDI hace una diferencia entre el principio de la universalidad de la represión y el de JU. La universalidad de la represión significa que, como consecuencia de la aplicación de la obligación de extraditar o juzgar entre los Estados interesados, se evita que haya algún lugar en el que el autor de la infracción pueda eludir su responsabilidad penal y encontrar lo que se ha llamado un “refugio seguro”, mientras que la JU implica exclusivamente la capacidad del ejercicio de actos de *iure imperii* que se extienden más allá de las fronteras territoriales del Estado en pos de la defensa de intereses de la Comunidad Internacional en su Conjunto (CIESC).

En este mismo sentido, Ambos (2007) determina que la JU se deriva de un *ius puniendi* originario del Estado sobre crímenes que afectan a toda la comunidad internacional, lo cual implica que todos los Estados tienen jurisdicción para hacerse cargo. En ese orden de ideas, en el marco de la JU, el Estado representa los intereses de la CIESC, respecto de crímenes que lesionan intereses especialmente protegidos, algunos de los cuales tienen la condición de *ius cogens*.

La JU forma parte del derecho internacional consuetudinario, aunque también está plasmada en tratados, legislaciones y jurisprudencia nacional. En cuanto a las fuentes jurídicas de las cuales se desprende este principio, no existe unanimidad de criterios. De un lado están quienes consideran que la JU nace de una obligación de carácter convencional obligatorio para todo Estado que la acepta (ICRC, 2014) y aquellos que la ubican jurídicamente en la costumbre internacional (Kress, 2006; Langer, 2010).

No obstante, existen posturas intermedias que consideran que este principio opera tanto en tratados internacionales como en normas consuetudinarias. Al respecto Human Rights Watch (HRW) (2009), aborda la JU como principio convencional consagrado en algunos tratados internacionales, entre ellos, las Convenciones de Ginebra de 1949³, la Convención contra el Apartheid de 1978⁴, la Convención contra la Tortura de 1984⁵ y la Convención contra la Desaparición Forzada de 2006⁶. No obstante, lo incluye también como propio de la costumbre internacional, como la capacidad que detentan los Estados para judicializar a los perpetradores de crímenes considerados de trascendencia internacional, es decir, los crímenes internacionales —crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y el genocidio específicamente.

2.2. El principio aut dedere aut iudicare

2.2.1. Definición y fuentes del principio *aut dedere aut iudicare*

Para Tiribelli (2009), el principio ADAJ es una obligación que contraen los Estados, la cual les exige extraditar o judicializar a todo aquel que haya cometido algún crimen, de acuerdo con el derecho internacional convencional y/o una norma de derecho interno (Tiribelli, 2009).

La regulación de la ADAJ implica un fenómeno esencialmente convencional que se manifiesta en el ejercicio de voluntad soberana del Estado al momento de suscribir un tratado internacional e incorporarlo como obligación en su legislación interna, lo cual lo obliga a juzgar a todo perpetrador de determinado crimen que se encuentre en su territorio o a conceder su extradición una vez que otro Estado se lo solicite (Amnistía Internacional, 2001). Sin embargo, algunos

³ Arts. 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios de Ginebra (ICRC, 2014).

⁴ Art. IV de la Convención contra el Apartheid.

⁵ Art. 6 de la Convención contra la Tortura Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

⁶ Art. 10 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

autores consideran que esta obligación encuentra su fundamento jurídico en la costumbre internacional o incluso en el *ius cogens* (Tiribelli, 2009), mientras que para un tercer grupo de autores aseguran que si bien su fuente es convencional se encuentra en proceso de cristalización hacia una norma consuetudinaria aplicable a todo tipo de crímenes (Sosa, 2015; Servín, 2018)⁷.

En consecuencia, si bien la opinión de que los tratados constituían la fuente de la obligación de extraditar o enjuiciar logró en el pasado un consenso general, se ha sugerido a la Comisión explorar el posible estatus consuetudinario de la obligación, al menos con respecto a algunas categorías de delitos (como los crímenes de derecho internacional) (CDI, 2011).

2.2.2. Vínculos y diferencias entre los principios de jurisdicción universal y *aut dedere aut judicare*

La doctrina ha puesto de relieve el vínculo directo existente entre la institución de la JU y el principio ADAJ. Es así como Broomhall (2001) considera que “los tratados que establecen un régimen de ‘jurisdicción universal’ normalmente definen un delito y luego obligan a todas las partes a investigarlo y (si corresponde) a enjuiciarlo o extraditar a los sospechosos a una parte que esté dispuesta a hacerlo. Esa es la obligación de ADAJ (extraditar o juzgar). Como lo esbozan diferentes autores que se han encargado de estudiar estos principios, ambos han sido concebidos como herramientas para fortalecer la lucha contra la impunidad (Sosa, 2013; Mejía, 2016).

Sin embargo, para Castelo (citado en Sosa, 2013) y Tiribelli (2009) son figuras diferentes, que si bien pueden convivir en un mismo instrumento internacional no implica que tengan las mismas

⁷ Servín (2018) afirma es probable que la obligación de juzgar o extraditar se haya cristalizado como costumbre internacional, pero únicamente frente a graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 1948. Esto, en virtud de la aceptación generalizada que estos han tenido. No obstante, no es posible afirmar que este sea el caso para todos los crímenes internacionales, ni frente a aquellos tratados internacionales que no gozan con tal grado de aceptación en la comunidad internacional.

características, no se activan de la misma manera y pueden tener consecuencias prácticas diferentes. Igualmente, Ambos (2007: 290-291) sostiene que la obligación ADAJ representa una justicia criminal supletoria basada en un *ius puniendi* derivado, a partir del cual el Estado que ejerce el ADAJ lo hace en representación de otro Estado, en nombre del cual ejerce dichas actuaciones. No se trata de una titularidad otorgada desde la condición de Estado parte de la CIESC como en el caso de la JU, sino como manifestación del principio de cooperación judicial para la persecución, judicialización y extradición de criminales, en donde supletoriamente uno o varios Estados actúan en representación de otro Estado en situaciones en la cuales el primero no puede ejercer su jurisdicción exclusiva.

3. DESARROLLO DE LOS PRINCIPIOS DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y AUT DEDERE AUT JUDICARE A PARTIR DE LOS TRABAJOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

A la luz del memorándum *Historial Survey of the Quistiön of International Criminal Jurisdiction: Memorándum submitted by the Secretar-General* de la primera sesión de la CDI de 1949, se puede analizar que el principio de JU es un asunto de debate desde hace más de 70 años. Frente a este principio los Estados han sentido su posición a favor y en contra. Aquellos a favor del principio de JU sostenían que, en la mayoría de las ocasiones, son los agentes del Estado quienes realizan este tipo de conductas, y es por esa razón que no se van a juzgar a ellos mismos por los crímenes que cometieron, pues su principal propósito es la impunidad. En este orden de ideas, exponían que era necesario que las autoridades de otros Estados tuvieran la posibilidad de investigar, enjuiciar y sancionar a los autores. Adicionalmente, afirmaban que, por ejemplo, el crimen de genocidio era formalmente un crimen internacional, y por esta razón era natural aplicar el principio de represión universal (CDI, 1949: 144).

Por otro lado, aquellos que se oponían, sostenían que una represión universal iba en contra de los principios tradicionales del Derecho Internacional, y que se violaría la soberanía de un Estado si se le

permitía a un tribunal castigar los crímenes cometidos por extranjeros y que se llevaran a cabo fuera de su propio territorio. Asimismo, el principio de JU llevaría a que los tribunales nacionales juzgaran actos realizados por gobiernos extranjeros, generando una enorme tensión internacional. Por último, argumentaban que el principio de JU podría llevar a que los tribunales nacionales ejercieran autoridad sobre naciones extranjeras de manera arbitraria y sesgada (CDI, 1949: 145).

En medio de este contexto, en 1950 se propuso la creación de un código penal internacional que recogiera aquellos crímenes que afectan a la CIESC, y a su vez la de una jurisdicción penal de carácter universal que permitiera abordar los siguientes crímenes: (a) crímenes en contra de la paz; (b) crímenes de guerra; (c) crímenes de lesa humanidad; (d) genocidio; (e) otros crímenes indeterminados sobre los cuales se puede conferir jurisdicción a una corte penal internacional a través de convenciones internacionales (estos últimos podrían ser la piratería, el tráfico de esclavos, el tráfico de mujeres y niños, el narcotráfico, la falsificación de monedas, la circulación de publicaciones obscenas, terrorismo y daño a cables submarinos) (CDI, 1950: 13-15).

A pesar de esta propuesta, solo en 1983, treinta años después, se retomó la discusión relativa a la JU a través de la discusión sobre qué ofensas contra la paz y la seguridad deberían codificarse. En esta sesión se estableció que no es posible aplicar un principio de JU a los crímenes políticos, pues existe una variedad inmensa de sistemas políticos e ideológicos y la relatividad en este asunto genera muchos problemas. El criterio político no puede por tanto ser el adecuado para determinar qué categorías de crímenes constituyen una ofensa contra la paz y la seguridad (CDI, 1983: párr. 37-38).

La CDI resaltó en aquel entonces que existían delitos de carácter nacional que podían ser de interés internacional debido a sus efectos, tales como el narcotráfico, y que estos podrían hacer parte del establecimiento de una jurisdicción internacional, aunque la discusión no estaba cerrada y debía continuar (*Ibid.*: párr. 61-77).

En 1988 existió un amplio debate dentro la Comisión con respecto al principio de JU, así como su implementación y relación con la extradición. Persistía también el cuestionamiento de si era necesario

crear una corte penal internacional, o un tribunal mixto que conociera de estos asuntos o incluso que se implementara el principio de JU. El debate fue extenso, pues no era muy claro si estas tres propuestas generaban contradicciones legales, así como costos elevados y dificultades profundas a la hora de determinar quién tenía jurisdicción. Como resultado, se concluyó en esta sesión, que era importante la implementación de una corte penal internacional que funcionara y operara en virtud de una delegación que le hiciera la CIESC. Se concluyó también que, en caso de que se llegara a implementar el principio de JU, este jamás estaría en conflicto con la jurisdicción ejercida por esta corte penal internacional (CDI, 1988: 277).

3.1. Jurisdicción universal: entre la inmunidad y la lucha contra la impunidad

Otra discusión importante en relación con el principio de JU ha sido su relación con el régimen de inmunidades del que gozan los agentes diplomáticos y estatales. En múltiples casos domésticos se ha ejercido la JU respecto de funcionarios extranjeros. En algunos de estos casos, los acusados eran personas que gozaban de inmunidad personal y otros de inmunidad funcional (CDI, 2010: 421).

La CDI concluyó con una serie de recomendaciones con respecto a la relación que existe entre el principio de JU y el régimen de inmunidades de los agentes oficiales y diplomáticos. En primer lugar, aquellas autoridades judiciales nacionales que estén considerando ejercer la JU sobre oficiales del Estado que presuntamente cometieron un crimen internacional, tienen la obligación de tener en cuenta todas las inmunidades de las que goza el sujeto en cuestión bajo el derecho internacional, y consecuentemente, están obligados a abstenerse de investigar y enjuiciar a aquel funcionario que goza de inmunidades. En otras palabras, la aplicación de la JU no excluye la inmunidad (CDI, 2010: 421). Además, incluso si ciertas inmunidades (únicamente, las funcionales o *ratione materiae*) no se aplican en caso de crímenes internacionales centrales (genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra), como se deduce del informe de 2016 de la Relatora de la CDI sobre la Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, lo cierto es que esto no

sería aplicable a delitos transnacionales como la corrupción (RECDI, 2016; Olasolo, Martínez & Quijano, 2020). En segundo lugar, cuando se esté ejerciendo el principio de JU sobre crímenes internacionales graves, los Estados deben tener en cuenta la necesidad de mantener las buenas relaciones ente los mismos (*Ibíd.*: 425).

Es importante denotar que, tal y como lo resaltó la Relatora de la CDI en su informe (RECDI, 2016), no hay ninguna norma internacional ni práctica reiterada reciente que pueda indicar siquiera que la JU puede ser aplicada en casos en los que un alto funcionario goce de inmunidad *ratione personae*. En ese sentido, no habría siquiera aplicación del principio de JU ante crímenes internacionales como los reconocidos por el Estatuto de Roma, mucho menos frente a crímenes de lesa humanidad.

El informe de la Relatora de la CDI del 2016 incluyó un Proyecto de Artículo “sobre los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera” (RECDI, 2016: 105), el cual proponía la adopción de un clausulado encaminado a reconocer ciertas limitaciones al ejercicio de la inmunidad frente a la comisión de determinados crímenes. En este, incluyó la exclusión de la inmunidad frente a la comisión de crímenes como genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, tortura, desapariciones forzadas, corrupción y “crímenes que causen daños a personas (...) o en bienes (...) cuando se produzcan en el Estado del foro y el funcionario del Estado se encuentre en dicho territorio en el momento en que se cometen los crímenes”. Lo anterior, siempre y cuando no se estuviera frente a un funcionario estatal que goce de inmunidad *ratione personae*, no se contravenga ningún tratado internacional aplicable y no se vulnere la obligación de cooperar con un tribunal internacional que sea exigible al Estado del foro.

Respecto de la inclusión de la corrupción como crimen de exclusión de la inmunidad *ratione materiae*, la Relatora Especial, en el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 69º periodo de sesiones (CDI, 2017: 132), indicó que este tema seguía siendo controversial. Al respecto, expresó que debía limitarse esta disposición a casos de gran corrupción y que no podía aplicarse a casos en los que se cometiera un acto a título oficial al que manifiestamente se aplicase la inmunidad *ratione materiae*, considerando

que estos siempre son en beneficio propio, pero no necesariamente son actos de corrupción y sí están cobijados expresamente por la inmunidad.

A partir del proyecto de artículo 7 presentado por la Relatora en 2016 (RECDI, 2016: 105) y del nuevo texto presentado y discutido por la CDI en su 69° periodo de sesiones (CDI, 2017: 133-134), la CDI adoptó el Proyecto de Artículo 7 sobre la Inmunidad de Jurisdicción Penal Extranjera de los Funcionarios del Estado (*Ídem.*). El texto aprobado por la CDI reconoció la no aplicación de la inmunidad *ratione materiae* frente a la comisión de crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, apartheid, tortura y desaparición forzada. Como puede notarse, la CDI excluyó la corrupción como uno de los crímenes frente a los cuales no se aplicaría la inmunidad funcional.

Respecto de lo anterior, hay que hacer algunas precisiones. En primer lugar, el Proyecto de Artículo 7 aprobado por la CDI no constituye un instrumento internacional vinculante para los Estados. Si bien es un acercamiento a un posible articulado de tratado internacional, no es un referente normativo aplicable. En segundo lugar, parte de la doctrina considera que la elección de los crímenes a los que no debería aplicarse la inmunidad *ratione personae* fue arbitraria y no tuvo en consideración otros crímenes de relevancia internacional que la comunidad internacional ha rechazado enfáticamente (como la agresión y la esclavitud) (Subramaniam, 2022), por lo que no es del todo fiel a la práctica reiterada ni al *ius cogens* en la materia. Por último, y más importante para este estudio, el Proyecto de Artículo 7 aprobado por la CDI no incluyó la corrupción, en ninguna de sus presentaciones, dentro de los posibles casos, por lo que en ningún caso es posible afirmar que se perdería la inmunidad *ratione materiae* frente a este tipo de crímenes.

A pesar de las múltiples controversias que versan sobre el tema, los Estados parecen estar de acuerdo con la legalidad del principio (al menos en algunas circunstancias), y con el hecho de que es una herramienta muy útil en la lucha en contra de la impunidad. Numerosos tratados obligan a los Estados a establecer y ejercer su jurisdicción nacional sobre ciertos delitos. Estos delitos son, entre otros: el genocidio (en virtud de la Convención para la Prevención y la San-

ción del Delito de Genocidio de 1948), las violaciones graves de las Convenciones de Ginebra de 1949 (crímenes de guerra) y de su Protocolo Adicional I de 1977, así como la tortura, en virtud de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes de 1984. Desafortunadamente, estos son los únicos elementos sobre los cuales se llegó a algún tipo de acuerdo sobre el principio de JU (CDI, 2018: 309).

Los principales desacuerdos se refieren a las siguientes cuestiones: (a) la definición del concepto de JU, incluyendo su distinción o diferenciación con otros conceptos relacionados; (b) el alcance de la JU, así como una lista de crímenes que justifiquen el ejercicio del dicho principio, y qué tan larga o que tan corta sería esta lista; (c) los parámetros de aplicación del principio de JU, incluyendo las condiciones para su aplicación; (d) los criterios que se deben usar para su ejercicio, así como sus aspectos prácticos y procesales, incluyendo el cuestionamiento de si es necesaria la presencia del sujeto en el territorio de un Estado para que su jurisdicción nacional pueda iniciar las investigaciones o tomar otro tipo de medidas en su contra; (e) la función de los sistemas judiciales nacionales; (f) la naturaleza de la interacción con otros conceptos del derecho internacional; (g) la asistencia y cooperación internacional, incluyendo la cuestión del apoyo mutuo jurídico y técnico, así como la cooperación con respecto a problemas de criminalidad en el nivel horizontal; y (h) su interacción con el deber (generalmente basado en tratados internacionales) de extraditar o procesar (ADAJ) en relación con ciertos crímenes, así como su relación con el principio de complementariedad del ECPI (CDI, 2018: 310).

Dicho esto, la discrecionalidad con la que cuentan los Estados para invocar o no el principio de JU con el fin de iniciar un proceso penal, es probablemente la controversia más grande que rodea a este el principio. El grupo de Estados africanos, latinoamericanos y caribeños han sido los mayores opositores y críticos del principio de JU, porque alegan que los nacionales de Estados menos poderosos son el verdadero objetivo de este principio, mientras que los nacionales de Estados más poderosos se ven, generalmente, exentos de escrutinio e investigación. Esto se refleja también en algunos reportes donde se plantea que el principio de JU se termina por utilizar selectiva y

arbitrariamente por parte de ciertos Estados (CDI, 2018: 310). En cambio, un segundo grupo de Estados (particularmente de Europa occidental), como Bélgica, Francia y España, han sostenido que el ejercicio de este principio es totalmente coherente con los principios del derecho internacional y debe entenderse como baluarte vital de la lucha en contra de la impunidad por la comisión de los crímenes más graves que afectan a la CIESC, sobre todo si se tiene en cuenta que el Estado territorial en donde se cometieron los crímenes es con frecuencia renuente o incapaz de investigarlos y enjuiciarlos (CDI, 2018: 310). Ante esta situación, la CDI ha resaltado la necesidad de hacer un estudio más profundo sobre la materia (CDI, 2018: 310).

3.2. Desarrollo del principio *aut dedere aut judicare* en la Comisión de Derecho Internacional

En cuanto al desarrollo del principio ADAJ, la CDI establece dos tipos de enfoques. Por un lado, busca identificar el desarrollo progresivo y la codificación que ha tenido el principio ADAJ en el derecho internacional, a través de su incorporación en tratados internacionales vinculantes para los Estados. Por otro lado, trata de determinar sus posibles vínculos con categorías normativas especiales como es el caso de las normas de *ius cogens* dentro las cuales está implícita su naturaleza vinculante.

En lo que respecta a la codificación, los informes de la CDI establecen la reiteración de una fórmula (que denominan la “Fórmula de La Haya” del principio ADAJ) en un gran número de tratados internacionales, como el art. 7 de la Convención de La Haya para la Supresión de la Incautación Ilegal de Aeronaves (1970) (CDI, 2013: 94, párr. 16). Esta fórmula consiste en enviar un determinado caso a las autoridades nacionales competentes para que procesen al presunto perpetrador de un delito, cuando el Estado decida no extraditarlo (da Rocha, Carvalho, Graeff & Vianna, 2013). Igualmente, en el Anexo I del Informe de la CDI en su periodo 65, se menciona la importancia de que esta fórmula haya servido como base para la inclusión del principio ADAJ en convenciones posteriores relativas a temas como el terrorismo, la corrupción, y la desaparición forzada, entre otras (CDI, 2013: 94, párr. 16).

Del mismo modo, en el Art. 9 del Borrador de Código de Crímenes en Contra de la Paz y Seguridad de la Humanidad se recoge la obligación de extraditar o enjuiciar para delitos tales como: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes en contra de las Naciones Unidas y su Personal⁸. De esta manera, aunque la CDI, en la disposición citada, ha reconocido la existencia de la obligación en cuestión, lo ha hecho exclusivamente en relación con un grupo de delitos estrictamente limitados y definidos, descritos en general como crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (con exclusión del “crimen de agresión”) (CDI, 2004: 315).

En cuanto a la naturaleza de ius cogens de la obligación ADAJ, se han señalado varios aspectos. De un lado las reflexiones realizadas por algunos Estados en torno a los informes del Relator Especial (RE), en las cuales se manifiesta la posibilidad de que el principio ADAJ sea también una norma de ius cogens, y la respuesta negativa del RE al respecto. Así, para este último, aunque el ADAJ podría encontrarse tanto en los tratados como en el derecho internacional consuetudinario (esto último aún en discusión, al no haber suficientes indicios de una costumbre internacional cristalizada), su condición de ius cogens no puede afirmarse. Además, si la obligación hubiera pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario, eso sólo habría ocurrido con respecto a un determinado número de delitos (CDI, 2007).

En definitiva, si bien el RE no afirmó la condición consuetudinaria del principio ADAJ, sí dejó una posibilidad abierta en este sentido en su Reporte de 2008, por lo que la Comisión reiteró su intención de continuar estudiando el alcance, límites y aplicación del ADAJ en los crímenes centrales del derecho internacional, al tiempo que dejó abierta la posibilidad de una práctica ulterior que permita su aplicación a otros delitos, como la corrupción o el lavado de activos. (CDI, 2008).

⁸ *Article 9. Obligation to extradite or prose. Without prejudice to the jurisdiction of an international criminal court, the State Party in the territory of which an individual alleged to have committed a crime set out in article 17,18,19 or 20 is found shall extradite or prosecute that individual.*

En el 2011, el RE ante la CDI propuso, en un proyecto de artículos, el reconocimiento de la obligación ADAJ como norma de derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, esto no fue acogido favorablemente por la CDI (CDI, 2014). Además, de acuerdo con la CDI en su informe final sobre la obligación *Aut Dedere Aut Judicare* (2014), en el caso *Bélgica c. Senegal*, la CIJ consideró que la obligación ADAJ que Bélgica argumentaba que Senegal había trasgredido no eran parte del derecho internacional consuetudinario. En consecuencia, no hubo acuerdo en la CDI para afirmar que existiera, para ese momento, una costumbre internacional de aplicar el principio de ADAJ en algún caso, aunque tampoco lo descartó. Será labor de la CIJ el definir si el principio de ADAJ es, o no, parte de la costumbre internacional (cosa que, a la fecha, parece no haber ocurrido). La CDI, en todo caso, cerró el tema y consideró que los avances futuros servirían para determinarlo. Tal y como lo menciona Caligiuri (2018), la CDI no brindó mayores luces respecto del principio a la luz de la costumbre internacional.

4. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y *AUT DEDERE AUT JUDICARE* EN LOS SISTEMAS NACIONALES

Un examen general del empleo de los dos principios estudiados en las legislaciones internas de diferentes Estados permite esclarecer cuál ha sido su ámbito de aplicación real, y si aquellos crímenes transnacionales como la corrupción han sido o podrían ser perseguidos penalmente en aplicación de los mismos. Así mismo, permite verificar si existe un número significativo de Estados que los estén aplicando y por tanto evidenciar una opinión *juris emergente* en la materia.

4.1. Sistemas no latinoamericanos

4.1.1. Alemania

El Código de Crímenes de Derecho Internacional de Alemania, en su art. 1, expresamente enuncia que se podrá ejercer la JU sobre crímenes internacionales reconocidos por el ECPI, es decir, críme-

nes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y agresión (aunque para ejercerla frente a este último es necesario que exista una relación concreta con el Estado alemán) (Misión Permanente de la República Federal de Alemania para las Naciones Unidas, 2017). Sin embargo, no dispone de ningún tipo de extensión de la jurisdicción penal a través de la JU en casos de delitos de corrupción u otros delitos transnacionales similares.

Alemania ha sido uno de los Estados a nivel global que ha empezado a utilizar activamente la JU. A la fecha, ha ejercido su jurisdicción frente a la comisión de crímenes internacionales en Siria, República Democrática del Congo, Iraq, Afganistán y Gaza (Trial International, 2019). Incluso, de acuerdo con Trial International (2019), se inició una investigación preliminar contra oficiales norteamericanos de la CIA por la comisión de actos de tortura y otros crímenes en centros de detención de esta organización.

4.1.2. Austria

La legislación austriaca, por su parte, extiende la jurisdicción penal del Estado por medio del principio ADAJ. De acuerdo con la Misión Permanente de Austria ante las Naciones Unidas (2017), la sección 64 del Código Penal austriaco dispone que delitos como el secuestro, el tráfico de esclavos, la trata de personas, algunos crímenes sexuales, la tortura, el crimen organizado, los delitos relacionados con el narcotráfico, la piratería aérea y los actos relacionados con el terrorismo pueden ser judicializados por los jueces austriacos cuando el presunto responsable se encuentre en el territorio del Estado y no pueda ser extraditado.

Esto mismo se extiende a todos los crímenes internacionales reconocidos por el Estatuto de Roma de la CPI (ECPI), a saber, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y de guerra y la agresión (sección 64(1)(4c)), así como a otros delitos cometidos fuera del territorio del Estado, siempre y cuando estos sean actos criminales de acuerdo con la legislación austriaca, el presunto responsable se encuentre en territorio de Austria y no sea posible la extradición por motivos distintos a la naturaleza o carácter del acto (sección 65). En todo caso es importante subrayar que, si bien la jurisdicción austriaca

está habilitada para extender su jurisdicción, el Código Penal es claro en indicar que esto puede hacerse únicamente cuando no sea posible llevar a cabo la extradición (Misión Permanente de Austria ante las Naciones Unidas, 2017).

Así mismo, es importante mencionar que la sección 64 (6) reconoce la posibilidad de juzgar otros crímenes frente a los cuales no existan vínculos tradicionales, siempre que exista una obligación jurídica adquirida por medio de un tratado internacional (Misión Permanente de Austria ante las Naciones Unidas, 2017). Además, también es importante destacar en el caso austriaco que extiende la jurisdicción penal sobre posibles crímenes transnacionales (narcotráfico, trata de personas, crimen organizado, piratería aérea y terrorismo).

Por último, conviene aclarar que Austria no solo reconoce el principio de JU, sino que lo ha aplicado en diferentes casos (a pesar de que, aparentemente, no lo haya introducido en su código penal). Por ejemplo, de acuerdo con Trial International (2019), lo ha ejercido para juzgar crímenes de guerra cometidos por miembros del Ejército Libre Sirio (2013-2014), que se encontraban en territorio austriaco como refugiados desde el 2015. Así mismo, también ha sido aplicado para perseguir a oficiales del servicio de inteligencia sirio del régimen de Al-Assad, por presuntamente cometer crímenes de lesa humanidad y de guerra (Trial International, 2019). Esto indica que, sin perjuicio de todo lo mencionado anteriormente respecto del código penal austriaco y la obligación ADAJ, Austria también reconoce la aplicación del principio de JU, al menos respecto de crímenes internacionales propios del derecho internacional consuetudinario.

4.1.3. Bélgica

Uno de los casos más amplios en materia de JU es el belga. De acuerdo con Reydamas (2003), este Estado incorporó a su legislación interna, en 1993, la “Ley sobre jurisdicción universal”, la cual permitía la persecución penal sobre crímenes de guerra, sin importar la nacionalidad del presunto autor, el lugar de la comisión de los hechos o la nacionalidad de la víctima; incluso, se entendió que se podían perseguir crímenes de esta naturaleza sin que el presunto responsable se encontrara en el territorio belga (de acuerdo con lo

discutido durante los procedimientos parlamentarios en el senado durante los debates llevados a cabo en abril de 1991) (ICRC, s.f.). En consecuencia, las disposiciones normativas adoptadas habilitaban al Estado belga a ofrecer su apoyo y protección a las víctimas en los casos en los que se configuraran estos crímenes internacionales, permitiéndoles de esta manera enfrentar a sus victimarios.

Posteriormente, en 1999, se extendió la JU a crímenes de lesa humanidad y genocidio por medio de una reforma legislativa y se estableció que, frente a la comisión de estas categorías de crímenes internacionales (además de los crímenes de guerra), los jueces belgas no tendrían que reconocer ningún tipo de inmunidad sobre la persona investigada y/o judicializada (ICRC, s.f.) —aunque esta última disposición fue removida tras el fallo de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso de la República Democrática del Congo v. Bélgica, en el que la CIJ determinó que los Estados no pueden obviar las inmunidades reconocidas por el derecho internacional (CIJ, 2000).

No obstante, esta Ley generó tensiones políticas con otros Estados, entre ellos, con los Estados Unidos de América (HRW, 2003). Esto, debido a que apareció la posibilidad de que Bélgica prestara asistencia a víctimas de crímenes de guerra cometidos por miembros de las fuerzas armadas estadounidenses en Irak o Afganistán (ICRC, s.f.; Reydams, 2003). Frente a las diferentes presiones políticas ejercidas, la ley fue derogada en el 2003 (HRW, 2003; Reydams, 2003). Esto resultó en una limitación importante del principio de JU frente a los crímenes que se consagraban dentro de la Ley en cuestión, de manera que a partir de entonces solo se pueden iniciar investigaciones en ejercicio de esta figura cuando así lo haya autorizado el fiscal general. Además, los procesos de responsabilidad civil por estos crímenes internacionales únicamente podrán adelantarse cuando hayan sido cometidos, al menos parcialmente, en territorio belga, o cuando el presunto responsable resida, o haya residido, durante un periodo de tiempo importante en Bélgica (*Observations by Belgium on the scope and application of the principle of universal jurisdiction*, s.f.).

A pesar de estas limitaciones, el Código Penal belga aún reconoce la aplicación del principio de JU sobre los crímenes internacionales reconocidos tradicionalmente por la costumbre internacional (*Observations by Belgium on the scope and application of the principle*

of universal jurisdiction, s.f.), siempre y cuando se cumpla con todos los requisitos adoptados en 2003. Adicionalmente, el Estado belga ha indicado expresamente ante la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) que su legislación nacional reconoce el ejercicio de la JU frente a otros delitos, a saber, los delitos de naturaleza sexual cometidos contra menores, la trata de personas, la mutilación genital femenina, el terrorismo y la corrupción, así como en relación con cualquier otro delito frente al cual exista una obligación internacional convencional o consuetudinaria (*Observations by Belgium on the scope and application of the principle of universal jurisdiction, s.f., párr. 16*). Lo anterior claramente indica que la corrupción (así como otros crímenes transnacionales) pueden ser objeto de persecución penal en Bélgica en aplicación del principio de JU.

En materia jurisprudencial (nacional e internacional), Bélgica también ha sido uno de los Estados que ha ejercido la JU y el principio ADAJ, sin que esto haya estado libre de controversias. De hecho, la CIJ ha conocido de dos disputas jurídicas iniciadas debido a que Bélgica quería iniciar procesos penales bajo estos principios. Por un lado, está el mencionado caso de la República Democrática del Congo v. Bélgica (2000), en el que se discutió la orden de arresto proferida por las autoridades belgas contra el entonces Ministro de Asuntos Exteriores, el Sr. Abdoulaye Yerodia Ndombasi, por graves violaciones contra el derecho internacional humanitario. Bélgica pretendía que la RDC entregara al acusado a las autoridades belgas, de manera que estas pudieran juzgarlo por los delitos imputados, cosa que la RDC se negó a hacer⁹.

Por otro lado, la CIJ falló también en el caso de Bélgica v. Senegal (2012), en el cual Bélgica demandó a Senegal por incumplir con sus obligaciones internacionales adquiridas al ratificar la Convención contra la Tortura, por no haber juzgado ni extraditado al ex presidente de Chad, el Sr. Hissène Habré (el cual residía en su territorio

⁹ Este caso fue determinante a la hora de definir cuál era el ámbito de aplicación de la jurisdicción universal sobre agentes estatales que gocen de inmunidad de acuerdo con el derecho internacional (CIJ, caso RDC v. Bélgica, 2000). No obstante, para efectos de este estudio no es relevante profundizar en su contenido.

tras solicitar asilo), quien presuntamente había cometido crímenes de lesa humanidad y actos de tortura durante su presidencia¹⁰. Bélgica también ha ejercido la JU sobre crímenes internacionales cometidos en Ruanda, Guatemala, Chad y Liberia (HRW, 2003; Trial International, 2019). Si bien estos casos no reflejan ningún tipo de práctica frente a los delitos de corrupción (que son nuestro objeto de estudio principal), es importante denotar que Bélgica ha sido un Estado altamente activo a la hora de invocar el principio de JU y exigir el cumplimiento de las obligaciones ADAJ, incluso cuando las reformas legislativas de 2003 limitaron considerablemente su ejercicio.

4.1.4. España

España ha sido otro Estado europeo que ha tenido un desarrollo interesante respecto de la JU. Si bien comenzó con un amplio ejercicio de esta figura, progresivamente fue limitando su utilización, según reconoce el propio Ministerio de Relaciones Exteriores de España (2016). El principio de JU fue reconocido inicialmente en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Esta extendió la jurisdicción penal de manera muy amplia, contemplando un número importante de escenarios de aplicación de la jurisdicción española con respecto a delitos cometidos fuera del territorio nacional, así como a supuestos en los que no existía ningún tipo de vínculo entre España y el delito. Específicamente, en esta Ley se contempló el ejercicio de la JU sobre los crímenes de genocidio, terrorismo, piratería o incautación ilegal de aeronaves, falsificación de moneda extranjera, crímenes relacionados con la prostitución, narcotráfico, y otros crímenes que España debía juzgar de acuerdo con el derecho internacional convencional o cualquier acuerdo internacional.

¹⁰ Este fallo es emblemático, en la medida en la que no solamente se discutió la existencia de la obligación de ejercer la jurisdicción universal frente a crímenes de tortura, sino que se debatió ampliamente el principio *aut dedere aut judicare* (CIJ, caso Bélgica v. Senegal, 2012). No obstante, su contenido, al igual que el del anterior caso referenciado, excede el objetivo de este estudio, por lo que no se ahondará más en él.

Las disposiciones pertinentes (art. 23, par. 4) de esta Ley Orgánica han sido sometidas a seis enmiendas desde su promulgación (Ministerio de Relaciones Exteriores de España, 2016). Las primeras reformas permitieron expandir el ámbito de aplicación de la JU, incluyendo, inicialmente, crímenes como la corrupción de menores o de personas legalmente incapaces, la mutilación genital y el tráfico o contrabando de personas. Posteriormente, si bien la lista se amplió, con el Acto Orgánico No. 1/2009 se incluyó un requisito que antes no se exigía: que existiera algún tipo de vínculo con España (que podía ser la sola presencia de la persona en el territorio nacional)¹¹. Además, se estableció que solamente se utilizaría la JU cuando se cumpliera con el principio de subsidiariedad. Además, la jurisprudencia constitucional española no solo reiteró la importancia de cumplir con estas exigencias, sino que también consideró que todo proceso judicial previo a las reformas a la Ley Orgánica debía suspenderse, si se iniciaban en otros Estados procesos judiciales por los mismos delitos.

Finalmente, el Acto Orgánico No. 1/2014, si bien volvió a extender la lista de delitos sobre los cuales España puede ejercer el principio de JU (incluyendo la corrupción pública y el crimen organizado), fortaleció el requisito del vínculo con el Estado y la configuración de la subsidiariedad. Además, introdujo un nuevo requisito, de manera que, desde entonces, únicamente se pueden iniciar procesos judiciales a través de esta figura cuando la víctima o la Fiscalía sean quienes asuman la iniciativa de iniciar el proceso (Ministerio de Relaciones Exteriores de España, 2016).

Tras revisar los diferentes marcos normativos en materia de JU se puede considerar que, si bien es cierto que se han venido agregando conductas punibles a la lista de ofensas perseguibles por medio de la JU, lo cierto es que su utilización se ha limitado de manera importante, por lo que, en la práctica, es considerablemente difícil ejercerla.

¹¹ Antes, ni siquiera era necesaria la presencia de la persona en el territorio para iniciar el proceso, excepto respecto de la mutilación genital femenina.

España, conocida internacionalmente por haber intentado iniciar uno de los procesos judiciales más relevantes en materia de JU, a saber, el proceso contra el exdictador chileno Augusto Pinochet, poco a poco ha ido debilitando el alcance de su jurisdicción en la materia que nos concierne, hasta el punto de que Amnistía Internacional (2014) ha manifestado que las dificultades para ejercer la JU, incluso, podían obstaculizar el juzgamiento de crímenes internacionales por esta vía, lo cual podría implicar el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado español para combatir su impunidad. Si esta es la suerte de aquellos crímenes que son reconocidos incluso por la costumbre internacional como objeto de la JU, no cabe duda de que poco o nada podrá esperarse del ejercicio de este principio respecto de otros crímenes, como la corrupción transnacional o el crimen organizado.

4.1.5. Dinamarca

Dinamarca es otro de los Estados europeos que ha adoptado dentro de su legislación nacional algunas disposiciones que permiten materializar la JU y la obligación ADAJ. De acuerdo con el Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca (2009), el Código Penal danés, en su sección 8, reconoce la JU sobre los crímenes recogidos por el ECPI, siempre que el presunto agresor se encuentre dentro del territorio danés cuando se inicie la investigación. Así mismo, la jurisdicción penal danesa puede juzgar a presuntos perpetradores de otros crímenes que se hayan cometido fuera de su territorio, siempre que se haya negado la extradición (ADAJ) y se cumpla con el requisito de la doble criminalidad. Además, su legislación reconoce que su aparato jurisdiccional podrá conocer de todos aquellos crímenes que se cometan fuera de su territorio cuando así lo exija el derecho internacional convencional y consuetudinario. No obstante, la sección 12 es clara en indicar que la extensión de la jurisdicción del Estado no podrá vulnerar el régimen de inmunidades establecido por el derecho internacional aplicable (Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca, 2009).

4.1.6. Eslovenia

Eslovenia es un caso particularmente importante para el presente estudio. Si bien este Estado nunca ha ejercido el principio de JU, su legislación interna sí contempla la figura y la extiende a diferentes delitos, entre ellos, la corrupción (SGNU, A/75/151, 2020). Para ejercerla, no obstante, es necesario precisar que la ley eslovena establece que es necesario que el presunto responsable se encuentre en su territorio y que no se lleve a cabo su extradición (SGNU, A/75/151, 2020).

Debido a este último requisito, no es claro si se refiere a la posibilidad de que simplemente no haya una solicitud de extradición (en cuyo caso no habría ningún tipo de vínculo jurídico y por tanto podría hablarse del ejercicio de la JU) o a cuando ya exista una solicitud y se rechaza (caso en el que se dejaría de estar en el terreno del principio de JU y empezaría a operar la obligación ADAJ). En todo caso, cabe subrayar que Eslovenia es uno de los pocos Estados que incluye la corrupción dentro de la lista de posibles delitos sobre los cuales se puede ejercer el principio de JU.

4.2. *Sistemas latinoamericanos*

4.2.1. Argentina

La Misión Permanente de la República de Argentina ante las Naciones Unidas, en el 2018, también se pronunció respecto del principio de JU y de su aplicación en el orden interno argentino (Misión Permanente de la República de Argentina ante las Naciones Unidas, 2018). A este respecto, ha afirmado, al igual que otras jurisdicciones estudiadas, que este principio nace de la necesidad de perseguir aquellos crímenes que afectan a la CIESC. Además, ha reconocido que este principio tiene un reconocimiento limitado en el derecho internacional convencional, dando como ejemplos las Convenciones de Ginebra de 1949, la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid

(Misión Permanente de la República de Argentina ante las Naciones Unidas, 2018: 3).

Adicionalmente, la Misión Permanente de Argentina reconoció que algunos tratados internacionales le conceden a los Estados la facultad de incluir en sus legislaciones internas la posibilidad de perseguir determinados delitos a través de esta figura (Ídem). Algunos ejemplos de esto son: el Convenio sobre Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de Aeronaves (1963), el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (1970), la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos (1973), la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios (1989), la Convención contra la Tortura y Otros Tatos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984) y la Convención para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006).

A diferencia de otros Estados, la Misión Permanente de Argentina ha distinguido adecuadamente entre los principios de JU y ADAJ, al señalar lo siguiente::

El objetivo del principio *aut dedere aut judicare* es evitar que los delitos queden impunes cuando no se concede la extradición del sospechoso que se encuentra en el territorio del Estado requerido. Este principio no establece per se qué bases de jurisdicción deberían ser ejercidas cuando el Estado requerido opta por remitir el caso a sus propias autoridades judiciales. La JU, por el contrario, es una base en sí misma para habilitar el ejercicio de jurisdicción que se basa únicamente en la naturaleza del crimen, indistintamente de dónde hubiera sido cometido dicho crimen, de la nacionalidad de la víctima o del presunto culpable, o de cualquier otro punto de conexión con los intereses nacionales del Estado que ejerce la jurisdicción universal. (Misión Permanente de la República de Argentina ante las Naciones Unidas, 2018: 2)

Entre los tratados internacionales que reconocen la obligación ADAJ, la Misión Permanente en cuestión incluyó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 y la CNUCC de 2003.

La jurisdicción argentina ha tenido la oportunidad de aplicar el principio de JU en algunas oportunidades. Por ejemplo, actualmen-

te, se adelanta una investigación en contra del presidente de Nicaragua, Daniel Ortega, la vicepresidente Rosario Murillo y otros catorce oficiales de alto rango por la comisión de crímenes de lesa humanidad en Nicaragua desde el 2018 (Trial International, 2023). Si bien aún no se han presentado cargos en contra de estos presuntos perpetradores de manera formal, la investigación se adelanta con base en el principio de JU desde septiembre del 2022.

4.2.2. Brasil

La misión permanente de Brasil ante las Naciones Unidas, en respuesta a la solicitud de información y observaciones de conformidad con la resolución 75/142 de la AGNU, titulada “el alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal”, ha afirmado que el principio de JU en Brasil es de uso excepcional y limitado (Permanent Mission of Brazil to the United Nations, 2021: 2). Frente al genocidio, por ejemplo, el Código Penal brasileño (en su art. 7(I) (d) permite juzgar a sus autores siempre y cuando sean nacionales de Brasil o residan en su territorio nacional.

Respecto de otros crímenes frente a los cuales el Estado se haya obligado a perseguir incluso de manera extraterritorial, el mismo Código Penal, en el art. 7 (II) (b), exige que se cumplan seis condiciones para poder hacerlo, a saber que: (a) el acusado se encuentre en territorio brasileiro; (b) el Estado en el que se cometió el crimen también considere la conducta como un delito; (c) el acusado no haya sido absuelto del delito por otra jurisdicción o ya haya cumplido una condena; (d) la ley brasileña permita la extradición en virtud del delito; (e) el acusado no pueda ser indultado en el exterior; y (f) la acusación no se haya presentado después de que el delito haya prescrito de acuerdo con la ley más favorable.

La Corte Suprema de Justicia de Brasil, si bien ha reconocido la importancia del principio de JU en algunas ocasiones y ha afirmado que podría aplicarlo, aún no lo ha hecho (Permanent Mission of Brazil to the United Nations, 2021: 2-3). En algunas decisiones, ha afirmado que este principio es una expresión de solidaridad a la hora de combatir crímenes por parte de la CIESC. En cualquier caso, es imprescindible, según la Corte Suprema, que la persona se

encuentre en territorio nacional para poder perseguirla penalmente. En ningún caso se reconoce la posibilidad de ejercer esta jurisdicción *in absentia*.

La misión permanente no menciona la posibilidad de ejercer el principio de JU frente a la corrupción transnacional y, teniendo en cuenta que ningún tratado internacional reconoce el ejercicio de la JU frente a este tipo de crimen transnacional, no habría autorización legal para ejercerla según lo establecido en el art. 7(II)(b) del Código Penal de Brasil, toda vez que el Estado brasileño no está obligado a hacerlo.

4.2.3. Chile

De acuerdo con la Misión Permanente de la República de Chile ante las Naciones Unidas (2010), Chile reconoce la JU como un principio de derecho internacional que permite la persecución penal extraterritorial independientemente del lugar en el que se cometió el delito o la nacionalidad del autor o las víctimas (Misión Permanente de Chile ante las Naciones Unidas, 2010). Afirma que el derecho internacional consuetudinario autoriza su utilización frente a los crímenes de piratería y tráfico de esclavos, mientras que el convencional lo incluye en los Convenios sobre el Derecho del Mar (piratería marítima) y los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977 (crímenes de guerra). Afirma, por último, que Chile es Estado Parte de las mencionadas convenciones, no obstante, para la fecha del pronunciamiento (2010), sus tribunales nunca habían ejercido la JU.

La Misión Permanente reconoció que había gran controversia alrededor del principio, toda vez que los Estados no habían logrado llegar a consensos sobre su utilización. Por esto, propuso algunos criterios para su utilización, para que los Estados puedan avanzar en la discusión y puedan llegar a acuerdos al respecto. En primer lugar, consideró que el principio de territorialidad debía predominar, por lo que siempre debía intentarse perseguir los delitos siguiendo las normas de territorialidad que rigen a los Estados. En segundo lugar, para que opere, es necesario que alguna fuente del derecho internacional reconozca su utilización frente al delito que se pretende juzgar.

En tercer lugar, consideró que las leyes internas que autoricen la JU deben estar siempre en sintonía con un instrumento internacional o alguna fuente de derecho internacional. El ejercicio del principio no puede estar supeditado, de acuerdo con la Misión Permanente, a un acto unilateral de un Estado. Por último, consideró que únicamente debía utilizarse cuando el Estado responsable de juzgar el crimen no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o adelantar el proceso (Misión Permanente de Chile ante las Naciones Unidas, 2010).

Respecto de la adopción legislativa del principio en el derecho interno chileno, la Misión Permanente no se pronunció. Por este motivo, es necesario revisar algunas disposiciones normativas internas de Chile para determinar cómo puede aplicarse este principio. En primer lugar, el artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales de Chile contempla la persecución penal de ciertos delitos perpetrados por fuera de la República que podrán ser sometidos a la jurisdicción chilena, entre ellos, el crimen de piratería (art. 6.7) y aquellos que estén contemplados en tratados internacionales celebrados con otros Estados (art. 6.8) (FIBGAR, 2018; Código Orgánico de Tribunales de Chile, 1943). La jurisdicción penal chilena, entonces, puede usarse de manera extraterritorial cuando así lo consagre el derecho internacional convencional.

La legislación interna chilena también tipifica una variedad de crímenes internacionales y otros delitos de trascendencia internacional que, de acuerdo con el derecho internacional convencional y consuetudinario, pueden ser juzgados a través de la JU. Por ejemplo, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra están incluidos en la ley 20357 de 2009 (a pesar de que no se recoge la totalidad de los crímenes contemplados en el Estatuto de Roma (FIBGAR, 2018; Ley 20357, 2009). El Código Penal chileno también incluye los delitos de tortura (art. 150A), la trata de personas (art. 411) y la piratería (art. 434) (FIBGAR, 2018; Código Penal de Chile, 1874).

Adicionalmente, al ser Chile un Estado monista, únicamente es necesario que el tratado internacional sea ratificado para que se incorpore al marco jurídico interno (FIBGRAB, s.f.; Constitución Política de Chile, art. 5). Por esto, todos los tratados internacionales ratificados por Chile que autorizan la utilización de la JU hacen parte de

su derecho interno y autorizan a los tribunales chilenos a perseguir aquellos delitos que están incluidos en ellos.

A la fecha, la jurisdicción penal chilena no ha utilizado la JU para juzgar crímenes internacionales u otros autorizados por el derecho internacional (Trial International's Universal Jurisdiction database, s.f.). En el 2016, la Federación Palestina de Chile interpuso una querrela en contra de tres jueces de la Corte Suprema de Israel, para que fueran perseguidos por la jurisdicción chilena por la comisión de crímenes de guerra y apartheid en contra del pueblo palestino en territorio ocupado por Israel, tras la autorización de la construcción de un muro de seguridad ilegal en Cisjordania (FIBGAR, 2018). Argumentaron, en su momento, que se debía utilizar la JU para perseguir estos delitos, toda vez que eran crímenes autorizados por el derecho internacional consuetudinario para ser procesados por este principio. Sin embargo, esta querrela no surtió efectos jurídicos.

4.2.4. Colombia

La Misión Permanente del Estado de Colombia ante las Naciones Unidas informó a la Secretaría General de la ONU, en el 2013, que la aplicación del principio de JU faculta a todos los Estados a perseguir penalmente determinados delitos, como el genocidio, la tortura y la desaparición forzada, dado que son de interés general para los Estados, así como representan las más atroces violaciones a los derechos humanos (Misión Permanente de Colombia ante las Naciones Unidas, 2013: 4-5). Afirmó, sin embargo, que la legislación colombiana no cuenta con ninguna norma concreta que se refiera a esta figura.

De acuerdo con esta Misión Permanente, el fundamento jurídico para la aplicación del principio de JU se encuentra en la lectura conjunta del Código Penal colombiano en cuanto a el reconocimiento de (a) los tratados y convenios internacionales ratificados como fuentes del derecho penal (art. 2) y del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial (art. 16); y (b) la Constitución Política de Colombia respecto del reconocimiento de los tratados internacionales como parte del ordenamiento interno (art. 93) (Ídem). Así, conforme al art. 93 de la Constitución Política de Colombia, los tratados internacionales ratificados en materia de derechos humanos y limitaciones

a los Estados de excepción prevalecen en el ordenamiento jurídico interno. En este sentido, aquellos instrumentos internacionales de carácter convencional que generen obligaciones relacionadas con la protección y la garantía de los derechos humanos (como aquellos que legitiman el ejercicio de la JU como mecanismo de persecución penal de sus violaciones graves) tienen una jerarquía superior en la pirámide normativa.

Respecto de la legislación penal, el art. 16 del Código Penal colombiano establece que la aplicación de la ley penal colombiana de manera extraterritorial debe cumplir los siguientes requisitos: (a) que el acusado se encuentre en territorio nacional; (b) que el delito tenga pena privativa de la libertad de acuerdo con la ley colombiana; (c) que no sea un delito político; y (d) que no se haya concedido una extradición. Este último requisito, sin embargo, pareciera indicar que el art. 16 del Código Penal se refiere más al ejercicio del principio ADAJ que al de JU.

De acuerdo con la Misión Permanente de Colombia ante de la ONU, además, dos de los tratados internacionales que tienen relevancia para la aplicación del principio de JU son la CNUDOT (2000) y la CNUCC (2003) (Misión Permanente de Colombia ante las Naciones Unidas, 2013: 8). Podría entenderse de esto que el Estado colombiano afirmó que es posible el ejercicio de la JU frente a crímenes relacionados con la delincuencia organizada transnacional y la corrupción. No obstante, ni hace expresamente esta afirmación, ni profundiza en cómo estos instrumentos pueden estar relacionados con la aplicación de la figura estudiada. Así mismo, tampoco afirma que estos instrumentos reconocen la JU para este tipo de crímenes, ni distingue entre las figuras de la JU y el ADAJ, por lo cual, a diferencia de la Misión Permanente de Argentina (2018), no aclara que estas dos convenciones no incluyen cláusulas sobre JU, sino sobre ADAJ. Por último, menciona que en Colombia no ha habido ningún proceso judicial en el que se haya aplicado el principio de JU.

Años más tarde, en el marco de del Debate sobre el Principio de Jurisdicción Universal llevado a cabo el 22 de octubre del 2021 en la AGNU, la delegada de Colombia ha reiterado lo anteriormente expresado respecto de que no hay leyes que consagren explícitamente

esta figura y es a través de los tratados internacionales suscritos por Colombia que puede aplicarse (AGNU, 2021).

4.2.5. México

La Misión Permanente de México ante las Naciones Unidas, en 2016, se pronunció sobre el alcance y aplicación del principio de JU, afirmando que “la obligación de los Estados de investigar y enjuiciar independientemente de cualquier vínculo o conexión con el Estado” únicamente está contemplada en el derecho internacional convencional frente a dos delitos, a saber, la piratería y los crímenes de guerra (Misión Permanente de México ante las Naciones Unidas, 2016: 1-2). Frente al genocidio, la tortura y otros tratos inhumanos, entre otros, lo que contempla el derecho internacional convencional es la obligación ADAJ (*Ibíd.*: 2).

La Misión Permanente de México no hizo ningún comentario respecto de la aplicación de estos principios en su legislación interna en esta intervención, a pesar de que sí mencionó que los reconocía al haber suscrito los tratados internacionales que aplican dichos principios. Adicionalmente, exhortó a la CDI a que de mayores luces respecto del alcance y aplicación del principio de JU a la luz del derecho internacional convencional y consuetudinario.

En 2020, La Misión Permanente volvió a pronunciarse respecto del tema, esta vez para hacerle un llamado al presidente de la Asamblea General de la ONU para que le encomiende a la CDI nuevamente pronunciarse respecto de la JU (Misión Permanente de México ante las Naciones Unidas, 2020: 1). Reiteró su postura respecto de cuáles tratados internacionales reconocían la JU y cuáles la obligación ADAJ (Misión Permanente de México ante las Naciones Unidas, 2016: 2) y enfatizó en la necesidad de definir un marco jurídico claro para su aplicación.

Respecto del reconocimiento del principio de JU en la legislación interna, el Ministerio de Relaciones Exteriores de México informó a la Asamblea General de las Naciones Unidas (Ministerio de Relaciones Exteriores de México, 2018) que, de acuerdo con la ley mexicana, este principio puede ser activado condicionalmente en dos es-

cenarios: a) cuando un tratado internacional ratificado por México disponga su utilización frente a la comisión de un delito (de acuerdo con el artículo 6 del Código Penal Federal), pero cumpliendo con los requisitos de que el acusado se encuentre en territorio mexicano, no haya sentencia ejecutoriada en el Estado en el que se materializó la conducta criminal y el delito esté tipificado tanto en el Estado en el que fue cometido como en México (según el artículo 4 del Código Penal Federal); y b) cuando un tratado vinculante a México consagre la obligación de extraditar o perseguir (ADAJ), cuando se cumplan los tres requisitos mencionados anteriormente a la luz del artículo 4 del Código Penal Federal y cuando el acusado no sea extraditado (esto, a la luz del artículo 2 del Código Penal Federal).

Es importante destacar, sin embargo, que el Ministerio de Relaciones Exteriores de México, en este último escenario, confunde la JU y el principio ADAJ, al afirmar que uno de los escenarios de aplicación de la JU es cuando México tenga la obligación de extraditar o enjuiciar y no extradite. Como se desprende de la información previamente estudiada, los principios de JU y ADAJ son diferentes y tienen bases jurídicas distintas, por lo que es errado afirmar lo anterior.

Además, el Ministerio de Relaciones Exteriores mexicano afirma que la JU únicamente está contemplada en el derecho internacional convencional para perseguir la piratería y los crímenes de guerra, por lo que desconoce su inclusión en otros tratados internacionales anteriormente mencionados y la generalizada aceptación de su posible aplicación frente a crímenes internacionales como los crímenes de lesa humanidad y el genocidio.

A la fecha, el Estado mexicano no ha recurrido a la JU para perseguir penalmente a un presunto perpetrador de alguno de los crímenes permitidos por el derecho internacional (Trial International's Universal Jurisdiction database, s.f.).

4.2.6. Perú

La Misión Permanente del Perú ante las Naciones Unidas (2011), en atención a la solicitud de la Asamblea General de la ONU a los Estados miembros para la presentación de información y observa-

ciones sobre el alcance y la aplicación del principio de JU, también se manifestó respecto del principio de JU y su aplicación en el ordenamiento jurídico interno peruano. De acuerdo con la Misión Permanente, el Código Penal Peruano, en su artículo 1º, expresa que la aplicación extraterritorial de la ley penal podrá darse de acuerdo con las “excepciones contenidas en el Derecho Internacional” (Misión Permanente del Perú ante las Naciones Unidas, 2011; Código Penal Peruano, 1991, art. 1º). El artículo 2 del mismo cuerpo normativo, además, establece que la ley penal peruana podrá utilizarse en contra de aquellos perpetradores frente a los cuales Perú esté obligado a reprimir por tratados internacionales (Misión Permanente del Perú ante las Naciones Unidas, 2011; Código Penal Peruano, 1991, art. 2). Lo anterior, además de las disposiciones de la Constitución Política del Perú que consagran la integración de los tratados internacionales ratificados por dicho Estado al ordenamiento jurídico interno (art. 55), lo autorizan para utilizar la JU, afirma la Misión Permanente.

Para el momento de rendición del informe de dicha Misión Permanente, así como a la presente fecha, Perú no ha ejercido la JU, a pesar de que el Tribunal Constitucional del Perú si la ha reconocido en su jurisdicción (Misión Permanente del Perú ante las Naciones Unidas, 2011; Tribunal Constitucional del Perú, 2008; Trial International’s Universal Jurisdiction database, s.f.).

4.3. Estados asiáticos, africanos y oceánicos

Los principios de JU y ADAJ no son ajenos a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados asiáticos, africanos u oceánicos. De forma enunciativa, pueden mencionarse algunos Estados que han incorporado en sus legislaciones el principio de JU, a saber: Australia (SGUN, A/73/123, 2018) en Oceanía; Jordania (SGUN, A/70/125, 2015), Bahreín (SGUN, A/73/123, 2018), Qatar (SGUN, A/73/123, 2018), Malasia (SGUN, A/75/151, 2020) y Turkmenistán (SGUN, A/75/151, 2020) en Asia; y Kenia (SGUN, A/69/174, 2014), Togo (SGUN, A/69/174, 2014) y Senegal (SGUN, A/75/151, 2020) en África. Lo anterior demuestra que existe un interés (al menos aparente) de utilizar esta figura a nivel global.

Respecto de los Estados referenciados, cabe mencionar que Jordania afirma consagrar dentro de su legislación la posibilidad de utilizar el principio de JU frente a los delitos de corrupción y soborno (SGUN, A/70/125, 2015). Sin embargo, no está claro cómo opera la figura dentro de su ordenamiento jurídico, ni cuáles son las condiciones o requisitos necesarios para ejercerla, por ende, sería arriesgado afirmar con total certeza que sea posible hacerlo, especialmente tras haber establecido que existe una confusión entre este principio y la obligación ADAJ.

Tras examinar diferentes ordenamientos jurídicos alrededor del mundo para identificar las diferentes modalidades bajo las cuales es posible ejercer la JU, así como el principio ADAJ, es claro que en relación con el delito de corrupción transnacional (y en general respecto de los crímenes transnacionales) no ha habido un gran desarrollo. Se han logrado identificar unos pocos Estados que reconocen la aplicación de la figura de la JU sobre los delitos de corrupción, no obstante, en algunos casos, los requisitos son extremadamente limitantes, y en otros, no está claro cómo operaría o sí, por confusiones conceptuales, se refieren al principio ADAJ. Adicionalmente, no se ha identificado ningún caso en el que se haya pretendido juzgar en alguna de estas jurisdicciones algún delito de corrupción transnacional con base al principio de JU.

5. POSICIONES DOCTRINALES RESPECTO DE LA POSIBLE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL A LA CORRUPCIÓN Y A OTROS DELITOS TRASNACIONALES

Antes de abordar en profundidad algunas de las propuestas hechas por la doctrina, es importante reconocer que no existe una extensa literatura en esta materia. Además, como se demostrará a continuación, si bien existen algunas iniciativas teóricas respecto de qué podría hacerse en relación con la aplicación de la JU a los delitos transnacionales, lo cierto es que son posibilidades lejanas y que, en la práctica, no han tenido un gran respaldo hasta el momento.

En primer lugar, algunos autores han expresado que la CNUCC (2003) dispone, en su art. 42 numeral 4, la posibilidad de ejercer la JU frente a esta categoría de delitos (Burneo, 2009; Martínez & Vergara, 2015). No obstante, esta afirmación no debe aceptarse como cierta sin antes analizar directamente la disposición normativa indicada, que prevé lo siguiente:

Cada Estado Parte podrá también adoptar las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite.

En principio, es claro que este apartado exhorta a los Estados a adoptar medidas legislativas que le permitan hacer frente a los diferentes delitos consagrados en la CNUCC, pero, lo condiciona al supuesto de hecho en el que el presunto perpetrador se encuentre en el territorio de alguno de los Estados Parte y no sea extraditado por dicho Estado. Es fundamental examinar cuál es el sentido que se le quiso dar a esta disposición, para así esclarecer si se quiso autorizar el ejercicio de la JU, o si, por el contrario, se pretendía la adopción de medidas encaminadas a ejercer la obligación ADAJ.

Si este numeral se refiere a que podrán adoptarse las medidas legislativas necesarias para ejercer la jurisdicción penal siempre que no se extradite, incluso cuando no medie siquiera una solicitud de extradición, entonces podría hablarse de JU, debido a que no existiría un detonante que activara una obligación ADAJ; en cambio, si se refiere al escenario en el que exista una solicitud de extradición por parte de un tercer Estado y esta haya sido negada (en cuyo caso el Estado requerido tendría la obligación de proceder penalmente para que los presuntos delitos no queden impunes), entonces ya no estaríamos en el ámbito de la JU, sino del principio ADAJ, o a algo similar. Esto, por cuanto el Estado adquiere facultades jurisdiccionales debido a la solicitud y denegatoria de la extradición, y no a la mera presencia del presunto perpetrador en su territorio.

De acuerdo con la Guía Legislativa para la Aplicación de la CNUCC (2012):

En el párrafo 4 del art. 42 se prevé una base adicional no obligatoria para establecer la jurisdicción que los Estados parte tal vez deseen considerar. A diferencia del establecimiento obligatorio de jurisdic-

ción previsto en el párrafo 3, que permite el enjuiciamiento interno en lugar de la extradición de sus nacionales, el párrafo 4 permite establecer jurisdicción respecto de las personas que el Estado parte requerido no extradita por otras razones (párr. 516).

Tal y como lo establece el mencionado documento, el numeral 4 se refiere aquellos casos en los que existe una solicitud de extradición que es denegada (por cualquier razón distinta a que el presunto autor de los delitos sea nacional del Estado en cuyo territorio se encuentra). Además, esta disposición es de carácter facultativo, por lo que no existe una obligación de implementar medidas legislativas para juzgar a los presuntos autores cuando se nieguen solicitudes de extradición por motivos diferentes al consagrado en el numeral 3 del art. 42 de la mencionada Convención. Como resultado, tampoco existe una verdadera obligación *ADAJ*, ya que, si el Estado no lo considera oportuno, no tiene la obligación de legislar para extender su jurisdicción, por lo que podría decidir no perseguir penalmente los delitos que el sospechoso haya cometido fuera de su territorio sin que tenga tampoco el deber de extraditar.

Solo puede hablarse de la existencia de una auténtica obligación *ADAJ* en el numeral 3 del art. 42, debido a que esta disposición normativa sí obliga a los Estados Parte a extender su jurisdicción sobre los presuntos autores de actos de corrupción cuando se encuentren en su territorio y nieguen la extradición por tratarse de sus nacionales¹². Por el contrario, el párrafo 4 del mencionado artículo únicamente sugiere la adopción de medidas para procesar posibles autores de delitos de corrupción, sin que el no adoptarlas genere responsabilidad internacional del Estado.

Todo lo anterior demuestra que, a pesar de que algunos autores se han basado en la CNUCC para afirmar que existen fundamentos

¹² El texto del numeral 3 del art. 42 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción dice lo siguiente: “A los efectos del art. 44 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite por el solo hecho de ser uno de sus nacionales”.

jurídico-internacionales para aplicar el principio de JU a los delitos de corrupción, lo cierto es que esta es una lectura equivocada del mencionado instrumento internacional. Por tal motivo, no se puede hablar de una obligación o una autorización para ejercer esta figura de la manera en la que se ha propuesto, al menos no a la luz de la Convención.

Otro sector de la doctrina ha contemplado la posibilidad de calificar los delitos de gran corrupción como crímenes de lesa humanidad, sin que esto esté libre de controversias (Hava García, 2016). De acuerdo con esta posición, las graves consecuencias que la corrupción puede generar en la población civil tienen potencialmente la misma gravedad que otras categorías de crímenes de lesa humanidad, por lo que sería posible encuadrarla como tal (Bantekas, 2006; GOPAC, 2013).

Por ejemplo, la Organización Mundial de Parlamentarios contra la Corrupción (GOPAC) (2013) ha planteado la posibilidad de considerar los casos más graves de gran corrupción como posibles crímenes de lesa humanidad de acuerdo con el art. 7(1)(k) del ECPI, el cual consagra el crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos. Si bien esta propuesta se hace para expandir la jurisdicción material de la CPI con el fin de que pueda juzgar los delitos de gran corrupción, esta posibilidad abriría también la puerta para perseguir penalmente este tipo de delitos por medio del principio de JU (Bantekas, 2006), ya que los crímenes de lesa humanidad están cubiertos por este principio vía costumbre internacional (tal y como se analizó anteriormente).

Esto, no obstante, es una propuesta poco estructurada y sin fundamentos jurídicos sólidos. En primer lugar, ningún TIP ha considerado esta posibilidad ni ha juzgado delitos de corrupción por medio de la figura de otros actos inhumanos, por lo que la práctica judicial internacional en la materia no provee argumentos para sostener esta posibilidad.

En segundo lugar, tal y como lo menciona la misma GOPAC (2013), no es posible asegurar que los actos de corrupción tengan una naturaleza jurídica similar a la de otros actos incluidos en el art. 7(1) del ECPI. Esto dificultaría utilizar el literal (k), ya que uno de

los elementos específicos de este crimen es que el acto inhumano en cuestión tenga un carácter similar a cualquier otra conducta reconocida como crimen de lesa humanidad de acuerdo con el ECPI¹³. Por otro lado, existe también la preocupación de que el tratar de extender esta figura para que sea aplicada a los delitos de corrupción podría generar incomodidades políticas y esto haga que se restrinja más el alcance de este literal (GOPAC, 2013).

Hava García (2016) sigue esta misma línea argumentativa, no obstante, no la limita al literal (k) del art. 7(1); afirma que existe una importante dificultad, en primer lugar, en considerar los actos de corrupción como verdaderos ataques contra la población civil (elemento contextual general aplicable a todas las conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad, de acuerdo con el art. 7 del ECPI), y posteriormente, habría también problemas a la hora de encuadrar los crímenes de corrupción en una tipología específica de esta categoría de crímenes internacionales.

De esta manera, el considerar la corrupción, y en específico la corrupción transnacional, como un crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos o de cualquier otra conducta tipificada en el ECPI, implicaría realizar un estudio detallado de cada uno de los elementos constitutivos de esta categoría (tanto los elementos generales como los específicos de cada conducta punible consagrada) y llegar a una conclusión lo suficientemente sólida como para que la práctica de la

¹³ De acuerdo con los Elementos de los Crímenes del ECPI, los elementos constitutivos del crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos son: "1. Que el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. 2. Que tal acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos a que se refiere el párrafo 1 del art. 7 del ECPI 30. 3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto. 4. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. 5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo."

Corte Penal Internacional y de los Estados que estén interesados en utilizar esta propuesta no tuvieran dudas de su viabilidad jurídica.

Otros autores han tomado un rumbo similar, al considerar que los actos constitutivos de delitos de corrupción deberían ser considerados como una nueva categoría de crímenes internacionales. Kofele-Kale (2020) considera que existe una incipiente costumbre internacional de prohibir y criminalizar los actos de corrupción, lo que podría llevar a que esta se considere como un crimen internacional en sí mismo. Si bien este autor hace una propuesta más sólida¹⁴, lo cierto es que, hasta que no se hayan superado los obstáculos que plantea (como el rechazo por parte de los Estados a considerar la corrupción como un crimen internacional para proteger su soberanía y su capacidad para juzgar estos delitos internamente sin la interferencia de jurisdicciones externas (Kofele-Kale, 2020)) y haya cristalizado una costumbre internacional en este sentido, la propuesta no tendrá efectos prácticos percibibles.

6. CONCLUSIONES

Después de haber examinado todas las posibilidades, tanto prácticas como teóricas, respecto de la opción de utilizar el principio de JU para juzgar crímenes de corrupción (y en particular, la corrupción transnacional), se puede concluir que no parece que exista, hasta el momento, un régimen jurídico consolidado que permita ejercer este principio frente a esta categoría de delitos.

¹⁴ Kofele-Kale (2020) plantea que tener una vida libre de corrupción es un derecho humano en sí mismo, debido a la intrínseca relación con otros derechos humanos, como la vida y la dignidad. Debido a los grandes perjuicios que puede acarrear el fenómeno de la corrupción para la humanidad y por violar directamente los derechos humanos a gran escala, existe una práctica reiterada y generalizada de la comunidad internacional de prohibir y castigar estos actos. La aceptación de la sociedad internacional de considerar la corrupción como una práctica de relevancia internacional hace que tenga características propias de los crímenes internacionales. Para más profundidad en este tema, se recomienda el texto completo del referido autor.

Si bien hay algunos Estados que han incluido en su regulación del principio de JU los delitos de corrupción, lo cierto es que las limitaciones son evidentes. Además, son pocos los Estados que lo hacen, por lo que no se puede afirmar que exista en la actualidad una práctica generalmente aceptada como obligatoria.

Así mismo, tampoco hay una obligación jurídica proveniente del derecho internacional convencional, como puede denotarse de lo estipulado en la CNUCC, que no habilita el ejercicio de la JU, sino que únicamente estipula una obligación ADAJ bajo determinadas circunstancias.

La doctrina se ha interesado por darle una respuesta a la problemática de la impunidad frente a este tipo de delitos, no obstante, las propuestas analizadas plantean más interrogantes que salidas viables y plausibles en la práctica. Además, la práctica judicial, tanto nacional como internacional, tampoco dan muestra de que exista en la actualidad la posibilidad de juzgar este tipo de delitos como crímenes internacionales o de que se pueda ejercer la JU sobre ellos. Por último, la CDI, que no ha podido adoptar ni una definición clara ni unos parámetros definitivos respecto de la aplicación de la JU, tampoco ha abordado esta posibilidad.

Así mismo, otra dificultad que se encontró al desarrollar el presente estudio es el problema existente con el régimen jurídico internacional de las inmunidades: como la mayoría de los autores de delitos de corrupción son funcionarios estatales, esto dificulta utilizar la JU, en la medida en que actualmente se reconoce la inviolabilidad de las inmunidades para ejercerla (al menos en relación con los más altos representantes del Estado)¹⁵.

De esta manera, si bien entendemos que existe una preocupación por identificar nuevos mecanismos para combatir la impunidad frente a los delitos de corrupción, lo cierto es que el marco jurídico internacional en la materia no parece dar muchas respuestas indicativas de que la JU sea, al menos por el momento, el camino más adecuado.

¹⁵ Al respecto se puede consultar, Olasolo, Martínez & Quijano 2019: 1-21. Sobre el tema de límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal consultar, RECDI, 2016.

Por último, cabe mencionar que actualmente el principio de JU ha encontrado muchos opositores y esto ha hecho que se haya restringido de manera importante su utilización. Por tal motivo, es poco probable que en los años venideros se vea un desarrollo favorable del principio en cualquier materia, mucho menos en el ámbito de la corrupción, al ser un delito que involucra a las altas esferas del poder público, si bien es cierto que si de lo que se trata es de perseguir exclusivamente la corrupción asociada al crimen organizado transnacional, y en particular a los dirigentes de las organizaciones que incurren en la misma, quizá la respuesta no sea tan evidente.

En cualquier caso, aún queda un largo camino por recorrer, alternativas que considerar y conceptos jurídicos por consolidar para poder hablar de una lucha efectiva y consolidada contra la corrupción transnacional, que permita poner fin a la impunidad de quienes desde dentro y fuera del Estado recurren a esta.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

- Corte Internacional de Justicia (CIJ). (2000). Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium). Overview of the Case. [Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/121>]
- Corte Internacional de Justicia (CIJ). (2012). Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal). Overview of the Case. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/144>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2008). Sentencia del 8 de agosto de 2008, expediente 012271-2008-PHC/TC. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01271-2008-HC.html>.

Doctrina

- Ambos, K. (2007). Los fundamentos del ius puniendi nacional; en particular, su aplicación extraterritorial. En: *Boletín mexicano de derecho comparado*. Vol. 40 (119). Pp. 267-294.
- Bantekas, I. (2006). "Corruption as an International Crime and Crime against Humanity. An Outline of Supplementary Criminal Justice Policies". En: *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 4(3). Pp. 1-19.

- Barkhouse, A., Hoyland, H. & Limon, M. (2018). "Corruption: a human rights impact assessment Policy Brief". En: *Universal Rights Group*. https://www.universal-rights.org/wp-content/uploads/2018/04/Policy_report_corruption_LR.pdf
- Burneo Labrín, J. A. (2009). "Corrupción y Derecho internacional de los derechos humanos". En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Vol. 63. Pp. 333-347.
- Caligiuri, A. (2018). Governing International Cooperation in Criminal Matters: The Role of the aut Dedere aut Judicare Principle. En: *International Criminal Law Review*, 18(2), 244-274.
- da Rocha, A., Carvalho, C., Graeff, F. & Vianna, P. B. (2013). "The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)". En: *UFRGS Model United Nations Journal*. Vol. 1. Pp. 202-221.
- Dell, G. (2020). *Addressing Impunity for Grand Corruption: What are the Options?* Transparency International. <https://www.transparency.org/en/blog/addressing-impunity-for-grand-corruption-what-are-the-options>
- Kofele-Kale, N. (2000). "The right to corruption-free society as an individual and collective human right: Elevating official corruption to crime under international law". En: *International Lawyer (ABA)*. Vol. 34(1). Pp. 149-178.
- Kress, C. (2006). "Universal Jurisdiction over International Crimes and the Institut de Droit international". En: *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 4(3). Pp. 561-585.
- Langer, M. (2011). "The Diplomacy of Universal Jurisdiction: the Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes". En: *American Journal of International Law*. Vol. 105(1). Pp. 1-49.
- Martínez Jiménez, A. & Vergara Céspedes, M. M. (2015). *La jurisdicción universal como instrumento para la protección de pueblos indígenas*. Copenhagen: IWGIA/FIBGAR. https://www.iwgia.org/images/publications/0718_JURISDICCION_UNIVERSAL_2.pdf
- Mejía Granada, M. J. (2016). *Análisis del art. 401 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador y su vínculo con la jurisdicción universal penal*. Ambato: Universidad Regional Autónoma de Los Andes.
- Olasolo, H., Martínez Vargas, J. R., & Quijano Ortiz, L. (2020). "The Tension between State Duties to Investigate and Prosecute ius Cogens Crimes and Immunity of the Highest State Representatives from Foreign Criminal Jurisdiction". En: *International Criminal Law Review*. Vol. 20(5). Pp. 841-861.

- Randall, K. C. (1988). "Universal jurisdiction under international law". En: *Texas Law Review*. Vol. 66(4). Pp. 785-841.
- Servín Rodríguez, C. (2018). "De la autorización a la prohibición de la amnistía de los crímenes internacionales: ¿es la obligación *aut dedere aut judicare* una norma consuetudinaria de derecho internacional?". En: *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público*. Vol. 1. Pp. 1-48.
- Sosa Navarro, M. (2013). "Aut dedere aut judicare, *crimen de lesa humanidad y Corte Penal Internacional*". Madrid: Universidad Carlos III.
- Sosa Navarro, M. (2015). "Aut dedere aut judicare". En: *Eunomía. Revista de Cultura de la Legalidad*. Vol. 8. Pp. 171-182.
- Subramaniam, S. (2022). "ILC Draft Article 7 on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction" *Völkerrechtsblog*, DOI: <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0301-20220331-010938-0-4>.
- Tiribelli, C. (2009). "Aut dedere aut judicare: response to impunity in international criminal law". En: *Sri Lanka Journal of International Law*. Vol. 21(1). Pp. 231-260.
- Wright, V. (2010). *Deterrence in Criminal Justice. Evaluating Certainty vs. Severity of Punishment*. The Sentencing Project. <https://www.sentencingproject.org/wp-content/uploads/2016/01/Deterrence-in-Criminal-Justice.pdf>
- Velasco, E., "Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/ 2010", en *La Ley*, N° 16986, 2011.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Amnistía Internacional. (2014). *16 años después del arresto de Pinochet, la JU en España está bajo mínimos*. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/16-anos-despues-del-arresto-de-pinochet-la-jurisdicion-universal-en-espana-esta-bajo-minimos/>
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (1949). *Historical Survey of the Question of International Criminal Jurisdiction: Memorandum submitted by the Secretary-General*. Reporte A/CN.4/7/Rev.1
- Comisión de la Derecho Internacional. (CDI). (1950). *Report on the Question of International Criminal Jurisdiction by Ricardo J. Alfaro, Special Rapporteur*. Reporte A/CN.4/15 and Corr.1. https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_15.pdf&lang=E
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (1983). *First report on the draft code of offences against the peace and security of mankind, by Mr. D. Thiam, Special Rapporteur*. Reporte A/CN.4/364. https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_364.pdf&lang=EF5

- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (1983). *Draft code of offences against the peace and security of mankind - Compendium of relevant international instruments*. Reporte A/CN.4/368. https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_368.pdf&lang=EF
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (1988). *Draft articles on the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. Titles and texts adopted by the Drafting Committee: articles 4, 7, 8, 10, 11 and 12 - reproduced in A/CN.4/SR.2082 to SR.2085*. Reporte A/CN.4/L.422. https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_422.pdf&lang=EF
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2004). *Annex. The Obligation to Extradite or Prosecute ("aut dedere aut judicare") in international Law. Preliminary remarks. Report of the International Law Commission, fifty-sixth edition*. https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_59_10.pdf
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2006). *Report of the International Law Commission, Fifty-eighth session*. <https://legal.un.org/ilc/reports>
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2007). *Second report on the obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)*. By Zdzislaw Galicki, *Special Rapporteur*. <https://undocs.org/A/CN.4/585>
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2008). *Report of the International Law Commission, Sixtieth session*. <https://legal.un.org/ilc/reports>
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2010). *Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Mr. Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur*. Reporte A/CN.4/631. https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_631.pdf&lang=EFSX
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2011). *Report of the International Law Commission, Sixty-third session*. <https://legal.un.org/ilc/reports>
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2013). Anexo I. Informe del Grupo de trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). <https://legal.un.org/ilc/reports/2013/spanish/annex.pdf>
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI) (2014). *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el trabajo de su sexta reunión (7 de abril al 8 de mayo y del 2 de junio al 6 de junio de 2014) (Informe de la Comisión, 66.º período de sesiones). Informe final sobre la obligación Aut Dedere Aut Judicare*. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/reports/7_6_2014.pdf
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2016). *Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial**. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/174/36/PDF/N1617436.pdf?OpenElement>

- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2017). *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el trabajo de su sexagésimo noveno período de sesiones (1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2017) (Informe de la Comisión, 69º período de sesiones)*. <https://legal.un.org/ilc/reports/2017/spanish/chp7.pdf>
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2018). *Report of the International Law Commission Seventieth session*. <https://legal.un.org/ilc/reports>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2018). Resolución 1/18. Corrupción y Derechos Humanos. <https://www.uninorte.edu.co/documents/2720452/13539831/Resolucion-1-18+Corrupci%C3%B3n+y+Derecho+Humanos+OEA.pdf/c0680915-4f4f-4ac8-ad3b-8be062886562>
- Confederación Suiza. (2018). *Position of Switzerland under paragraph 3 of General Assembly resolution 72/120 of 7 December 2017*. https://www.un.org/en/ga/sixth/73/universal_jurisdiction/switzerland_e.pdf
- Corte Penal Internacional. (2011). *Elementos de los Crímenes*. <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF-9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>
- Estado de Bélgica. (s.f.). *Observations by Belgium on the scope and application of the principle of universal jurisdiction*. https://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Belgium_E.pdf
- FIBGAR. (2018). *República de Chile*. http://jurisdiccionuniversal.org/?page_id=122#_ftn29
- Human Rights Watch (HRW). (2003). *Belgium: Universal Jurisdiction Law Repealed*. Nueva York, EE. UU.: Human Rights Watch. <https://www.hrw.org/news/2003/08/01/belgium-universal-jurisdiction-law-repealed>
- Human Rights Watch (HRW). (2009). *Basic Facts on Universal Jurisdiction. Prepared for the Sixth Committee of the United Nations General Assembly*. Nueva York, EE. UU.: Human Rights Watch. <https://www.hrw.org/news/2009/10/19/basic-facts-universal-jurisdiction>
- International Committee for the Red Cross (ICRC). (s.f.). *Belgium, Law on Universal Jurisdiction*. <https://casebook.icrc.org/case-study/belgium-law-universal-jurisdiction>
- International Committee of the Red Cross (ICRC). (2014). *JU sobre crímenes de guerra – ficha técnica*. <https://www.icrc.org/es/content/jurisdiccion-universal-sobre-crímenes-de-guerra-ficha-tecnica>
- Maharaj, A. (2015). *Special Measures Against Grand Corruption*. UNAC (Org.), *4th IRG Briefing for NGOs*. Conferencia llevada a cabo durante la Sexta Sesión del Grupo de Revisión de la Implementación de la UNAC,

- Viena, Austria. <https://uncaccoalition.org/special-measures-against-grand-corruption/>
- Ministerio de Asuntos Exteriores de Dinamarca. (s.f.). *The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction*. https://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUnijuri_StatesComments/Denmark.pdf
- Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación de España. (2016). *Contribution of Spain on the topic "The scope and application of the principle of universal jurisdiction"*. https://www.un.org/en/ga/sixth/71/universal_jurisdiction/spain_e.pdf
- Ministerio de Relaciones Exteriores de México. (2018). *The scope and application of the principle of universal jurisdiction. Reply by Mexico to the request made in General Assembly resolution 72/120*. https://www.un.org/en/ga/sixth/73/universal_jurisdiction/mexico_e.pdf
- Misión Permanente de Austria para las Naciones Unidas. (2017). *Written comments on the The scope and application of the principle of universal jurisdiction*. https://www.un.org/en/ga/sixth/72/universal_jurisdiction/austria_e.pdf
- Misión Permanente de Chile ante las Naciones Unidas (2010). *El principio de la jurisdicción universal. Comentarios del Gobierno de Chile*. https://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUnijuri_StatesComments/Chile.pdf
- Misión Permanente de la República Federal de Alemania para las Naciones Unidas. (2017). *Note Verbale*. https://www.un.org/en/ga/sixth/72/universal_jurisdiction/germany_e.pdf
- Misión Permanente de México ante las Naciones Unidas. (2016). *Intervención de la Delegación de México en el tema 85. «Alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal*. https://www.un.org/en/ga/sixth/71/pdfs/statements/universal_jurisdiction/mexico.pdf
- Misión Permanente de México ante las Naciones Unidas. (2020). *Intervención de México en el debate sobre el Tema 87: "Alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal" Sexta Comisión de la 75ª Asamblea General de la ONU*. https://www.un.org/en/ga/sixth/75/pdfs/statements/universal_jurisdiction/11mtg_mexico.pdf
- Misión Permanente del Perú. (2011). *Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal*. https://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUnijuri_StatesComments/Peru.pdf
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). (2012). *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. 2da Ed. https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Guia_legislativa.pdf

- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). (2020). *Signature and Ratification Status of the UN Convention against Corruption*. <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>
- Organización Mundial de Parlamentarios contra la Corrupción (GOPAC). (2013). *Prosecuting Grand Corruption as an International Crime Discussion Paper*. http://gopacnetwork.org/Docs/DiscussionPaper_Prosecuting-GrandCorruption_EN.pdf
- Reino de los Países Bajos. (2003). International Crimes Act. https://documents.law.yale.edu/sites/default/files/netherlands_-_international_crimes_act_english_.pdf
- Relatora Especial de la Comisión de Derecho Internacional (RECDI). (2016). Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial. Informe de la Relatora Especial No. A/CN.4/701. <https://digitallibrary.un.org/record/863249?ln=es>
- Secretario General de las Naciones Unidas (SGNU). (2014). The scope and application of the principle of universal jurisdiction. Reporte del Secretario General No. A/69/174. <https://undocs.org/en/A/69/174>
- Secretario General de las Naciones Unidas (SGNU). (2015). The scope and application of the principle of universal jurisdiction. Reporte del Secretario General No. A/70/125. <https://undocs.org/en/A/70/125>
- Secretario General de las Naciones Unidas (SGNU). (2018). The scope and application of the principle of universal jurisdiction. Reporte del Secretario General No. A/73/123. <https://undocs.org/en/A/73/123>
- Secretario General de las Naciones Unidas (SGNU). (2020). The scope and application of the principle of universal jurisdiction. Reporte del Secretario General No. A/75/151. <https://undocs.org/A/75/151>
- Transparency International. (2019). *25 Corruption Scandals that Shook the World*. <https://www.transparency.org/en/news/25-corruption-scandals>
- Trial International. (2019). *Evidentiary challenges in universal jurisdiction cases. Universal Jurisdiction Annual Review 2019* (5). https://trialinternational.org/wp-content/uploads/2019/03/Universal_Jurisdiction_Annual_Review2019.pdf
- Trial International. (2023). DANIEL ORTEGA, ROSARIO MURILLO AND OTHERS. <https://trialinternational.org/latest-post/investigation-into-nicaraguan-president-over-crimes-against-humanity-during-2018-protest/>

Trial International. (s.f.). Universal Jurisdiction Database. <https://trialinternational.org/resources/universal-jurisdiction-database/>

Capítulo 8

Las comisiones y misiones de apoyo internacionales. Especial atención a la CIGIC, la MACCIH y la CICIES

HÉCTOR OLASOLO*
FEDERICO FREYDELL*

1. INTRODUCCIÓN

Se observa en la actualidad una crisis del estado de derecho en Centroamérica dentro un contexto de consolidación de los intereses del crimen organizado transnacional (COT) en los distintos poderes

* Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España); Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos); Profesor Titular de Carrera Académica de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección *International Law Clinic Reports* (ILCR); Coordinador General de las Redes de Investigación *Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional*; *Senior Lecturer* en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Países Bajos); Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre *Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional*. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>. Abogado de la Universidad del Rosario, con especialización en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

** Licenciado en Derecho, con profundizaciones en Derecho Administrativo y Derecho Penal, y mención interdisciplinar en Historia, y Especialista en Derecho Internacional por la Universidad del Rosario (Colombia). Candidato a Magíster en Derecho Internacional en la Universidad

estatales. En particular, los gobiernos de Guatemala, Honduras, y El Salvador están aprovechando su posición para crear las condiciones para mantenerse en el poder, aliándose con intereses económicos que buscan extender su control sobre el territorio a través del despojo y muerte de comunidades indígenas y campesinas (CIDH, 1999). Al mismo tiempo, utilizan mensajes anticorrupción en un intento para conseguir apoyo internacional, a pesar de la contradicción en sus acciones (Orozco, 2018; Ortiz, 2021; Delcid, 2021)¹.

Esta estrategia ha llevado a los gobiernos de Juan Orlando Hernández en Honduras y Nayib Bukele en El Salvador a solicitar a la comunidad internacional su asistencia para combatir la corrupción a través de organismos especializados, como la Misión de Apoyo contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras (MACCIH) y la Comisión Internacional contra la Impunidad en El Salvador (CICIES), para luego impedir su funcionamiento (CICIG, 2019; Reus & Zamora, 2021; Morales, 2020). Estas iniciativas se enmarcan en un creciente interés de la comunidad internacional desde finales del siglo XX por combatir la corrupción, lo que ha provocado que desde distintos gobiernos latinoamericanos se haya propuesto la creación de diversos mecanismos anticorrupción con un componente internacional (Hesson & Spetalnick, 2021; Presidencia de Ecuador, 2019).

El origen de estos mecanismos de asistencia internacional a la lucha contra la corrupción se encuentra en la experiencia de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), que colaboró con las instituciones nacionales para llevar ante la justicia

del Rosario. Consultor del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024). Procuraduría Delegada con Funciones de Intervención ante la Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9800-8566>.

¹ La contradicción entre un discurso anticorrupción para atraer el apoyo internacional y el rechazo a la comunidad internacional cuando ésta investiga casos de corrupción se ha visto de forma generalizada en Centroamérica.

guatemalteca a varios presidentes (CICIG, 2017d; Santos, 2017; CICIG, 2011c), ministros (CICIG, 2016a), congresistas (CICIG, 2017a; CICIG, 2016b), alcaldes (CICIG, 2017b), y toda clase de servidores públicos (CICIG, 2017c; Ríos, 2017, CICIG, 2017b), así empresarios corruptos (Barreto, 2011) y redes del COT (incluyendo importantes narcotraficantes (Barrientos, et al, 2017)).

Durante trece años, la CICIG trabajó juntamente con el Ministerio Público de Guatemala, y varias instituciones estatales², para fortalecer capacidades institucionales, depurar actores corruptos, e innovar en las estrategias de combate a la corrupción. Este trabajo compartido entre la CICIG y las instituciones guatemaltecas ha buscado fortalecer la independencia del sistema judicial frente a la cooptación del Estado por intereses arraigados y el COT. Sin embargo, antes de que se pudiera consolidar esa independencia, el retiro de apoyo a la CICIG en 2018 por EE.UU. (cuya importancia diplomática y económica para Guatemala es bien conocida), resultó en el cierre de la CICIG tras la no renovación de su mandato por el entonces presidente, Jimmy Morales (BBC Mundo 2019). A pesar de su abrupto final, la CICIG dejó una esperanza y un modelo para el futuro como la primera experiencia de un mecanismo internacional anticorrupción con la facultad de conducir investigaciones independientes dentro de un marco legal nacional.

Este capítulo compara la CICIG con la MACCIH y la CICES, creadas todas ellas con base en acuerdos entre los Estados afectados (Guatemala, Honduras y El Salvador) y ciertas organizaciones internacionales de ámbito universal (la Organización de las Naciones Unidas —ONU— en el caso de la CICIG) o regional (la Organización de Estados Americanos —OEA— en los casos de la MACCIH y la CICES). Este análisis se realiza teniendo en cuenta que no es

² Como se verá mas adelante, las entidades son UNICEF, UNIFEM y UNODC, a nivel internacional, y a nivel nacional el Tribunal Supremo Electoral; el Ministerio Público; el Registro General de Propiedad; la Superintendencia de Bancos; la Contraloría; la Secretaría de Obras Sociales de la Esposa del Presidente, la Defensoría de la Mujer Indígena, y la Secretaría Presidencial de la Mujer; la Superintendencia de Administración Tributaria; y el Ministerio de Gobernación.

por coincidencia que estos tres mecanismos hayan surgido en la misma región, porque esta se caracteriza por una historia de gran concentración de poder en familias oligárquicas, lo que se ha traducido en Estados muy sensibles a cualquier cambio de poder y fácilmente cooptados por poderes externos como las redes del COT.

2. LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL EN GUATEMALA, HONDURAS Y EL SALVADOR

La región centroamericana ha estado sumida en una serie de crisis económicas y políticas desde el final de la década de los 70, que no se detuvo a pesar de la liberalización y el establecimiento de gobiernos democráticos a finales del siglo XX. A pesar de los logros en la recuperación de las democracias electorales y en las reformas jurídicas, la región ha sufrido altas tasas de violencia organizada, pobreza y desigualdad que evitan el desarrollo de un Estado fuerte y el bienestar de sus ciudadanos (Cruz, 2015). Las tres naciones del “Triángulo Norte”³ han estado entre las que más han sufrido por conflictos armados durante el siglo XX que llevaron a una estrecha vinculación de los partidos políticos y los grupos armados con amplia influencia económica en la sociedad, que generalmente se financian mediante el uso de redes del COT (CICIG, 2015).

La presencia generalizada de grupos armados en territorio centroamericano ha llevado a los Estados a actuar para tratar de reducir su influencia. Sin embargo, las medidas adoptadas han sido muy limitadas y han estado dirigidas frente a miembros poco relevantes de estos grupos; muy lejos de las medidas recomendadas por aquellas entidades internacionales que han cooperado con los gobiernos de Guatemala, Honduras y el Salvador para reducir la corrupción (Transparencia Internacional, 2012). Esto se ha debido, en gran medida, a una situación de captura del Estado en los países del Triángulo Norte que ha llevado a una situación generalizada de corrupción en los mismos y a una desesperanza con respecto a la posibilidad de

³ Guatemala, Honduras y El Salvador.

cambio económico por parte de la sociedad civil (Olson & Olson, 2021).

En particular, las acciones de estos países han estado marcadas por una fuerte presencia de políticas punitivistas que buscan castigar con dureza a las personas pertenecientes a los grupos armados, sin importar si se están castigando a altos responsable o simplemente a autores materiales, y sin hacer tampoco énfasis en políticas de no repetición (Roche, 2022). Como resultado, han quedado en un segundo plano otras medidas más eficaces para reducir la incidencia del COT y la cooptación de las estructuras estatales para facilitar sus logros (Rosen, 2021). Fruto de lo anterior, muchos delincuentes menores encarcelados se exponen a unirse a los grupos armados en las propias cárceles, donde estos últimos tienen amplia presencia y gran influencia (así, por ejemplo, en El Salvador, las cárceles están segregadas según la afiliación de los reclusos a los grupos criminales, por lo que estos se refuerzan en los pabellones que controlan en la práctica (Valencia, 2014).

Consecuencia de la debilidad estatal en los países centroamericanos son índices de corrupción muy altos, inclusive en comparación con el resto de América Latina; que de por sí es un territorio con tasas de corrupción muy elevadas. De esta forma, el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional señala que, salvo Costa Rica, todos los países de Centroamérica se encuentran entre las últimas posiciones del mundo: Honduras, el peor de los tres, ubicado en el puesto 157, sólo se ubica en una mejor posición que su vecina Nicaragua (núm. 159), Haití (núm. 170) y Venezuela (núm. 176) (Transparency International, 2020).

Los efectos de la corrupción en el continente centroamericano son devastadores. La corrupción, según estudios del gobierno de EE.UU., le cuesta hasta trece mil millones de dólares anuales (Paul, 2020) al Triángulo Norte, lo que supone casi un 10% de su PIB (Fondo Monetario Internacional, 2021). Esta cifra tan elevada se debe a que la corrupción organizada se observa a todos los niveles, que van desde la denominada “gran corrupción” en la que están involucrados los más altos representantes estatales hasta las prácticas corruptas sistemáticas de los funcionarios públicos de menor escalafón. Como consecuencia, según el Barómetro de Corrupción, el 14% de los sal-

vadoreños, el 25% de los guatemaltecos y el 28% de los hondureños tuvieron que pagar al menos un soborno en los años de 2018 y 2019 —una tasa superior a la de todas las demás naciones latinoamericanas salvo México, Perú, Guyana y Venezuela (Pring & Vrushi, 2019).

Sin embargo, los casos más emblemáticos de corrupción en la región —y aquellos que han llevado a los sistemas nacionales y a la comunidad internacional a tratar de enfrentar este fenómeno mediante la cooperación de organismos internacionales con las jurisdicciones nacionales— han sido los casos que, en el marco de una cultura de la impunidad, han involucrado a una gran parte de los jefes de Estado y de Gobierno de las naciones centroamericanas desde el retorno de la democracia en la década de 1990.

Así, en Guatemala, el expresidente Alfonso Portillo fue acusado de haberse beneficiado de acuerdos internacionales con Taiwán durante su presidencia entre 2000 y 2004. Portillo fue absuelto por la justicia guatemalteca en 2011, pero fue posteriormente extraditado a los Estados Unidos (EE.UU.), por presunto lavado de dinero (Rosal, 2012). Durante el gobierno de su sucesor, Óscar Berger (2004-2008), se detuvieron a los directores del sistema penitenciario, de la Policía Nacional, y del Servicio de Investigación Criminal, así como al ministro de gobierno, en relación con operaciones de lavado de dinero, narcotráfico, extorsión, secuestro, y ejecuciones extrajudiciales desarrolladas por el COT en territorio guatemalteco con la cooperación de las fuerzas estatales. A su vez, el sucesor de Berger, Álvaro Colom, fue también salpicado por escándalos que parecían indicar su afinidad con grupos delincuenciales organizados (como los asesinatos del abogado Rodrigo Rosenberg y de los empresarios Khalil y Marjorie Musa, la renuncia de nueve de sus ministros por corrupción y afiliación a grupos criminales, y el favoritismo que ciertos programas públicos hacia la Primera Dama, y posterior candidata presidencial, Sandra Torres), lo que redujo notablemente la confianza de la población guatemalteca en las instituciones nacionales (Erbsen & Barahona, 2010).

Sin embargo, de todos ellos, el caso más emblemático de la corrupción en Guatemala es el relativo al sucesor de Álvaro Colom, Otto Pérez Molina, cuya presidencia terminó anticipadamente debido a su dimisión por participar en el conocido caso de “la Línea”, re-

lativo a la concusión y a otras prácticas corruptas en las aduanas. Esto llevó a la CICIIG a presentar numerosas acusaciones por corrupción contra miembros de su gobierno que terminaron provocando su dimisión (Pallister, 2017). Todas estas circunstancias demuestran una situación de corrupción sistemática y generalizada, que ha afectado a todas las entidades gubernamentales del país y que ha resultado en un grave deterioro de la confianza en sus instituciones, su desarrollo económico y su estabilidad política (Torres, 2015).

La situación en Honduras muestra también una marcada incidencia de la corrupción asociada a grupos delincuenciales organizados, si bien presenta también un componente de declive democrático iniciado desde mucho antes que en Guatemala o El Salvador. Así, a finales de la década de 1990, el sistema hondureño estaba marcado por una alta percepción de corrupción que, entre otras cosas, no permitió la entrega de donaciones al esfuerzo de reconstrucción nacional luego del huracán Mitch (Olson et. al., 2003). Ante esta situación, el entonces presidente, Carlos Roberto Flores, trató de liderar lo que el denominó “cruzada anticorrupción”, que no solo logró en cierta medida mejorar la situación, sino que, a diferencia de lo que ha sido habitual desde entonces por los gobernantes del Triángulo Norte, no provocó su posterior imputación por prácticas corruptas (Seligson, 2001). El sucesor de Flores, Ricardo Maduro, aprobó importantes reformas dirigidas al fortalecimiento de las instituciones y de la transparencia, lo que en un principio favoreció la lucha anticorrupción, si bien estos esfuerzos se vieron en buena medida opacados porque varios miembros de su gobierno resultaron involucrados en varios escándalos de corrupción (CESPAD, 2019).

La presidencia de Zelaya, sucesor de Ricardo Maduro, resultó en un importante incremento de las denuncias contra el gobierno hondureño por corrupción y gasto ineficiente, debido al excesivo presupuesto en publicidad denunciado por la oposición y a otras crisis de gran calibre como la relativa a Hondutel (Carreño, 2007). Testimonios posteriores recogen también indicios sobre una posible cooperación entre grupos delincuenciales organizados y la presidencia de Zelaya en contraposición a gobiernos anteriores (Deutsche Welle, 2021).

Sin embargo, el verdadero punto de quiebre en la continuidad del gobierno hondureño se da a finales del gobierno de Zelaya, cuando luego de una propuesta para establecer una Asamblea Nacional Constituyente el gobierno sufrió un Golpe de Estado militar, fundamentado principalmente en la supuesta lucha contra la corrupción y la afiliación política de Zelaya, que pertenecía al izquierdista partido Libres (El Comercio, 2009). En aquel momento, la Corte Suprema de Justicia favoreció con sus actuaciones el golpe, llegando a iniciar contra Zelaya varios procesos por corrupción (CIDH, 2015), que fueron finalmente cerrados por falta de debido proceso. Posteriormente, tras el periodo de suspensión de la democracia por el Golpe de Estado, llegó al poder Porfirio Lobo, quien también ha estado involucrado en escándalos de corrupción vinculados al COT (Bargent, 2017).

El Salvador presenta también importantes escándalos de corrupción en relación con casi todos los jefes de Estado que han gobernado el país en el siglo XXI, empezando con el presidente Francisco Flores, condenado por malversación de fondos humanitarios aportados por Taiwán durante su presidencia, a beneficio de su partido político, la Alianza Republicana Nacionalista —ARENA (Dalton, 2015). El sucesor de Flores, Elías Antonio Saca, también ha sido condenado por corrupción y lavado de activos durante su periodo presidencial, así como por la desviación de casi 246 millones de dólares a organizaciones ilícitas (Hernández, et al., 2018). A su vez, el sucesor de Saca, Mauricio Funes, que, a diferencia de los anteriores dos mandatarios pertenecía al izquierdista Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional (FMLN), fue condenado por presunto enriquecimiento ilícito (BBC Mundo, 2017), y está siendo investigado por otros delitos. Este último, junto con su sucesor Salvador Sánchez Cerén, también del FMLN, escaparon de El Salvador para evadir la justicia y ahora son considerados prófugos de la ley (Deutsche Welle, 2021a).

A pesar de lo anterior, los estudios sobre la extensión de la corrupción presente en el sector público del Triángulo Norte son pocos, y casi todos relacionados con las comisiones y misiones internacionales que se analizarán más adelante (Morales, 2020). En todo caso, los pocos estudios que ha habido alrededor de la corrupción indican que la percepción de la sociedad frente a la corrupción es análoga a

la amplia cantidad de casos de corrupción que han ocurrido (Cruz & Vega, 2004).

A la luz de lo anterior, es evidente que la corrupción asociada al COT es un actor principal en los países del Triángulo Norte, y que así es percibido por la gran mayoría de la población. La situación se complica todavía más si cabe por el hecho de que el pasado violento de varias organizaciones políticas las ha acercado significativamente a los grupos delincuenciales organizados, lo que se ha visto expresamente reflejado en los distintos niveles gubernativos de Guatemala, Honduras y El Salvador, resultando, entre otras cosas, en que la gran mayoría de los presidentes del siglo XXI han tenido algún tipo de cuestionamiento por corrupción a gran escala y/o por vinculación con el COT. Además, el impacto de la corrupción en la región es devastador, afectando a una parte importante del producto interno bruto de los tres Estados, lo que ha generado daños muy significativos en los servicios públicos, la organización y la naturaleza democrática de las instituciones, y ha deteriorado en buena medida el nivel de vida de sus ciudadanos.

3. LOS PROCESOS DE CREACIÓN DE CIGIC, LA MACCIH Y LA CICIÉS: ESPECIAL ATENCIÓN A LA FUNCIÓN DE LAS COYUNTURAS POLÍTICAS Y DE LA PRESIÓN CIUDADANA

A pesar de los muchos elementos en común de las tres naciones del Triángulo Norte, la creación de la CIGIC, la MACCIH y la CICIÉS ha respondido a elementos políticos y coyunturales diferentes en cada país. Así, la creación de la CIGIC en Guatemala se enmarca en el proceso de justicia transicional que ha experimentado este país luego del fin de su conflicto interno, que entre 1960 y 1996 causó cerca de 200.000 muertes y más de 45.000 personas desaparecidas. En gran parte, esto hizo que la opinión pública guatemalteca percibiese la necesidad de luchar contra la impunidad institucional en el país, ya que cerca del 93% de las violaciones de derechos humanos cometidas durante el conflicto armado fueron cometidas por fuerzas militares, grupos de autodefensa y otros cuerpos de se-

guridad del Estado (Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala, 1999) (conocidos como “cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos de seguridad”, CIACS), que continuaban disfrutando de un manto de impunidad durante el postconflicto (Impunity Watch, 2008).

A esta percepción de impunidad por parte de la población guatemalteca, se agregaba el hecho de que entre 1996 y 2004 el fin del conflicto vino acompañado de un incremento notorio en la violencia, ya que muchos de los grupos paramilitares o de autodefensa se mantuvieron activos a través de diversas formas de COT. La respuesta inicial a esta situación fue la intervención de la ONU mediante la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala (MINUGUA), que desarrolló sus funciones entre 1994 y 2004.

Sin embargo, tras la finalización de su mandato, la ONU consideró que necesitaba mantener su presencia en el territorio guatemalteco para evitar la creciente violencia. Para ello, propuso crear una comisión internacional contra estos grupos (Comisión de Investigación de Cuerpos Ilegales de Seguridad y Aparatos Clandestinos de Seguridad, CICIACS), que, si bien se basaba, en gran medida, en la experiencia en El Salvador del Grupo Conjunto para la Investigación de Grupos Armados Ilegales con Motivación Política (creado en 1993 a iniciativa de la Procuraduría de Derechos Humanos mediante un acuerdo entre el gobierno salvadoreño y la ONU para investigar a los escuadrones de la muerte durante un periodo de varios meses), tenía una serie de elementos que buscaban dotarla de suficiente independencia para actuar al margen de las instituciones gubernamentales.

Con base en la propuesta de la ONU, se adoptó en 2004 el Acuerdo para la creación de la CICIACS entre aquella y el gobierno de Guatemala. Sin embargo, ese mismo año fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional al entender que los amplios poderes que el Acuerdo otorgaba a la CICIACS violaban la Constitución guatemalteca. Fue entonces cuando la ONU, a través de la MINUGUA (que estaba a punto de finalizar su mandato) presionó al gobierno para que se solventaran los problemas de constitucionalidad identificados por la Corte, sin que el contenido del Acuerdo quedara diluido (Stanley, 2013: 267; Calvet, 2019). Este proceso se completó

en los dos años siguientes, dando lugar en 2006 al acuerdo de creación de la CICIG⁴.

En este contexto, la influencia de EE.UU. en la creación y mantenimiento de la CICIG ha sido muy significativa. Así, la presión de la comunidad internacional, impulsada en gran medida por la administración norteamericana, jugó un papel fundamental para convencer a la legislatura guatemalteca de ratificar el acuerdo internacional (Ruhl, 2011). La presión estadounidense se dio principalmente por una doctrina emergente, especialmente en el seno del Partido Demócrata, que establece que una herramienta útil para detener la migración irregular a EE.UU. es la construcción de Estado en los países de origen para evitar su empobrecimiento (Long, 2021). Además, se generó una inversión mediante programas vinculados a la Convención de Mérida (Ribando Seelke, 2010), que continuaron durante las administraciones Bush y Obama.

En cuanto a la MACCIH, esta se originó en un contexto en el que la mayor parte de la sociedad pública hondureña consideraba que las prácticas corruptas eran impunes en Honduras. En este contexto, el entonces presidente Juan Orlando Hernández se vio salpicado en 2015 por el escándalo del Instituto Hondureño de Seguridad Social (IHSS), en el marco del cual varios miembros del IHSS desfalcaron cerca de 200 millones de dólares (BBC Mundo, 2015), de los cuales al menos 150.000 dólares se destinaron a su victoriosa campaña presidencial (BBC Mundo, 2015a). El escándalo resultó en la mayor crisis institucional de la historia del IHSS, lo que provocó que varios hospitales hondureños tuvieran que ser militarizados para mantener la prestación de servicios públicos (El Espectador, 2015), teniendo el propio presidente que admitir que se había beneficiado de la crisis (Palencia, 2015), lo que resultó en las mayores protestas públicas en el país desde 1980 (Usi, 2015). Ante esta situación, Hernández implementó varias estrategias para volver a ganar reputación entre la población y revivir la confianza institucional que se había perdido

⁴ Acuerdo Entre la Organización de las Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala Relativo al Establecimiento de una Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG): https://www.cicig.org/uploads/documents/mandato/acuerdo_creacion_cicig.pdf.

en Honduras, siendo la firma el Convenio de establecimiento de la MACCIH con la OEA en 2016 una de las más prominentes.

En consecuencia, si bien formalmente la MACCIH parecía dirigirse a la reforma estructural del sistema de justicia nacional para evitar nuevos escándalos de gran corrupción como el que golpeó al IHSS en 2015, el objetivo último de su creación fue tratar de estabilizar la situación en Honduras, donde la oposición ciudadana no sólo no se había calmado a raíz de la reforma del gabinete ministerial y la reintegración de parte de los fondos públicos sustraídos por el gobernante Partido Nacional, sino que parecía estar llevando de nuevo al país a una situación de grave inestabilidad política y amenazaba la gobernabilidad del presidente Hernández por estar involucrado en los escándalos de corrupción (razón por la cual la propuesta contó con el apoyo de EE.UU. y de la OEA). Debido a esto, la MACCIH adoptó una estrategia que, a pesar de presentar ciertas similitudes con la CICIG, se prestaba mucho más a la intervención estatal hondureña para asegurar la impunidad de sus altos mandatarios. Además, sufría de una ausencia de independencia de la entidad internacional que la creó (La OEA), lo que llegaría a ser muy problemático en el caso de la MACCIH por conflictos internos (Zamudio-González, 2020).

Finalmente, la CICIÉS, propuesta inicialmente en 2016 por el partido ARENA (en aquel momento en la oposición) al hilo de los acontecimientos ocurridos en Honduras, adquirió especial relevancia en el proceso electoral salvadoreño que tuvo lugar en 2019, tras finalizar el mandato del gobierno del FMLN. En este contexto, algunos candidatos presidenciales (y especialmente quien fuera finalmente elegido, Nayib Bukele) obtuvieron importantes réditos electorales al proponer un mecanismo anticorrupción con elementos internacionales, que tenía, en buena medida, como precedentes a la CIGIC en Guatemala y a la MACCIH en Honduras.

Sin embargo, a diferencia de la MACCIH, en el proceso de formación de la CICIÉS influyeron también las dificultades que para 2019 experimentaban ya la CIGIC y la MACCIH debido a la oposición a que continuaran con su trabajo por parte de los gobiernos guatemalteco y hondureño. Así, como Indacochea & Estrada (2021) señalan, entre 2006 y 2019:

[...] la élite política y empresarial, así como la sociedad civil salvadoreña, habían sido testigos [...] de los éxitos de sus países vecinos; casos de gran corrupción investigados por estos mecanismos junto a fiscales locales, exposición pública de las redes de macro-corrupción, movilizaciones ciudadanas sin precedente y diagnósticos de reforma estructural. Pero también fueron testigos de su declive y caída.

Fruto de lo anterior, y con el fin de evitar la rampante impunidad que había llevado a Guatemala y Honduras a crear la CIGIC y la MACCIH, el entonces Fiscal General Douglas Meléndez incrementó en 2017 los esfuerzos anticorrupción de la Fiscalía salvadoreña (Witte-Lebhar, 2017), aliándose con Honduras y Guatemala para estrechar la cooperación en la lucha contra la corrupción organizada transnacional (Rodríguez, 2017). Con esto, el gobierno del FMLN buscaba limitar la presión interna e internacional para crear la CICIES (Calderón, Hernández, 2019).

Como consecuencia de lo anterior, se puede afirmar que la creación de la CICIES se debe, en gran medida, al plan de gobierno (conocido como el “Plan Cuscatlán”) de Bukele, que en su campaña electoral propuso como principios rectores de su presidencia la reforma del Código penal para evitar la prescripción de los crímenes de lesa humanidad, la implementación de nuevos sistemas de gestión, la cooperación internacional y la creación de la CICIES (Bukele, 2019). Esto no significa, sin embargo, que no hayan existido otros factores importantes en la creación de la CICIES, como, por ejemplo, la presión ciudadana.

Junto a las diferentes coyunturas políticas que han caracterizado los procesos de creación de la CIGIC, la MACCIH y la CICIES, se puede identificar también ciertos factores comunes que han jugado una función importante en los mismos. Entre ellos destaca, en particular, la presión ciudadana, que ha constituido, sin duda, un fuerte incentivo para la creación de las comisiones y misiones internacionales por los dirigentes políticos centroamericanos, que al operar en sistemas democráticos con elecciones periódicas, debían, al menos, dar una cierta apariencia de lucha contra la corrupción para ser elegidos. Así, la MACCIH se creó luego de la presión ciudadana expresada en manifestaciones populares, que en 2015 fueron las mayores que había experimentado el país en décadas (Elías, Meléndez, 2015).

Igualmente, la creación de la CICIG se debió, en gran medida, a la presión de grupos de la sociedad civil guatemalteca, como el Movimiento Nacional por los Derechos Humanos (MNDH) y un grupo de seis ONGs que generaron la Coalición para la CICIACS (Granowsky-Larsen, 2018). Finalmente, la creación de la CICIÉS en El Salvador contó también con un amplio apoyo de la sociedad salvadoreña, reflejado en las encuestas que indicaban que hasta 95% de la población estaba a favor de la creación de la CICIÉS cuando fue propuesta por primera vez en el 2016 (Serrano, 2016).

Además, la presión pública no sólo existió al momento de proponer la creación de las comisiones y misiones internacionales, ni tampoco estuvo limitada a su creación. Por el contrario, a lo largo de su funcionamiento fueron respaldadas por una gran popularidad, que en muchos casos era significativamente superior a la de los políticos nacionales. Así, en Guatemala, la CICIG se volvió una entidad ampliamente conocida y popular, teniendo en 2015 una tasa de aprobación del 95% (Contreras, 2015), que sólo se redujo al 71% después de un desgastante conflicto con el presidente Jimmy Morales (CICIG, 2019). Algo similar ocurrió en Honduras donde, en 2019, el 65% de la población apoyaba la continuación de la MACCIH en el país, pensando que su alcance limitado se debía principalmente a la intromisión por el gobierno y el Congreso (CESPAD, 2019). Del mismo modo, en El Salvador, la propuesta de introducir la CICIÉS fue la más popular de la candidatura a la presidencia de Nayib Bukele, obteniendo una aprobación de en torno al 95%. Todo esto refleja como las poblaciones centroamericanas, ante los altísimos niveles de corrupción que perciben en su región, han apoyado posibles soluciones con un claro componente internacional.

4. MANDATO, FUNCIONES Y FACULTADES

4.1. *La CIGIC*

Las diversas coyunturas políticas que, como hemos visto, han marcado los procesos de creación de la CIGIC, la MACCIH y la CICIÉS, han determinado también su distinto mandato y funciones (Call,

2019). Así, conforme al artículo 1 del Acuerdo de creación de la CICIG, esta última se dirige a dos fines principales:

1. Apoyar, fortalecer y coadyuvar a las instituciones del Estado de Guatemala encargadas de la investigación y la persecución penal de los delitos presuntamente cometidos con ocasión de la actividad de los cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos de seguridad y cualquier otra conducta delictiva conexas con éstos que operan en el país; así como en la determinación de sus estructuras, actividades, formas de operación y fuentes de financiamiento, promoviendo tanto la desarticulación de dichas organizaciones como la sanción penal de los partícipes de los delitos cometidos.
2. Crear los mecanismos y procedimientos necesarios, que deberán implementarse para la protección de los derechos a la vida y a la integridad de las personas. Lo anterior de conformidad con los compromisos internacionales del Estado de Guatemala en materia de protección de los derechos fundamentales, y de los instrumentos internacionales de los cuales Guatemala es parte.

Para cumplir con estos fines, el mandato de la CICIG se compone de tres funciones principales. La primera consiste en “[d]eterminar la existencia de cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos, su estructura, formas de operar, fuentes de financiamiento y posible vinculación con entidades o agentes del Estado y otros sectores que atenten contra los derechos civiles y políticos en Guatemala” (artículo 2(1)(a)). La segunda se centra en “[c]olaborar con el Estado en la desarticulación de los aparatos clandestinos de seguridad y cuerpos ilegales de seguridad y promover la investigación, persecución penal y sanción de los delitos cometidos por sus integrantes” (artículo 2(1)(b)). Finalmente, la tercera subraya su naturaleza de comisión internacional asesora del Estado guatemalteco, y consiste en “[r]ecomendar al Estado la adopción de políticas públicas para erradicar los aparatos clandestinos y cuerpos ilegales de seguridad y prevenir su reaparición, incluyendo las reformas jurídicas e institucionales necesarias para este fin” (artículo 2(1)(c)).

En consecuencia, se puede afirmar que el enfoque principal de la CICIG no es la investigación, el enjuiciamiento y la sanción de las prácticas corruptas, sino que estas últimas solo son abordadas en cuanto que fenómeno asociado a los CIACS, los cuales son definidos en el artículo 1(d) del Acuerdo de creación de la CICIG como

[...] aquellos grupos que reúnen las siguientes características: (i) cometer acciones ilegales para afectar el pleno goce y ejercicio de los derechos civiles y políticos; y (ii) estar vinculados directa o indirectamente con agentes del Estado, o contar con capacidad de generar impunidad para sus acciones ilícitas.

De esta manera, el mandato de la CIGIC se enfoca, ante todo, en luchar contra los diferentes grupos del COT derivados del conflicto armado que sufrió Guatemala entre 1960 y 1996. Como resultado, no solo el mandato de la CIGIC no se dirige expresamente a investigar los aparatos de gran corrupción en Guatemala, sino que ni siquiera prevé que la investigación de la corrupción sea un aspecto primordial del mismo (art. 2).

Sin embargo, a pesar de lo anterior, la investigación, enjuiciamiento y sanción de la corrupción ha terminado jugando un papel destacado en las actividades de la CIGIC puesto que es un aspecto central en la forma de operar de los CIACS, como se desprende de la referencia a su vinculación directa o indirecta con los agentes del Estado y a su capacidad para generar impunidad. De hecho, la cooperación estatal es uno de sus principales *modus operandi* para facilitar su actuar delictivo (Kwok Man-Wai, 2013) Como resultado, se puede afirmar que el mandato de la CIGIC incluye también la investigación de cualquier vínculo entre los CIACS y las instituciones públicas, especialmente considerando su estrecha relación debido al conflicto armado.

A través de esta conexión entre los CIACS y las estructuras de poder en Guatemala, que por lo general se impulsaban a través de la corrupción de sus más altos cargos, el mandato de la CIGIC fue lentamente transformándose a través de un proceso de autodirección de la entidad (Zamudio-González, 2018), lo que a su vez hizo que con el tiempo la efectividad de la Comisión fuera creciendo (Reus & Zamora, 2021). Al tratarse de algo inesperado al momento de su creación, la CIGIC constituye un ejemplo de una entidad cuyo mandato se transformó significativamente de forma autónoma (Andrade, 2022), lo que, en última instancia, acabó también jugando en su contra porque, para muchos, incluyendo el gobierno de Jimmy Morales, fue considerado como una extralimitación de sus

funciones (justificación principal para la terminación del Acuerdo) (Calvet, 2019).

En cuanto a las facultades de la CIGIC, el art. 4 del Acuerdo de creación establece que la CIGIC tiene personalidad jurídica autónoma, con la capacidad de celebrar contratos, adquirir y enajenar bienes muebles e inmuebles, iniciar procedimientos judiciales, y cualquier otra acción autorizada por la legislación guatemalteca para una persona jurídica. La personalidad jurídica de la CIGIC tiene como propósito permitirle un patrimonio y una libertad de actuación propia, que la hacen en cierta medida independiente de las entidades que la crearon.

Así mismo, con el fin de permitirle cumplir con su mandato, se atribuyen a la CIGIC amplias facultades de acción en el marco del Derecho procesal penal guatemalteco, incluyendo la facultad de personarse como un tercero adhesivo en el marco del procedimiento penal (art. 3.1(b)), lo que le permite aportar información en los procesos penales contra personas asociadas a los CIACS o presuntamente responsables por prácticas corruptas vinculadas a dichos grupos (art. 3.1(c)).

La CIGIC tiene también la facultad de realizar denuncias administrativas a las entidades de control frente a los funcionarios públicos que impidan sus investigaciones. Además, puede otorgar confidencialidad a las personas que declaren ante la misma, así como solicitar a las entidades nacionales competentes que adopten medidas para garantizar su protección, en el entendimiento de que, debido a que el sector público guatemalteco se encuentra fuertemente infiltrado por grupos del COT, es peligroso testificar en un juicio disciplinario o penal sin garantías de confidencialidad (art. 31.1(d)).

Finalmente, el Acuerdo de creación de la CIGIC le atribuye también otras facultades importantes, de manera que valiéndose de su personalidad jurídica puede: (a) llevar a cabo investigaciones de manera autónoma frente a cualquier persona, grupo o institución, del sector público o privado (art. 31.1(a)); (b) suscribir acuerdos con instituciones estatales (art. 31.1(e)); y (c) solicitar documentos o elementos de prueba (arts. 1 y 4 del Acuerdo de creación).

4.2. *La MACCIH*

Según el artículo 1 del Convenio de establecimiento de la MACCIH, los fines a los que se dirige son los siguientes:

- 1.1. Apoyar al cumplimiento por parte del Estado Hondureño de los compromisos internacionales adquiridos por este, por medio de la Convención Interamericana contra la Corrupción y el MESICIC, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC);
- 1.2. Apoyar, fortalecer y colaborar activamente con las instituciones del Estado hondureño encargadas de prevenir, investigar y sancionar actos de corrupción;
- 1.3. Contribuir a mejorar la coordinación entre las distintas instituciones del Estado que trabajan en esta materia;
- 1.4. Proponer al Gobierno reformas al Sistema de Justicia hondureño, incluyendo legislación para fortalecer el combate a la corrupción en y desde el sector privado; y
- 1.5. Contribuir a fortalecer los mecanismos de rendición de cuentas de los órganos de justicia del Estado frente a la sociedad hondureña, así como los mecanismos de observación y seguimiento del sistema de justicia desde la sociedad civil.

Con base en lo anterior, se pueden observar importantes diferencias frente al mandato de la CICIG. Así, mientras que la CICIG trata la corrupción como un aspecto secundario de su mandato, que solo es abordado en cuanto que elemento central de la forma de operar de los CIACS, la MACCIH tiene como propósito principal la lucha contra la corrupción. De esta manera, el mandato de la MACCIH se encuentra estrechamente vinculado a la agenda de buena gobernanza (Khan, 2012) impulsada por la ONU y la OEA (OEA, s.f.a); razón por la cual, la MACCIH centra sus funciones en el fortalecimiento estatal y en la construcción de políticas públicas (especialmente, en materia de prevención y combate a la corrupción, reforma de la justicia penal, reforma político-electoral y seguridad pública), más que en la búsqueda, persecución y desarticulación de las redes criminales. En consecuencia, el Convenio de establecimiento de la MACCIH define a este última como un organismo asesor, cuyo mandato se dirige principalmente a apoyar a las entidades gubernamentales hondureñas en el diseño y aplicación de políticas públicas (Fundación para el Debido Proceso, 2016).

En consonancia con lo anterior, el Convenio de establecimiento de la MACCIH no le atribuye personalidad jurídica, sino que, a través de su artículo 11, deja en manos del gobierno hondureño la decisión de otorgársela o no. Esto se ha tratado de justificar en que, a diferencia de la CICIG, la MACCIH no tiene potestad investigativa autónoma, puesto que, el mandato de la MACCIH es principalmente consultivo y de apoyo técnico y logístico a la justicia hondureña en sus cuatro ejes principales de acción (presentes en los artículos 2 y 3 del Convenio de establecimiento de la MACCIH).

4.3. La CICIES

Como el Acuerdo de creación de la CICIG y el Convenio de establecimiento de la MACCIH, el Acuerdo de creación de la CICIES también establece en artículo 1º los aspectos centrales de su mandato, que son los siguientes:

- 1.1. Contribuir al cumplimiento por parte del Gobierno de los compromisos internacionales adquiridos por medio de la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción;
- 1.2. Apoyar, fortalecer, acompañar y colaborar activamente en la prevención, investigación, y sanción de Actos de Corrupción y Otros Delitos Conexos;
- 1.3. Apoyar, fortalecer, acompañar y colaborar con las instituciones competentes del Estado salvadoreño, cuando se vea afectada la armonía social, la paz y la tranquilidad interiores como producto de la práctica de la corrupción y la impunidad;
- 1.4. Proponer y coadyuvar en la implementación de políticas públicas para la prevención, detección, control y sanción de actividades y redes de corrupción y delitos conexos en instituciones del Estado y en los distintos estamentos de la sociedad;
- 1.5. Colaborar con el Órgano Ejecutivo y demás órganos del Estado, cuando sea requerido formalmente, en la ampliación y modernización de un marco normativo e institucional efectivo para la prevención y combate de la corrupción y otros delitos conexos;
- 1.6. Coadyuvar a la coordinación y cooperación entre las distintas instituciones del Estado que trabajan en esta materia, cuando así sea requerido formalmente;
- 1.7. Asesorar y recomendar al Órgano Ejecutivo las reformas legales que sean necesarias para la prevención y combate a la corrupción e impunidad; y

1.8. Fortalecer mecanismos y prácticas de transparencia, publicidad, acceso a la información pública, rendición de cuentas y participación de la sociedad civil en los asuntos públicos⁵.

Para cumplir con su mandato, el artículo 4 del Acuerdo de creación de la CICIÉS prevé que, además de “suscribir Acuerdos de Cooperación con los demás Órganos del Estado y con las Instituciones Salvadoreñas, incluyendo, sin carácter exclusivo, la Fiscalía General de la República (FGR), la Corte de Cuentas y la Corte Suprema de Justicia” (artículo 4.1.1.), la CICIÉS desarrolle las siguientes funciones. En primer lugar, “acompañar y coadyuvar a la FGR en diligencias que se lleven a cabo cuando la FGR lo requiera” (artículo 4.1.2), lo que significa que, a diferencia de la CIGIC, la iniciativa recae exclusivamente sobre la FGR salvadoreña y no sobre la entidad internacional.

En segundo lugar, la CICIÉS puede “[s]olicitar o recomendar al Gobierno, la adopción de las medidas necesarias para garantizar

⁵ Además, a diferencia de los textos fundacionales de la CIGIC y la MACCIH, el Acuerdo del CICIÉS incluye ciertas definiciones esenciales para el desarrollo de los aspectos centrales del mandato de la CICIÉS, entre las que destacan las siguientes:

- “Actos de corrupción” deben entenderse los actos mencionados en la Convención Interamericana en Contra de la Corrupción; los actos mencionados en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; los delitos comprendidos en el Título XVI Capítulo II del Código Penal, y otros delitos conexos; los delitos comprendidos en la Ley de Lavado de Dinero y Activos, y en otras leyes especiales sobre la materia.
- “Impunidad” debe entenderse la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de los hechos punibles.
- “Expertos de la CICIÉS” hace referencia a peritos y profesionales nacionales e internacionales, miembros de la CICIÉS, que proporcionarán apoyo técnico y colaboración activa a las Instituciones Salvadoreñas.
- “Instituciones Salvadoreñas” se refiere a la(s) institución(es) de El Salvador que se encargan de prevenir, investigar y sancionar Actos de Corrupción y Otros Delitos Conexos.
- “Propósito de la CICIÉS”, o “Propósito”, hace referencia a la finalidad última de la CICIÉS de apoyar, fortalecer, acompañar y colaborar activamente con las Instituciones Salvadoreñas.

la seguridad de los testigos, denunciantes, víctimas, peritos, demás colaboradores y operadores de justicia, así como observar su implementación y cumplimiento” (artículo 4.1.3). De nuevo, a diferencia de la CIGIC, la CICIÉS no tiene la facultad de adoptar de oficio las medidas necesarias para asegurar la anonimidad de los denunciantes y las víctimas, sino que, por lo contrario, debe solicitarlo al gobierno salvadoreño.

En tercer lugar, la CICIÉS tiene la facultad de “trasladar a la FGR toda la información de la que tuviere conocimiento o la documentación que tuviere en su poder a consecuencia del ejercicio de sus funciones, relativa a hechos que pudiesen ser constitutivos de delitos relacionados con Actos de Corrupción” (artículo 4.1.4). Una vez más, la competencia de la CICIÉS en este ámbito es también más limitada que la de la CIGIC, porque mientras en la CIGIC se le atribuye una alta capacidad de investigación autónoma, la CICIÉS, si bien puede tener la capacidad de recaudar material probatorio en el cumplimiento de sus funciones, debe entregar de dicho material a la FGR salvadoreña.

Finalmente, la CICIÉS tiene también la facultad de “[n]otificar a las autoridades competentes por presuntas faltas administrativas cometidas por funcionarios, empleados y autoridades públicas que pudieran estar relacionadas con Actos de Corrupción” (artículo 4.1.5.). Esta facultad es casi idéntica a la que tiene atribuida la CIGIC para denunciar administrativamente (con miras a la posible apertura de un juicio disciplinario) a los funcionarios públicos que estén impidiendo su investigación. Sin embargo, la CICIÉS tiene en este punto una competencia material más amplia porque se extiende a todas aquellas actividades que puedan estar relacionadas con actos de corrupción (con independencia de que obstaculicen, o no, la investigación).

Con base en lo anterior, se puede afirmar que la CICIÉS tiene ciertos elementos en común la CIGIC, y sobre todo con la MACCIH. Así, al igual que esta última, y a diferencia de la CIGIC, la CICIÉS tiene como objetivo principal la lucha contra la corrupción y no el combate contra la criminalidad organizada. Además, la función principal de la CICIÉS, como la de la MACCIH, es la de dar apoyo logístico y técnico y promover el fortalecimiento institucional del Estado, lo

cual coloca a la CICIÉS en el rol de construir un esquema de buena gobernanza que permita reducir la corrupción a través de acciones de reforma administrativa y legislativa y no necesariamente mediante su persecución judicial. Sin embargo, el alcance de las funciones de la CICIÉS es más amplio que en el caso de la MACCIH, al tener la facultad de recaudar material probatorio en el cumplimiento de sus funciones, si bien se encuentra todavía lejos de la facultad de investigación autónoma de la CIGIC porque la CICIÉS ha de actuar siempre en colaboración con el Estado salvadoreño, y el material que obtenga debe ponerlo a disposición de su FGR.

Por otra parte, se pueden apreciar también varias diferencias importantes con la CIGIC y la MACCIH, entre las que destaca el hecho de que el mandato de la CICIÉS ha sido definido jurídicamente de manera mucho más precisa con el fin de impedir su expansión tal y como ha sucedido sobre todo en la CIGIC, y en menor medida en la MACCIH. En particular, la CICIÉS no tiene como objetivo central la persecución de mecanismos ilícitos (Indacochea & Estrada, 2021). Además, por si esto no fuera suficiente, también es importante tener en cuenta que a pesar del acuerdo entre la OEA y El Salvador, la CICIÉS ha surgido como una comisión del Ejecutivo salvadoreño, restringiendo así, aún más, su alcance debido a su naturaleza no jurisdiccional (Morales, 2020).

5. RÉGIMEN DE COOPERACIÓN CON LOS SISTEMAS NACIONALES

La CIGIC, la MACCIH y la CICIÉS comparten la facultad de evaluar a las instituciones nacionales y emitir recomendaciones, con el fin de “apoyar, fortalecer, acompañar y colaborar activamente”⁶ en la lucha contra los CIACS (CIGIC) y la corrupción (MACCIH y CICIÉS), actuando de esta forma como entidades auxiliares que buscan fortalecer las jurisdicciones nacionales (algo que las diferencia completamente de la naturaleza jurisdiccional de los tribunales internacionales e híbridos, y de la vocación de independencia frente

⁶ Artículo 1.2 del Acuerdo CICIÉS, por ejemplo.

a los sistemas nacionales, en particular de los primeros). Para ello, hacen recomendaciones sobre posibles reformas a los sistemas jurídicos nacionales con el fin de reducir la penetración de los grupos delincuenciales organizados en los niveles de toma de decisiones de las instituciones estatales. Esta función de consulta no es secundaria, porque incluso la CICIG ha dedicado una de sus tres áreas generales (el área política) a la redacción de recomendaciones de política pública contra la criminalidad organizada transnacional y la corrupción fomentada por la misma (Zamudio-González, 2017).

Para cumplir con su función de evaluación y colaboración con las instituciones públicas, la CIGIC, la MACCIH y la CICIÉS han buscado negociar diferentes acuerdos con las entidades públicas relevantes, con el fin de incrementar su eficacia. De esta manera, la CICIG ha firmado once convenios con entidades nacionales e internacionales durante su término de actividad: tres con organismos del sistema de la ONU (El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia —UNICEF—, y el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer —UNIFEM—, en 2009, y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito —UNODC en 2010) y ocho con entidades del Estado guatemalteco (Ministerio Público, Ministerio de Gobernación, Superintendencia de Administración Tributaria, Secretaría Presidencial de la Mujer, Secretaría de Obras Sociales y la Defensoría de la Mujer Indígena en 2008; la Superintendencia de Bancos y la contraloría en 2011; el Registro General de Propiedad en 2013; y el Tribunal Supremo Electoral en 2018).

Estos acuerdos le han otorgado a la CIGIC amplias y variadas facultades. Así, los acuerdos con organismos de la ONU han facultado a estos últimos para presentar conjuntamente con la CIGIC ciertos conceptos al Estado guatemalteco, así como para realizar estudios de planes de acción diferenciados en relación con la violencia contra las mujeres (UNIFEM) y contra los niños (UNICEF). De esta forma, han podido actuar coordinadamente con respecto a aquellos grupos de violencia organizada transnacional que afectan a comunidades especialmente protegidas por los mencionados organismos internacionales.

Por su parte, el contenido de los acuerdos entre la CIGIC y las diferentes entidades gubernamentales de Guatemala varía según el

alcance de las competencias de estas últimas, que a su vez determinar el contenido de lo negociado. Así, la mayoría se dirigen hacia temas de asesoramiento y acompañamiento por parte de la CICIG a cambio de aportar información en ciertas etapas de la investigación (esto se puede observar, por ejemplo, en los acuerdos con el Ministerio de Gobernación y el Ministerio Público). La CICIG ha firmado también acuerdos de colaboración mutua con entidades como la Superintendencia de la Administración Tributaria y la Contraloría, en los que estas entidades se comprometen a aportar información a la CICIG. De esta forma, la CICIG se ha convertido en un organismo cuyas facultades y grado de influencia a nivel nacional es notablemente superior al inicialmente pactado en el Acuerdo (lo que ha facilitado el desarrollo de su importante gestión en el marco de la lucha contra la corrupción asociada al COT en Guatemala).

Como resultado de lo anterior, la CIGIC ha podido desarrollar una intensa y constante colaboración con las entidades gubernamentales guatemaltecas, y en especial con el Ministerio Público, para poder desarrollar su mandato de lucha contra la impunidad y cumplir sus objetivos. En particular, la existencia de una Fiscalía especializada para la CICIG y la facultad de esta última para participar en los procesos penales mediante el acompañamiento técnico al fiscal responsable, la asignación del caso a la Fiscalía Especial y la personación en el proceso como querellante adhesivo le han conferido poderes mucho más amplios que a la MACCIH y a la CICIÉS. A este respecto, la exfiscal general de Guatemala, Thelma Aldana, señala lo siguiente en el informe de cierre de la CICIG (2019a):

Es importante el acompañamiento de esta comisión desde el aspecto técnico, correspondiendo la decisión final a la autoridad nacional; en este caso al Fiscal General de la República. Es importante ese acompañamiento, no sólo en lo técnico que es lo más valioso, pero también en el hecho de que CICIG se pudiese convertir en querellante adhesivo en los procesos porque entonces había un trabajo de investigación, desde el diseño de la hipótesis, desde el inicio del caso, pero también en la estrategia del litigio, prácticamente. La CICIG podía acompañar al MP desde el planteamiento de la hipótesis, hasta la discusión, las audiencias y el diseño estratégico de la oratoria forense, completando así el proceso, porque si se hubiese dejado a partir de la investigación, y los fiscales hubieran tenido que ir solos a los tribunales, se hubiera perdido la riqueza de fortalecer la oratoria y la estrategia de litigio para los fiscales; esta es otra buena práctica que yo rescato además de

que la CICIG pudiera iniciar investigaciones y si encontraba material suficiente lo compartía; en mi gestión lo compartía y yo tomaba la decisión de iniciar una investigación.

La MACCIH ha buscado también colaborar con entidades nacionales hondureñas, que le permitieran una lucha más eficiente contra de la corrupción. Sin embargo, el éxito para pactar acuerdos con este tipo de entidades fue limitado. A pesar de esto, la MACCIH logró un acuerdo con el Ministerio Público, transformador tanto para su mandato como para la lucha contra la corrupción en Honduras, que resultó en la creación de una Unidad Especial Contra la Impunidad de la Corrupción (la UFECIC), y tiene como propósito la investigación y persecución penal de quienes incurren en prácticas corruptas. La creación de la UFECIC ha otorgado ciertas capacidades de investigación a la MACCIH, toda vez que, según el artículo 4 del Acuerdo, es función de la MACCIH seleccionar aquellos casos que han de ser investigados por la UFECIC. Además, los integrantes de esta última son elegidos por la MACCIH y el Ministerio Público hondureño conjuntamente. Así mismo, en el art. 5 del Acuerdo recoge la facultad de crear equipos de investigación y persecución conjunta entre la UFECIC y la MACCIH. Como consecuencia de lo anterior, la acción conjunta UFECIC-MACCIH ha fortalecido la Misión, permitiendo desarrollar nuevas investigaciones y propuestas de reforma al sistema penal hondureño.

Finalmente, en relación con la CICIES, destacan, además del Acuerdo de creación de la CICIES, los tres acuerdos que se realizaron entre la Secretaría General de la OEA y tres entidades del Estado salvadoreño (el Ministerio de Justicia, la Corte Suprema de Justicia y la Fiscalía General de la República (FGR)). Esto a pesar de que en el momento de su creación el gobierno salvadoreño también prometió la suscripción de otros acuerdos y el acompañamiento por la Organización de las Naciones Unidas, lo que al no producirse ha sido fuente de confusión para la entidad desde una perspectiva jurídica (Morales, 2020).

A diferencia del acuerdo celebrado por la MACCIH, los acuerdos concluidos por la CICIES no le otorgan nuevas facultades, ni crean entidades de colaboración con base en el modelo de la UFECIC. Por contrario, el Acuerdo realizado con el Ministerio de Justicia de El

Salvador simplemente deja abierta la posibilidad de poder realizar en el futuro nuevos acuerdos entre la rama ejecutiva del gobierno salvadoreño y la CICIÉS, que sin embargo no se han concretado hasta el momento. Un alcance similar se aprecia en el Acuerdo Marco de colaboración firmado entre la CICIÉS y la Corte Suprema de Justicia, cuyo contenido se centra principalmente en aspectos logísticos y académicos, y reconoce a la CICIÉS ciertas facultades de recomendación y asesoría a la Rama Judicial.

En consecuencia, el único acuerdo sustantivo fue el concluido por la CICIÉS con la FGR, donde esta última se compromete a aportar a la CICIÉS información relevante sobre aquellos casos de corrupción en los que la CICIÉS apoye a la FGR. Este acuerdo faculta además a la CICIÉS para realizar recomendaciones en relación con la elaboración de una política de persecución penal anticorrupción, reformas legales, implementación de modelos de investigación de prácticas corruptas, criterios de aplicación e interpretación de la ley y elaboración de módulos de capacitación (OEA, 2019).

Sin embargo, incluso con respecto a este Acuerdo con la FGR han surgido varias críticas. Así, la CICIÉS no tiene el derecho de obtener información completa frente a los casos en los que colabora, sino que, por el contrario, esta se encuentra limitada por “las restricciones y excepciones establecidas en la legislación corriente” (esto permite al gobierno salvadoreño no transmitir a la CICIÉS la información que considere oportuna, declarándola como reservada). Además, la CICIÉS está obligada a mantener la confidencialidad de las investigaciones en las que apoya a la FGR, y debe presentar informes extraordinarios cuando el gobierno lo considere pertinente, poniéndola siempre bajo amenaza de investigación y eventual terminación (Indacochea & Estrada, 2021).

Como hemos visto, un aspecto característico de la CIGIC es la facultad para realizar investigaciones independientes, algo que no comparten ni la MACCIH ni la CICIÉS. Esto ha garantizado a la CIGIC un grado de independencia superior al ser considerada como un organismo de investigación independiente frente a las entidades (nacional e internacional) que la crearon, lo que le ha atribuido a su vez un margen de maniobra muy superior al de la MACCIH y la

CICIES, cuyo rol principal se ha centrado en la asesoría y acompañamiento al gobierno nacional.

Como consecuencia de lo anterior, el diseño de la MACCIH y la CICIES estaba inicialmente dirigido a fomentar una colaboración mucho más estrecha con los gobiernos hondureño y salvadoreño⁷. Sin embargo, sus limitadas facultades han evitado que se haya podido materializar esta cooperación, especialmente frente a dos gobiernos que las veían como una carga más que como un activo en la lucha contra la corrupción. Esto ha quedado reflejado en el reducido número y alcance de los acuerdos firmados por la MACCIH y la CICIES con entidades nacionales de Honduras y El Salvador, en los cuales se les atribuyen además facultades muy limitadas. En consecuencia, se aprecia un cuadro de cooperación limitada y fracturada, que, si bien ha tenido algún fruto a nivel general, apenas si se ha aplicado en cuestiones concretas.

6. CONDICIONES DE RETIRO Y CIERRE

Los artículos 11 y 12 del Acuerdo de creación de la CIGIC prevén como condiciones de retiro y cierre: (a) la falta de cooperación por el Estado guatemalteco hasta el punto de que se empiecen a obstaculizar sus actividades; (b) la no adopción por el Estado de las medidas legislativas necesarias para luchar contra los CIACS; (c) la ausencia de un presupuesto suficiente para desarrollar su mandato; o (d) la falta de consenso entre el gobierno nacional y la ONU para prorrogar el Acuerdo de creación al finalizar el mandato inicial de dos años de la CIGIC. Esta última ha sido finalmente la razón que ha llevado al cierre de la CIGIC, una vez que el presidente de Guatemala, Jimmy Morales, anunciara el 7 de enero de 2019 que no renovarían el Acuerdo de creación de la CIGIC con la ONU, poniendo así fin a 13 años de existencia (CNN, 2019).

⁷ *Vid.*: por ejemplo, los objetivos principales de la MACCIH (todos los cuales hacen mención al gobierno hondureño) y la CICIES (que se refiere constantemente al gobierno salvadoreño).

Por su parte, las condiciones de retiro y cierre de la MACCIH se recogen en los arts. 14 y 16 del Convenio de establecimiento. En primer lugar, el art. 14 faculta a la OEA para retirar la MACCIH ante ciertas situaciones que harían su trabajo redundante, entre las que destacan: (a) la falta de cooperación de Honduras, ya sea al momento de aplicar las recomendaciones de la MACCIH, ya sea al menoscabar la independencia, las inmunidades, o algún otro elemento similar de la Misión; o (b) la ausencia de financiación internacional, que, al estar basada en donaciones voluntarias, no se encuentra garantizada. En segundo lugar, el artículo 16 del Convenio prevé también el cierre de la MACCIH en caso de que no se prorrogue su mandato de cuatro años al expirar el mismo el 19 de enero 2020. Esta segunda razón es la que ha llevado finalmente al cierre de la MACCIH, tras el comunicado emitido por el presidente Hernández a comienzos de 2020 (OEA, 2020). Esto ha ocurrido en contra de los deseos de la propia OEA, que, en contraste con el gobierno hondureño, considera que la MACCIH no ha podido desarrollar todo su potencial.

Finalmente, en lo que se refiere a las condiciones de retiro y cierre de la CICIÉS, los arts. 10 y 14 de su Acuerdo de creación recogen condiciones similares a las previstas para la MACCIH: (a) falta de financiación internacional; (b) ausencia de cooperación de las entidades nacionales salvadoreñas; y (c) finalización del mandato de cuatro años sin prórroga. En este contexto, el gobierno salvadoreño ha adoptado a mediados de 2021 la decisión de suspender unilateralmente su colaboración con la OEA, una vez que el Secretario General de la OEA, Luis Almagro, decidiera integrar como asesor en su Secretaría General al exalcalde de San Salvador, Ernesto Muyschondt, del opositor partido ARENA (Deutsche Welle, 2021b). A raíz de lo anterior, y tras apenas año y medio desde su entrada en vigor el 26 de noviembre de 2019, el gobierno salvadoreño denunció el Acuerdo de creación de la CICIÉS, que terminó siendo desmantelada si haber llegado siquiera a cumplir con la mitad de sus cuatro años de mandato (OEA, 2021).

Las experiencias de la CIGIC, la MACCIH y la CICIÉS muestran que uno de los principales problemas que presentan este tipo de comisiones y misiones internacionales es que no tienen una garantía de permanencia, y que muchos de los elementos que los gobiernos

nacionales prometen pueden quedarse en promesas incumplidas, o ser eliminados rápidamente, dependiendo de su voluntad política. Esto puede suceder en particular cuando los dirigentes estatales pierden su confianza en las comisiones porque se ven amenazados por las investigaciones anticorrupción realizadas por las mismas (CIGIC y MACCH) o por conflictos o rivalidades políticas (CICIES)

7. DESEMPEÑO

7.1. La CICIG

La CICIG, cuyo periodo de actuaciones se extendió durante trece años, comenzó centrando sus actividades en la investigación y persecución penal de los CIACS, para con el transcurso del tiempo irse convirtiendo en una entidad anticorrupción y anti-impunidad con respecto a todos los niveles de la política guatemalteca. La propia CICIG reconoce esta situación en su informe final (2019a) al señalar:

La Comisión, que se concibió como un experimento limitado a algunos casos emblemáticos, expandió su labor e impacto gracias al apoyo y compromiso decidido de fiscales, jueces, oficiales de gobierno y organizaciones de la sociedad civil que encontraron en ella un punto de apoyo y un paraguas para poder realizar su labor con independencia. Así, tras doce años de trabajo conjunto entre la Comisión y los guatemaltecos y guatemaltecas comprometidos con el Estado de Derecho y la democracia, Guatemala no volverá a ser la misma. El legado de la Comisión se podrá identificar en el corto plazo con los elementos que describe este informe: reformas normativas que aprobó el Congreso; la formación de recurso humano en campos como la investigación y análisis criminal; la implementación de nuevos métodos de análisis y construcción de casos para develar complejas redes criminales y el fortalecimiento de las capacidades de litigio, entre otros.

Mas allá de esto, el verdadero legado de la CICIG es su contribución al aumento de la conciencia ciudadana sobre el significado del pacto social, la democracia y los deberes del Estado con respecto a sus ciudadanos. La CICIG desveló la profunda penetración de las redes criminales y su captura del Estado guatemalteco, proveyendo: (a) elementos de prueba que muestran las graves falencias que aquejan al Estado y corroboraban la profunda indignación ciudadana frente

al saqueo de los recursos públicos; y (b) estrategias de acción para responder a esas falencias que han fomentado la conciencia entre la población guatemalteca de que no existen intocables porque es posible hacer justicia aplicando la ley a todos por igual. Esa conciencia ciudadana, reflejada en el gran apoyo popular a los esfuerzos de la CIGIC, que se ha mantenido en el tiempo a pesar de los importantes recursos con los que se financiaron las campañas para difamarla y desprestigiarla, no será difícil de revertir en el corto plazo (*Ibíd.*: 93).

La CIGIC ha podido identificar más de 70 estructuras criminales y ha participado en más de 120 casos de litigio de alto impacto. En total, la CIGIC en colaboración con la Fiscalía, ha promovido alrededor de 400 condenas, con un porcentaje de eficacia de cerca del 85% (*Ibíd.*: 53). Además, en colaboración con otras entidades, la CIGIC ha fomentado una mayor eficacia en las actuaciones de la administración de justicia en Guatemala, para lo cual ha promovido la elaboración de protocolos para el desarrollo de las investigaciones⁸, la realización de auditorías sobre información financiera, la aplicación de la figura de la extinción de dominio y el fortalecimiento de esquemas de seguridad, entre otros. Así mismo, la CIGIC ha promovido el Sistema Integrado de Justicia, para cuyo desarrollado ha sido necesaria la colaboración de la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio Público, el Instituto de la Defensa Pública Penal, el Ministerio de Gobernación y el Instituto Nacional de Ciencias Forenses (*Ibíd.*: 67).

En su función de consulta y asesoría para la mejora de las políticas públicas, la CIGIC también ha realizado una serie de recomendaciones dirigidas a fortalecer las instituciones públicas. A este respecto,

⁸ Entre ellos, "(1) la creación de modelos de trabajo en áreas estratégicas y operativas de análisis, (2) la determinación de funciones con base en protocolos de actuación, (3) la creación de metodologías de análisis para asegurar la calidad de los productos analíticos, (4) el desarrollo de bases de datos para almacenar y relacionar información depurada de las investigaciones, (5) la creación de un área de análisis estratégico/operativo para el seguimiento permanente de estructuras criminales, incluida la criminalidad organizada, (6) la capacitación de personal, (7) el desarrollo de áreas analíticas relacionadas con la tecnología de la información, como la geo-referenciación de la criminalidad y de grupos criminales, estadísticas y presentación de productos analíticos". *Ibíd.*: p. 54.

cabe subrayar que, de las 34 recomendaciones presentadas por la CIGIC al poder legislativo de Guatemala, quince fueron aprobadas⁹.

Los logros de la CIGIC han sido realizados, en parte, en cooperación con la sociedad civil, que muchas veces ha jugado un papel fundamental en su lucha contra la corrupción. Así, como el comisionado Velásquez ha señalado, “para una lucha exitosa contra la impunidad del poder y contra la corrupción e[s] necesario que exist[a] un triángulo: los organismos de investigación, el Ministerio Público que es el organismo nacional de investigación y de persecución penal con el apoyo de la CIGIC, pero con dos pilares fundamentales: medios de comunicación independientes y ciudadanía” (CIGIC, 2019). El vínculo con la sociedad civil llevó a que la CIGIC fuera una de las entidades más populares a nivel nacional; incluso en 2019, la CIGIC tenía la aprobación del 72% de la población guatemalteca (CIGIC, 2019b), mientras que su rival Jimmy Morales apenas contaba con el apoyo del 16% (Morales Rodas, 2019). De hecho, hacia el final de su mandato, la percepción interna era que las instituciones guatemaltecas no eran lo suficientemente independientes para luchar contra la corrupción de forma autónoma, por lo que necesitaban de la influencia positiva de la CIGIC para realizar sus funciones adecuadamente (Hallock, 2021).

La influencia de la CIGIC en la opinión política fue grande. Los descubrimientos de esta entidad frente a escándalos de corrupción entre 2013 y 2015 llevaron a una oleada de protestas en 2015 que culminaron en la renuncia del presidente Otto Pérez Molina. Irónicamente, también fueron influyentes en la elección de Jimmy Mora-

⁹ La Ley de Armas y Municiones, en 2008; la reforma al Código de Procedimiento Penal, en 2010; la Ley de Fortalecimiento de Persecución Penal (que reunía dos propuestas diferentes), en 2009; la Ley de Competencia Penal en Procesos de Mayor Riesgo de 2009; las Reformas a la Ley contra la Delincuencia Organizada, en 2009; la reforma a la Ley de Armas y Municiones en 2009; la Ley contra la Corrupción, en 2012; las Reformas a la Ley de Migración, en 2015; el Reglamento de la Ley de Extinción de Dominio, en 2010; la Ley que Regula los Servicios de Seguridad Privada, en 2010; la Ley de Registro Móvil para la Prevención y Combate del Delito en 2013; el Decreto 15 de 2012; las Reformas a la Ley Orgánica del Ministerio Público en 2016; y la Ley de la Carrera Judicial, en 2016. *Ibid.*: 103, 104.

les a la Presidencia de la República, quien basó su campaña electoral en la promesa de implementar una estrategia anticorrupción. De hecho, algunos de los movimientos sociales de jóvenes iniciados a raíz de las investigaciones contra grupos delincuenciales organizados en la presidencia de Pérez (especialmente aquellos más afiliados a la derecha política y alineados al *hashtag* #GuatemalaInmortal), terminaron siendo utilizados por el gobierno de Morales en protestas contra la propia CICIG una vez se iniciaron las investigaciones en su contra (Flores, 2019). Esta polarización ideológica dirigida por el aprovechamiento de una emoción popular inicialmente generada por la CICIG eventualmente provocó, tras el desmantelamiento de esta entidad, un fuerte retroceso en los esfuerzos anticorrupción por parte del gobierno de Morales (Flores & Rivers, 2020).

A pesar de los amplios logros que puede haber tenido la CICIG, también ha sido criticada por algunos sectores de la comunidad académica. En primer lugar, varios autores han recalcado la amplia influencia que tuvieron los EE.UU. al momento de crear e impulsar la Comisión. El hecho que la CICIG, así como la MACCIH y la CICES, estén tan enmarcadas en el programa de la Alianza para la Prosperidad (promovido por EE.UU. con los Estados centroamericanos) sugiere que el propósito de estas comisiones es la mejora de las condiciones locales con el fin de beneficiar la inversión estadounidense y evitar la migración ilegal a EE.UU (Weld, 2016).

Esto se puede observar con el hecho de que la CICIG, como “mecanismo injerto” del Derecho internacional (Zamora, 2018; Reus & Zamora, 2021), no busca la adaptación de medidas de otros Estados al marco centroamericano, ni la modificación de elementos centroamericanos para abordar mejor la corrupción, sino la implementación directa de un mecanismo externo, mediante legislación recomendada del exterior y un personal principalmente internacional. Sin embargo, otro análisis puede sugerir que el alto nivel de cooperación entre las instituciones nacionales y la CICIG (al menos hasta la presidencia de Morales), y los resultados exitosos de sus actuaciones, sugieren que el “injerto” fue exitoso y no fue fruto de una mera imposición al gobierno guatemalteco (Zamora, 2018).

La CICIG estuvo activa durante 13 años en territorio guatemalteco a pesar de la continuada y reiterada oposición por parte de ciertos

actores gubernamentales que buscaban perpetuar la impunidad. La alta presencia e influencia del crimen organizado en las entidades más poderosas del país implicó, como reconoce la propia CIGIC en su informe de cierre (2019a), una intensa campaña mediática y de información, sostenida a lo largo del tiempo, contra la Comisión, para forzar su retiro del territorio guatemalteco. Esta presión institucional y mediática se incrementó con la llegada al poder de Jimmy Morales en las elecciones de 2015.

Estas vicisitudes tuvieron lugar en el marco del nombramiento de Iván Velásquez como Comisionado de la CIGIC, quien buscó que la CIGIC retomase el protagonismo de la lucha anticorrupción luego de varios años en los que, bajo el liderazgo de Francisco Dall’Anese, se enfocó principalmente en la reforma de los poderes guatemaltecos mediante colaboración mutua, una medida que, si bien hizo disminuir el apoyo internacional y de la opinión pública a la CIGIC, podría considerarse como más sostenible que el enfoque en persecuciones de alto perfil y la confrontación con instituciones nacionales que caracterizó los liderazgos de Castresana y Velásquez (International Crisis Group, 2016; Hallock, 2021).

De esta manera, Velásquez promovió una lucha frontal contra los organismos criminales en el poder durante su mandato, que llevaron a la CIGIC a nuevos máximos de popularidad, apoyo internacional y relevancia mediática. Sin embargo, por otra parte, mediante estos ataques directos contra grupos organizados vinculados al poder (en particular, contra aquellos directamente relacionados con el gobierno del recientemente elegido Jimmy Morales), así como a través del apoyo a reformas jurídicas controvertidas (como el reemplazo del concepto de CIACS por la figura más amplia de las “Redes Político-económicas Ilícitas, o RPEIs”) y el impulso al reconocimiento de los ordenamientos comunitarios indígenas como forma legítima de justicia en Guatemala¹⁰, generó una oposición generalizada por parte de los sectores más conservadores en el ámbito político y en la sociedad civil. Además, la estrategia de Velásquez se llevó a cabo en un contexto en el que el gobierno estadounidense fue retirando silen-

¹⁰ Altamente controversial en el marco del proceso en contra al expresidente Efraín Ríos Montt por genocidio contra la comunidad maya en el país.

ciosamente su apoyo a la CIGIC (sobre todo a partir de la llegada de Trump al poder en 2017) (IELR, 2019; Long, 2021), prefiriendo realinearse con su aliado ideológico Morales (Althoff, 2021). De esta manera, Velásquez aparece como una especie de “Ícaro” para la CICIG: un oficial altamente ambicioso que, justamente a través de los grandes logros que logró en la lucha anticorrupción, acabó llevando a la Comisión al final de su mandato (Call & Hallock, 2020).

Si bien Morales había apoyado a la CICIG de forma entusiasta durante la campaña electoral de 2015, y solicitó la prórroga de su mandato por 3 años en 2016 (CICIG, 2016), las relaciones entre los dos poderes empezaron a deteriorarse rápidamente a raíz de las actuaciones de la CICIG durante el mandato de Velásquez. En consecuencia, el caldo de cultivo estaba servido para un conflicto abierto entre el gobierno guatemalteco y la Comisión a raíz de la investigación por esta última de dos casos que involucraban directamente al primero: (a) el caso del Financiamiento Electoral Ilícito (FCN-Nación) de la campaña de Morales en 2015 (CICIG, 2018a) (que se comenzó a instruir en 2017); y (b) el caso del Estado como Botín —Registro General de la Propiedad II— (que afecta al hermano y al hijo de Morales por su participación en el fraude al RGP —CICIG, 2018b).

A la luz de estos procedimientos, Morales envió en agosto de 2017 una queja ante el Secretario General de la ONU, solicitando que la CICIG limitara sus actuaciones a cumplir con su mandato de investigación y persecución penal de los CIACS (Prensa Libre, 2017a). Dos días después, declaró al Comisionado de la CIGIC, Iván Velásquez, como persona non grata en Guatemala (Prensa Libre, 2017b). El lento pero seguro desmonte de la CICIG continuó durante los siguientes dos años. Así, en agosto de 2018, Morales decidió que la entidad no continuaría (Noticias ONU, 2018), finalizando definitivamente sus actuaciones el 3 de septiembre de 2019.

A pesar del alto éxito inicial de la CIGIC, el final de su mandato generó varios impactos negativos en Guatemala que pueden generar profundas dificultades al momento de volver a implementar medidas internacionales en el país. En primer lugar, si bien la CIGIC logró investigar y desarticular algunas de las redes del COT operativas en el país, no logró acabar con todas ellas (Hallock, 2021). Esto supuso que hubiera un alineamiento general sin precedentes (denominado

por la opinión pública el “Pacto de Corruptos”) de todas las entidades vinculadas a dichas redes con el fin de buscar la disolución de la CIGIC (Reus & Zamora, 2021). Esta alianza entre poderes vinculados al COT no solo fue importante en la elección del sucesor de Morales, Alejandro Giammattei (Sáenz de Tejada, 2021; Oxford Analytica, 2022), sino que además dificulta la posibilidad de cooperación en futuros proyectos de construcción estatal en Centroamérica, a pesar de que la nueva administración Biden parece estar a favor de implementar nuevas medidas de esta naturaleza (Long, 2021; Robins, Silva Ávalos, 2021).

Además, la naturaleza internacional de “injerto” de la CICIG (Reus & Zamora, 2021) también implica que sus reformas no estuvieron implementadas dentro del esquema ordinario constitucional en Guatemala, lo que ha facilitado el desmonte de muchas de las propuestas y medidas promovidas por la CICIG durante su funcionamiento (Andrade, 2022), en un contexto marcado por un profundo declive democrático en Guatemala desde 2017 (The Economist, 2022; Transparency International, 2021; Freedom House, 2022). Como resultado, a pesar los numerosos logros de la CICIG entre 2006 y 2018, el desmantelamiento de sus operaciones por el llamado “Pacto de Corruptos”, ha llevado a una situación preocupante tanto para la lucha anticorrupción como para democracia guatemalteca.

7.2. *La MACCIH*

La MACCIH estuvo desde un principio marcada tanto por la falta de colaboración del ejecutivo hondureño como por problemas logísticos, que dificultaron el cumplimiento de su mandato. Tras la creación de la Misión en 2016, fue difícil para la OEA contratar suficiente personal para completar su organización: de las 70 plazas previstas por el Convenio de establecimiento de la MACCIH, sólo se había cubierto 19 para octubre de 2016. Además, la organización de la Misión dejó mucho que desear, porque la intervención de la Secretaría General de la OEA en las actuaciones del día a día de la MACCIH generó un serio conflicto con el Gobierno hondureño y con la propia Misión, especialmente con el director, Juan Jiménez Mayor, que se vio obligado a renunciar en febrero de 2018. Así mismo, el

presupuesto disponible fue mucho más limitado de lo inicialmente acordado (OEA & MACCIH, 2016), lo que no evitó que la MACCIH sufriese desde sus inicios fuertes presiones por la sociedad civil y por el gobierno para mostrar resultados todo ello a pesar del rechazo del gobierno hondureño de colaborar activamente con al CIGIC, lo que limitó muy significativamente las herramientas de las que dispuso la MACCIH para realizar sus actuaciones (Call, 2020).

El desarrollo efectivo de la MACCIH como institución de lucha contra la corrupción tuvo como punto de inflexión la expedición del Acuerdo con el Ministerio Público por el que se crea la UFECIC como unidad especial para la investigación de la corrupción. En los primeros meses de su aplicación, la MACCIH logró integrarse con una notable celeridad en las investigaciones de la Fiscalía General, con el apoyo de la UFECIC como bisagra entre ambas entidades. Además, coordinó las actuaciones en el proceso del Instituto Hondureño de Seguridad Social con la intención de resolver la situación fundante de la MACCIH, logrando cuatro condenas en seis meses (Ídem). El modelo renovado de “investigación binomial” entre la MACCIH y la UFECIC causó una amplia identificación de redes de corrupción vinculadas al COT, llegando a generar 14 macrocasos con 133 personas acusadas y 6 procesos de extinción de dominio (Calderón Boy, 2021).

La MACCIH no llevó a cabo investigaciones de naturaleza metódica, sino que su actuación se limitó a situaciones *ad hoc*, donde las investigaciones por casos de gran corrupción podían verse amenazadas por actuaciones indebidas de la Fiscalía (lo que requería la intervención de la MACCIH). A esto hay que añadir que, tras la reelección de Juan Orlando Hernández en la Presidencia de la República y la renuncia de Juan Jiménez Mayor como Comisionado de la MACCIH, se enfriaron las relaciones entre la OEA y el gobierno hondureño. Como resultado, a pesar de la contribución de la MACCIH en el proceso contra la ex primera dama, Bonilla de Lobo, que resultaría en la única sentencia condenatoria dictada por iniciativa de la MACCIH-UFECIC, el perfil de la MACCIH comenzó a declinar. Luis Marrey, quien sucedió a Juan Jiménez Mayor, mostró un mayor interés en las investigaciones de medio y largo plazo que en actuaciones efectistas

en el corto plazo, y fue considerado por ello responsable del bajo perfil de la MACCIH.

La oposición del Partido Nacional de Hernández, que siempre fue escéptico a negociar con la MACCIH para luchar contra la corrupción de sus gobiernos, fue la razón por la cual la MACCIH terminó siendo debilitada y antagonizada por el gobierno hondureño. En los casos “Caja chica de la Primera Dama” y “Caja chica del Hermano”, la Misión buscó investigar a familiares cercanos del expresidente Porfirio Lobo. La oposición del gobierno a estas investigaciones provocó que el Poder legislativo y las Altas Cortes reaccionaran para evitar la emisión de condenas. Posteriormente, los casos “Red de Diputados”, “Pacto de Impunidad” y “Pandora” se dirigieron contra la corrupción del Legislativo en el marco de la controvertida reelección de Hernández, lo que terminó provocando la creación de una alianza general de políticos implicados en los grandes casos de la MACCIH (especialmente el caso *Pandora*, que involucraba a 38 congresistas y excongresistas, líderes políticos y ministros de los tres principales movimientos políticos de Honduras: el Partido Nacional, el Partido Liberal y el Partido Libertad y Refundación), denominada “Tercer Pacto de Impunidad”¹¹ en Honduras (Zamudio-González, 2020), que buscaba activamente acabar con las posibilidades investigativas de la MACCIH-UFECIC (Tábora & Oliva, 2021).

Fruto de lo anterior, en la Ley General de Presupuesto de 2017, se adoptó la decisión de suspender las investigaciones presentes y futuras de corrupción de altos mandatarios, algo que fue denunciado, sin éxito, por la MACCIH (Flores, 2018). Además, como Call (2021) ha subrayado, el Congreso de Honduras adoptó hasta diez medidas legislativas para evitar explícitamente la actuación de la Misión¹². Todo

¹¹ Los primeros dos “Pactos de Impunidad” —movimientos legislativos para evitar la responsabilidad por corrupción que cruzan líneas partidistas— ocurrieron en 1994 y 2001.

¹² Estas fueron: debilitamiento de las Cortes Anticorrupción, eliminando su competencia sobre oficiales de gobierno y parlamentarios; la aprobación del llamado “Pacto de Impunidad” de 2017; la manipulación del lenguaje para evitar persecución jurídica a través de la Ley de Impunidad de 2017; Revisión de la Ley del Tribunal Superior de Cuentas en 2018; la limitación de incautación de bienes a delitos relacionados con el narcotráfico, y no

ello llevó a que las negociaciones entre el gobierno de Honduras y la OEA para la renovación del mandato de la MACCIH en 2019 se complicaran porque el gobierno de Hernández buscó reducir en la mayor medida posible los poderes atribuidos a la MACCIH mediante su Acuerdo con el Ministerio Público. De esta manera, Honduras rechazó continuar permitiendo que la MACCIH siguiera colaborando en las investigaciones conjuntas con la UFECIC, lo que la OEA consideró como una ausencia de voluntad del gobierno hondureño de continuar con las actuaciones anticorrupción; razón por la cual el mandato no fue finalmente prorrogado.

A la oposición generalizada del espectro político hondureño a colaborar con la MACCIH se unió también un apoyo más débil a la misma de la sociedad civil que en el caso de la CIGIC y una cultura democrática más herida por recientes regímenes golpistas. Además, por si esto fuera poco, la MACCIH sufrió también la ausencia de un apoyo internacional que fue debilitándose de manera constante desde el Convenio establecimiento de 2016. Así, si bien los EE.UU. fueron inicialmente un garante de la existencia de la lucha anticorrupción, que era considerada como un elemento de *nation-building* que fortalecería las instituciones locales y llevaría a una reducción en la migración hacia EE.UU., la nueva administración llegada al poder en EE.UU. en 2017 fue mucho más escéptica frente a estas herramientas, y buscó una negociación más directa y transaccional con el gobierno hondureño (Camilleri & Christie, 2020).

En cuanto al rol de la OEA en el destino de la MACCIH, conviene subrayar que la naturaleza de esta entidad como un régimen de “delegación de gobernanza” tenía cierto sentido al momento de su negociación, ya que estos modelos pueden ser eficientes para lograr la cooperación internacional, permitiendo un alto nivel de influencia internacional sin que el Estado vea comprometida su soberanía nacional (Matanock, 2014). Sin embargo, su insuficiente presupues-

otras formas de criminalidad organizada; revisión de la Ley de Fondos Sociales Departamentales de 2019; el auto-otorgamiento de inmunidades por el Congreso en 2019; el reporte negativo hacia el desempeño de la MACCIH, generalmente desmentido; y el nuevo Código Penal que destipificaba o reducía las penas de varios delitos relacionados con la corrupción.

to, la influencia de la OEA en su composición, su carácter eminentemente provisional y su falta de autonomía frente a la propia OEA (muy inferior a la disfrutada por la CIGIC frente a la ONU (Zamudio-González, 2020), todo ello fruto en gran medida de la mencionada naturaleza de la MACCIH, causó serios problemas en el desarrollo de sus actuaciones.

Particularmente graves fueron los problemas presupuestales de la MACCIH, debido a que los fondos para sus actuaciones dependían de la voluntad política de la OEA y del gobierno hondureño (Zamudio-González, 2021). Además, la OEA influyó en que su utilización fuera ineficiente al generar dificultades para que la MACCIH pudiera contratar personal en el terreno, mientras favorecía que se destinase una parte importante del presupuesto a mantener y reclutar personal para una oficina en Washington que solo tenía una relación tangencial con las obligaciones de la Misión (Call, 2021). Esto, unido a la falta de aportaciones del gobierno hondureño, acabó provocando que la MACCIH dependiera casi exclusivamente de donaciones voluntarias (en especial, aquellas del gobierno de EE.UU), que prácticamente desaparecieron durante la presidencia de Trump (Call, 2021).

A esto hay que unir las alegaciones de que el Secretario General de la OEA, Luis Almagro, utilizó la no renovación del mandato de la MACCIH como *quid pro quo* para conseguir su reelección (Navas, 2020; Radio Progreso, 2020). Con independencia de la veracidad de las mismas, lo cierto es que el conflicto interno entre Almagro y el Comisionado Jiménez Mayor (que llevó a la dimisión de este último), y el resto de las dificultades arriba mencionadas, muestran que la relación entre la OEA y la MACCIH fue una debilidad importante en su operación.

7.3. La CICIES

El desarrollo de la CICIES está íntimamente ligado al declive democrático enmarcado alrededor de la presidencia de Bukele, incluyendo la cooptación del poder judicial por parte del ejecutivo (BBC Mundo, 2021). De hecho, desde la misma creación de la CICIES se

observó una marcada ausencia de la voluntad de colaborar con la misma por las entidades estatales, y una cooptación de la entidad, supuestamente imparcial, adscribiéndola completamente a la supervisión del gobierno salvadoreño (Wolf, 2021). A esto se une el hecho de que ni siquiera en el Acuerdo Marco de colaboración entre la CICIES y la FGR quedó claro el alcance de las funciones independientes de la Comisión.

La CICIÉS se enfrentó también a profundas dificultades jurídicas para asegurar su transparencia e independencia desde su creación, especialmente considerando el hecho de que fue creada por un decreto ejecutivo de la Presidencia de la República (Morales, 2020). Esto supone que sus funciones se limitaban a aquellas, según la Constitución salvadoreña, podían ser delegadas por la Presidencia, por lo que CICIÉS no podía tener, en teoría, potestades jurisdiccionales como sí tenían la CICIG y la MACCIH (*Ídem.*). A esto hay que añadir que, al momento de su creación, hubo una amplia confusión en relación con las organizaciones internacionales que la supervisarían, porque, si bien el Acuerdo de creación fue suscrito con la OEA, Bukele solicitó en varios momentos el apoyo de la ONU, lo que generó gran confusión.

En este contexto, el Fiscal General Raúl Melara afirmó que la única entidad con capacidad para realizar investigaciones en El Salvador era la FGR, por lo que rechazó toda investigación independiente, o incluso compartida, de la CICIÉS en casos de corrupción. Como resultado, observadores internacionales como InsightCrime (2019) manifestaron su inconformidad al señalar que “[l]a CICIÉS de Bukele parece solo existir en el papel”.

En sus apenas año y medio de actuaciones, la CICIÉS, en contraste con los 120 casos de alto impacto y las 400 condenas de la CICIG, sólo ha podido colaborar con la FGR en tres casos: Hidroeléctrica El Chaparral, Asignación y Uso del Subsidio al Transporte Público de Pasajeros, y Adjudicación del Sistema Integrado de Transporte del Área Metropolitana de San Salvador (OEA, 2020). Su breve duración, sus limitaciones logísticas y presupuestarias y la falta de colaboración del gobierno salvadoreño con la CICIÉS, incluyendo la prohibición de entrada en el país de equipos internacionales debido

a la pandemia de Covid-19, son algunos de los principales factores que explican esta situación.

La CICIÉS presentó además 60 recomendaciones generales y 7 propuestas de reforma legislativa para fortalecer las instituciones nacionales en El Salvador, incluyendo las relativas a la Ley de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos, el Código Penal, el Código Procesal Penal, la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, la Ley del Fondo de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres (FOPROMID), la Ley de Ética Gubernamental y la Ley Especial de Extinción de Dominio y de Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita (OEA, 2021). Sin embargo, el gobierno salvadoreño no ha tenido en cuenta la gran mayoría de las recomendaciones y propuestas de reforma presentadas por la CICIÉS.

Ante esta situación, la sociedad civil salvadoreña trató de promover un mayor empoderamiento de la CICIÉS a comienzos del 2021, pues esta era percibida como una entidad débil, completamente adscrita al Ejecutivo por su naturaleza jurídica, y a la cual no se le querían delegar funciones por parte del gobierno salvadoreño. Así, se propuso ante la Asamblea Legislativa del Salvador un proyecto de ley que le hubiera atribuido nuevas facultades, asemejándola en cierta medida a la CIGIC (Acción Ciudadana et. al., 2021). Sin embargo, este proyecto no fue tenido inicialmente en cuenta por el Congreso, y fue olvidado tras la arrasadora victoria del Partido Nuevas Ideas el 28 de febrero de 2021, lo que favoreció el proceso de declive democrático y politización de la justicia en El Salvador, que se vio profundizado con la destitución en mayo de 2021 de la mayoría de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En este contexto, el gobierno de Bukele, debido supuestamente al nombramiento de un rival político (el exalcalde de San Salvador Ernesto Muyschondt del partido ARENA) como asesor del Secretario General de la OEA, denunció en junio de 2021 el Acuerdo de creación con la OEA, poniendo de esta manera fin a la CICIÉS (Sáez, 2022).

8. CONCLUSIONES: VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LAS COMISIONES Y MISIONES INTERNACIONALES COMO MECANISMOS DE RESPUESTA FRENTE A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL COT

8.1. *Frente a las jurisdicciones nacionales*

8.1.1. Ventajas

Las comisiones y misiones internacionales presentan ciertas ventajas en relación con las jurisdicciones nacionales con el fin de responder a la corrupción asociada al COT. En primer lugar, como han mostrado la CIGIC, la MACCIH y la CICIES, parecen contar con un amplio apoyo popular, puesto que la sociedad civil las ve como una herramienta central para luchar contra una justicia percibida como completamente cooptada por las maquinarias políticas de la corrupción. La anterior se refleja en las encuestas de opinión realizadas en Guatemala, Honduras y El Salvador, que muestran como la CIGIC, la MACCIH y la CICIES mantuvieron en todo momento un apoyo de entre el 75% y el 95% de la población (muy superior al de cualquier otra institución a nivel nacional). Este amplio apoyo popular implicó, además, la organización por la sociedad civil de movilizaciones públicas para proteger a las comisiones cuando se vieron amenazadas por el desarrollo de la política nacional.

En segundo lugar, la naturaleza internacional de la CIGIC, la MACCIH y la CICIES potencia su capacidad de hacer *lobby* ante los principales actores de la comunidad internacional a favor de la lucha contra la impunidad en los Estados afectados, lo que supone una ventaja muy significativa frente a los sistemas de justicia nacionales. Esto es especialmente importante en los casos en los que las comisiones estén respaldadas por gobiernos de terceros Estados y organizaciones internacionales con capacidad de ejercer presión sobre los gobiernos de los Estados donde desempeñan —por ejemplo, en el caso de la CIGIC y la MACCIH, la presión estadounidense fue fundamental para mantener la colaboración activa de los gobiernos nacionales, al menos hasta que la administración Trump les retiró el apoyo. De la misma manera, el respaldo internacional puede traducirse en una financiación al margen del Presupuesto General de los países afec-

tados, lo que favorece el sostenimiento de las comisiones sin dependencia de los mismos.

En tercer lugar, la naturaleza internacional de las comisiones les permite promover una cierta distancia entre los operadores judiciales y el sistema político nacional, cuyas estrechas relaciones constituyen sin duda uno de los obstáculos más importantes para la eficacia de las estrategias anticorrupción. Esto es más notorio en países como los centroamericanos donde la combinación de periodos extendidos de conflicto armado y la existencia de partidos políticos dominantes han provocado que los tentáculos de los partidos políticos lleguen a todos los ámbitos de la sociedad civil. De ahí, que una de las principales ventajas de las comisiones internacionales es que están conformadas, en gran medida, por personal y de financiación externa, evitando con ello su cooptación por los gobiernos nacionales de los países afectados.

Finalmente, como las comisiones internacionales no se encuentran tan vinculadas a los sistemas jurídicos y políticos de los Estados afectados, presentan también una mayor legitimación para: (a) promover nuevas instancias y formas de cooperación para superar los obstáculos a las estrategias anticorrupción; (b) presentar recomendaciones de nuevas políticas públicas y reformas institucionales; y (c) coordinar el diseño e implementación de las nuevas medidas contra la corrupción con las instituciones nacionales.

8.1.2. Desventajas

Las comisiones y misiones internacionales presentan también ciertas desventajas frente a las jurisdicciones nacionales como mecanismos de respuesta ante la corrupción asociada al COT. En primer lugar, a pesar de la independencia presupuestaria y operacional que la que pueden disfrutar según los Acuerdos que las crean, siguen siendo completamente dependientes de la voluntad soberana de los Estados al momento de su conformación y de su disolución. Así, los Acuerdos de creación de la CIGIC, la MACCIH y la CICIES presentan como condiciones de retiro y cierre de las comisiones la ausencia de voluntad del Estado, ya se deba a la falta de la cooperación y/o financiación acordada, ya sea por ausencia de acuerdo para prorrogar su

mandato (razón última del cierre de la CIGIC y la MACCIH). Incluso la denuncia del Acuerdo de creación puede terminar de forma súbita con la existencia de las comisiones, ocurrió con la CICIES en El Salvador. En consecuencia, las comisiones internacionales operan en un contexto de provisionalidad y gran vulnerabilidad, donde investigar a los miembros de los gobiernos de turno se convierte con frecuencia en algo peligroso para la continuidad de su existencia. Esto a pesar de que, en teoría, una de las principales fortalezas de las comisiones es su independencia de las entidades gubernamentales.

En segundo lugar, una desventaja importante de las comisiones internacionales es el hecho de que las facultades que les atribuyen los gobiernos nacionales pueden variar notablemente, por lo que no son necesariamente una garantía de lucha anticorrupción eficiente. Así, por ejemplo, la CIGIC ha disfrutado de amplias facultades de investigación y participación procesal, que no han sido compartidas ni por la MACCIH (al menos, en su etapa inicial), ni por la CICIES. En consecuencia, asumir que todas las comisiones internacionales van a tener un mismo potencial de lucha contra la corrupción es una conclusión errónea.

En este sentido, conviene subrayar que las competencias atribuidas a las comisiones internacionales dependen, en todo momento, del Estado anfitrión, por lo que es más que probable que los gobiernos nacionales que no estén genuinamente interesados en luchar contra la corrupción no les vayan a otorgar facultades suficientes. La existencia de este riesgo es evidente si tenemos en cuenta que una de las herramientas más eficaces del COT es la cooptación de las estructuras gubernamentales para facilitar sus acciones criminales y garantizar su impunidad (Heinrich, 2017). Incluso en los casos en los que el Acuerdo de creación haya atribuido a la comisión internacional poderes amplios y suficientes para investigar la corrupción asociada al COT, esto no garantiza que se mantendrán a lo largo de su mandato.

Finalmente, en tercer lugar, la propia finalidad de las comisiones internacionales no queda clara en muchos casos, lo que ocasionalmente puede ser un beneficio, acaba normalmente teniendo un impacto negativo en sus actuaciones. Así, cabe destacar, como la CIGIC se benefició de esta situación porque, si bien inició sus actuaciones

como una entidad dedicada a la persecución de los grupos delincuenciales organizados vinculados al conflicto armado (CIACS), con el paso del tiempo fue extendiendo sus competencias para convertirse en una herramienta indispensable en la lucha contra la corrupción en Guatemala. El caso contrario se puede observar en la CICIÉS y la MACCIH, que, a pesar de tener un amplio mandato, no disfrutaron nunca de las facultades necesarias para convertirse en una garantía contra la corrupción y la impunidad en sus respectivos países, lo que les impidió cumplir con su mandato. Esto, unido a la ausencia de un presupuesto suficiente y a las limitaciones impuestas por las autoridades hondureñas y salvadoreñas al personal que provenía de terceros países, condenó a estas comisiones a la irrelevancia.

8.2. Frente a los tribunales internacionales penales e híbridos

8.2.1. Ventajas

Las comisiones y misiones internacionales presentan ciertas ventajas frente otros mecanismos de aplicación del DIP para responder a la corrupción asociada al COT. En primer lugar, desde una perspectiva competencial, su mandato puede tener expresamente una naturaleza anticorrupción, lo que no es normalmente el caso con los TIPS (ya sean de ámbito universal o regional) y los THs.

En segundo lugar, incluso en los casos en los que las comisiones internacionales no fueron verdaderamente efectivas para abordar las prácticas corruptas, fueron innegablemente mucho más prolíficas en sus procedimientos e investigaciones que la gran mayoría de los TIPS y los THs. Así, en apenas 13 años, la CIGIC logró que se completaran 120 macro casos que dieron lugar a más de 400 condenas. Esto demuestra una efectividad notablemente más elevada que la que caracteriza a los mencionados tribunales, que por lo general limitan sus actuaciones a un pequeño grupo de máximos responsables en las distintas situaciones de crisis de las que conocen.

En tercer lugar, las comisiones y misiones internacionales favorecen la implementación de estrategias multidimensionales para luchar contra la corrupción asociada al COT. Esto se debe a las facultades que generalmente les son atribuidas para formular recomendacio-

nes de reformas legislativas, diseñar programas de entrenamiento de agentes estatales y no estatales y fomentar la adopción de medidas para fortalecer la independencia judicial y el estado de derecho.

En cuarto lugar, la comisiones y misiones internacionales realizan sus actuaciones de manera mucho más cercana a las poblaciones nacionales afectadas, con las que tienen muchas más posibilidades de interactuar que los TIPs o los THs. De hecho, sus facultades para entrar en diálogo y fomentar la concienciación de la población sobre los distintos tipos de prácticas corruptas y los daños que generan constituyen una parte importante de sus estrategias anticorrupción. Esto les permite además recurrir a la sociedad civil y la opinión pública como aliados de primer nivel para superar las resistencias institucionales a sus actuaciones, lo que en momentos especialmente críticos puede redundar en importantes movilizaciones sociales en su favor.

Finalmente, las comisiones y misiones internacionales operan, sin duda, con un presupuesto significativamente más limitado que el que es necesario para hacer operativos a los TIPs y a los THs. De esta manera, la CIGIC pudo operar con un coste aproximado de 1,5 millones de dólares anuales, lo que supone la mitad del gasto anual de las SETC, un tercio en relación con el TESL y cincuenta veces menos que el TPIY, el TPIR y la CPI (Reus & Zamora, 2018).

8.2.2. Desventajas

Las comisiones y misiones internacionales presentan también ciertas desventajas frente a los TIPs y los THs. Así, en primer lugar, el ejercicio de las facultades que se les atribuyen depende en todo momento del Estado anfitrión. En este sentido, los casos de la MAC-CIH y la CICLES demuestran como el Estado anfitrión, a pesar de haber firmado acuerdos con organizaciones internacionales para su establecimiento, conserva en última instancia la capacidad de obstaculizar sus actuaciones, pudiendo incluso privarlas *de facto* de sus facultades de investigación.

En segundo lugar, la necesidad de que el Estado anfitrión acceda a renovar periódicamente el mandato y facultades de las comisiones

y misiones internacionales las coloca en una situación de gran vulnerabilidad, y supone sin duda un obstáculo para investigar los casos de infiltración del COT en las instituciones estatales, sobre todo si afecta, como hemos visto en los casos de la CIGIG y la MACCIH, a las más altas autoridades del Estado. Esto significa, en última instancia, que el nivel de dependencia real de las comisiones y misiones internacionales de los gobiernos de turno en los Estados anfitriones es mucho mayor que lo que sucede en relación con los TIPs (en el caso de los THs, el nivel de injerencia de los gobiernos de los Estados afectados puede ser también, en ocasiones, muy importante, como lo refleja la situación en las SETC). El caso de la CIGIG, que, tras disfrutar inicialmente de facultades suficientes para garantizar el cumplimiento de su mandato, fue desmantelada en apenas dos años, deshaciendo más de una década de colaboración con las instituciones guatemaltecas, a raíz de las investigaciones iniciadas en 2017 contra el entorno del entonces presidente Jimmy Morales, es un buen ejemplo de esta situación.

En tercer lugar, el hecho de que la financiación de las comisiones y misiones internacionales dependa parcialmente del Estado anfitrión refuerza la dependencia de las mismas de este último, problema que, si bien no existe en los TIPs, se ha observado también en algunos THs, como el Tribunal Especial para El Líbano, cuyo funcionamiento ha tenido que suspenderse por el incumplimiento del Estado anfitrión con sus obligaciones financieras. Así mismo, como muestran los casos de la CIGIG y la MACCIH, este tipo de situaciones hace que las donaciones voluntarias de terceros Estados y organizaciones internacionales se vuelvan imprescindibles, lo que las coloca en una situación de constante provisionalidad y precariedad, que con el paso del tiempo se hace cada vez más difícil (además de hacerlas muy vulnerables a los cambios de gobierno en los países donantes, como le sucedió a la CIGIG con la llegada de Trump al poder en los EE.UU).

Finalmente, si bien el respaldo de las organizaciones de ámbito universal o regional que firman los acuerdos de creación de las comisiones y misiones internacionales con los gobiernos de los Estados anfitriones tiende, por regla general, a favorecer su trabajo, no es menos cierto que como hemos visto con la OEA en relación con la MACCIH y la CICLES este no es siempre el caso. Los desencuentros, e

incluso disputas, pueden ocurrir, en particular, tanto en relación con cuestiones presupuestarias (sobre todo si los Estados anfitriones no cumplen con su compromiso de financiación), como con respecto a las modalidades de cooperación si estas no están adecuadamente regladas. Especialmente grave ha sido en este sentido la disputa entre el Secretario General de la OEA y el primer Comisionado de la MAC-CIH sobre quien era el máximo responsable de esta última, cuestión que hasta ahora no se ha presentado con tanta crudeza en ninguno de los TIPs y THs establecidos hasta el momento.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Althoff, A. (2021). “Donald Trump y Jimmy Morales: entrelazamientos de política transnacional y religión”. En: *Ciencias Sociales Y Religión/Ciências Sociais E Religião*. Vol. 23 (00).
- Andrade, S.N. (2022). “Institucionalización de políticas anticorrupción a través del apoyo de misiones internacionales”. En: *OPERA*. Vol. 30, p. 197-213.
- Angelo, P. (6 de febrero de 2020). “Why Can’t Central America Curb Corruption?” En: *Council of Foreign Relations*. <https://www.cfr.org/in-brief/why-cant-central-america-curb-corruption>
- Calderón Boy, A.M. (2021). “The Mission to Support the Fight against Corruption and Impunity in Honduras (MACCIH) and its new integrated criminal investigation model”. En: Pozsgai-Alvarez, J. (2022). *The Politics of Anti-Corruption Agencies in Latin America*. Abingdon: Routledge.
- Call, C. (2019). “International Anti-Impunity Missions in Guatemala and Honduras: What Lessons for El Salvador?” En: *CLALS Working Papers*. Vol. 21.
- Call, C. (2020). “Un éxito fugaz: El legado de la Misión internacional contra la corrupción en Honduras”. En: *CLALS Working Papers*. Vol. 27. P. 26.
- Call, C. (2021). “Ten key lessons from the OAS mission in support of the fight against corruption and impunity in Honduras”. En: Pozsgai-Alvarez, J. (2022). *The Politics of Anti-Corruption Agencies in Latin America*. Abingdon: Routledge.

- Call, C. & Hallock, J. (2020). "Too Much Success? The Legacy and Lessons of the International Commission Against Impunity in Guatemala". En: *CLALS Working Paper Series*. Vol. 24.
- Calvert, E. (2019). "La Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG): dilemas tras 12 años de actuación". En: *Documentos de Trabajo Fundación Carolina*. Vol. 6/2019.
- CESPAD. (2019). "En medio de una percepción apocalíptica de la corrupción, la ciudadanía hondureña apuesta a la continuidad de la MACCIH. Primera encuesta de percepción sobre corrupción y el papel de la MACCIH para combatirla". <http://cespad.org.hn/wp-content/uploads/2019/11/Doc-MACCIH-WEB.pdf>
- CESPAD. (2019). "La condena de la Primera Dama: un caso que evidencia lo que ocurre cuando se está fuera de las élites de poder en Honduras". <http://cespad.org.hn/wp-content/uploads/2020/01/Documento-CAJA-CHICA-WEB.pdf>
- Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas para Asia y el Pacífico. (s.f.) "What is Good Governance?" <https://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>
- Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala. (1999). "Informe 'Guatemala: memoria del silencio'".
- Cruz, J. M. & Vega, A. M. (2004). "La percepción sobre la corrupción en las instituciones de El Salvador. Los ciudadanos hablan sobre la corrupción". El Salvador: IUDOP. <http://www.uca.edu.sv/publica/iu-dop/Web/2004/hablan.pdf>
- Erbsen, K. & Barahona, M.A. (2010). "Guatemala: Danzando con las crisis económica y política". En: *Revista de Ciencia Política*. Vol. 30 (2), p. 335-360.
- Flores, W. (2019). "Youth-Led Anti-Corruption Movement in Post-Conflict Guatemala: 'Weaving the Future'?" En: Joshi, A. (Ed) "Accountability Amidst Fragility, Conflict, and Violence: Learning from Recent Cases". *IDS Bulletin*. Vol. 50 (3). Brighton: IDS.
- Flores, W. & Rivers, M. (2020). *Curbing Corruption after Conflict: Anticorruption Mobilization in Guatemala*. US Institute of Peace.
- Fondo Monetario Internacional, World Economic Outlook Database. (2021). "Report for Selected Countries and Subjects". <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/weo-database/2021/October/weo-report>
- Fundación para el Debido Proceso (2016). *La lucha contra la impunidad desde el derecho internacional. Reflexiones a partir de las experiencias heterodoxas en*

- Latinoamérica: La CICIG en Guatemala, la MACCIH en Honduras y el GIEI en México.* Washington, D.C.: FDP.
- Granowsky-Larsen, S. (2018). *La CICIACS: Defensores de Derechos Humanos y el Estado de Derecho en la Pos-Guerra.* Londres: Oxfam, Grupo de Apoyo Mutuo.
- Hallock, J. (2021). “Unprecedented success and entrenched opposition: The complicated legacy of the International Commission against Impunity in Guatemala”. En: Pozsgai-Alvarez, J. (2022). *The Politics of Anti-Corruption Agencies in Latin America.* Abingdon: Routledge.
- Heinrich, F. (2017). “Corruption and Inequality: How Populists Mislead People”. Berlín: Transparency International. <https://www.transparency.org/en/news/corruption-and-inequality-how-populists-mislead-people>
- Impunity Watch. (2008). *Reconociendo el pasado: desafíos para combatir la impunidad en Guatemala.* Guatemala: Impunity Watch.
- Indacochea, Ú. & Estrada, J. (2021) “The illusion of CICIACS in El Salvador.” En: Pozsgai-Alvarez, J. (2022). *The Politics of Anti-Corruption Agencies in Latin America.* Abingdon: Routledge.
- International Crisis Group (ICG). (2016). “Crutch to Catalyst? The International Commission Against Impunity in Guatemala”. *Latin America Report.* Vol. 56.
- Cruz, J.M. (2015). “The Root Causes of the Central American Crisis. *Current History.* Vol. 769.
- Khan, M. (2012). “Beyond Good Governance: An Agenda for Developmental Governance”. En: Sundaram, J.K. & Chowdhury, A. (eds.) *Is Good Governance Good for Development?* Londres: Bloomsbury Academic, p. 151-182.
- Long, T. (2021). “From Trump to Biden in Latin America”. *NACLA Report on the Americas.* Vol. 53(2), pp. 121-126.
- Man-Wai, T. (2013). “Investigation of Corruption”. En: *Resource Materials Series,* Vol. 89.
- Matanock, A. (2014). “Governance Delegation Agreements: Shared Sovereignty as a Substitute for Limited Statehood”. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions.* Vol. 27 (4), pp. 589–612.
- Morales, J.H. (2020). “El Salvador”. En: Olasolo, H. & Buitrago, E., Mané, C. & Sánchez-Sarmiento, A. (eds.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano.* Volumen 12 de la Colección Perspectiva Ibero-Americanas sobre la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para

- la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores.
- Navas, A. (2020). *La salida de la MACCIH de Honduras. La deformación de la institucionalidad por la corrupción*. Tegucigalpa: Friedrich Ebert Stiftung.
- Organización de Estados Americanos. (s.f.). *Gobernabilidad*. <http://www.oas.org/es/temas/gobernabilidad.asp>
- Pallister, K. (2017). "Guatemala: la lucha por la rendición de cuentas y el Estado de derecho". En: *Revista Ciencia Política*. Vol. 37 (2).
- Pring, C. & Vrush, J. (2019). "Global Corruption Barometer: Latin America & the Caribbean 2019. Citizens' Views and Experiences of Corruption". https://images.transparencycdn.org/images/2019_GCB_LatinAmerica_Caribbean_Full_Report_200409_091428.pdf
- Ribando, C. (2010). "Mérida Initiative for Mexico and Central America: Funding and Policy Issues". En: *Congressional Research Service*.
- Rosal, R. L. (2012). "Escenarios de fragilidad política, balance político. Guatemala, 2010-2011". En: *Universidad Rafael Landívar, Revista de Ciencia Política*, Vol. 32 (1). pp.171-191.
- Rosen, J. (2021). "Corruption, Crime and Gangs in Central America: Understanding the Root Causes". En: *Small Wars Journal*. <https://smallwarjournal.com/jrnl/art/corruption-crime-and-gangs-central-america-understanding-root-causes>
- Reus, L. & Zamora, M. (2020). "La Comisión Internacional Contra La Impunidad En Guatemala En La Lucha Contra La Corrupción Asociada Al Crimen Organizado Transnacional". En: Olasolo, H. & Buitrago, E., Mané, C. & Sánchez-Sarmiento, A. (eds.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Volumen 12 de la Colección Perspectiva Ibero-Americanas sobre la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores.
- Reus, L. & Zamora, M. (2018) "Alcances y limitaciones de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala". Olasolo, H., Buitrago, N.E., Bonilla, V. & Canosa, J. (2018). Alcance y limitaciones de la justicia internacional. Volumen 4 de la Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional / Instituto Joaquín Herrera Flores.
- Roche, M. (2022). Democracy Behind Bars: Guatemalan Prisons. En: *The Internationalist*. Vol. 76.

- Ruhl, J. M. (2011). "Guatemala: A Failing State?". En: *Western Hemisphere Security Analysis Center*. Vol. 12.
- Sáez, M. A. (2022). "América Latina 2020-2021: votos y jueces en tiempos de pandemia". En: *Revista Euro Latinoamericana de Análisis Social y Político*. Vol. 2 (3), p. 29-43.
- Seligson, M. (2001). "Gobernabilidad y Transparencia en Honduras después del Huracán Mitch: Un Estudio de Opinión Ciudadana". En: *LAPOP*. <https://www.vanderbilt.edu/lapop/honduras/2001-mitch-spanish.pdf>
- Stanley, W. (2013). *Enabling Peace in Guatemala. The Story of Minugua*. Colorado: Lynne Rienner Publishers.
- Stuart, R., Álvarez, R.A., Baird, P.B., Estrada, A., Gauronski, T.V. & Sarmiento Prieto, J.P. (2003). *Las tormentas del 98: Huracanes Georges y Mitch: Impacto, respuesta institucional y política de desastre en tres países*. University of Colorado: Boulder. www.disaster-info.net/lideres/spanish/mexico/biblio/spa/doc13932/doc13932.htm
- Tábora, E. & Oliva, K. (2021). *Los pactos de Impunidad para proteger la impunidad en Honduras*. Tegucigalpa: BJP/CESPAD.
- Torres, E. (2015). "Guatemala: la corrupción como crisis de gobierno". En: *Nueva Sociedad*. Vol. 257.
- Weld, K. (2016). "CICIG and its Contradictions". En: *NACLA Report on the Americas*. Vol. 48(1), p. 4-7.
- Wolf, M. (2014). "The Case for an International Anti-Corruption Court". En: *Governance Studies & World Forum on Governance*. <https://www.brookings.edu/research/the-case-for-an-international-anti-corruption-court/>
- Wolf, S. (2021). "A Populist President Tests El Salvador's Democracy". En: *Current History*. Vol. 120 (823), p. 64-70.
- Zamudio-González, L. (2018). "La comisión internacional contra la impunidad en Guatemala (CICIG). Una organización autodirigida". En: *Foro Internacional*. Vol. 58 (3).
- Zamudio-González, L. (2020). *International Intervention Instruments against Corruption in Central America*. Cham: Palgrave-Macmillan.
- Zamudio-González, L. (2021). The role of the United Nations and the Organization of American States in delegation of governance agreements: The case of hybrid anti-corruption agencies in Central America. En: Pozsgai-Alvarez, J. (2022). *The Politics of Anti-Corruption Agencies in Latin America*. Abingdon: Routledge.
- Zamora, M. (2018). Institutional inoculation: "The International Commission Against Impunity in Guatemala (CICIG), international rule of law

mechanisms, and creating institutional legitimacy in post-conflict societies". En: *Columbia Journal of Transnational Law*. Vol. 57, p. 535 et. seq.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Bukele, N. (2019). Plan Cuscatlán, Transparencia y Anticorrupción. https://plancuscatlan.com/documentos/plancuscatlan_transparencia_y_anticorrupcion.pdf
- CICIG. (2008a). Convenio Bilateral de Cooperación entre la Superintendencia de Administración Tributaria y la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala - CICIG. <https://www.cicig.org/wp-content/uploads/documents/convenios/sat-cicig.pdf>
- CICIG. (2008b). Convenio Bilateral de Cooperación entre el Ministerio de Gobernación y la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala - CICIG. <https://www.cicig.org/wp-content/uploads/documents/convenios/mg-cicig.pdf>
- CICIG. (2008c). Convenio de Cooperación Bilateral entre el Ministerio Público y la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala. <https://www.cicig.org/wp-content/uploads/documents/convenios/mp-cicig.pdf>
- CICIG. (2008d). Convenio de Colaboración entre la Secretaría de Obras Sociales de la Esposa del Presidente (SOSEP), la Defensoría de la Mujer Indígena (DEMI), la Secretaría Presidencial de la Mujer (SEPREM) y la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG). <https://www.cicig.org/wp-content/uploads/documents/convenios/sosep-sepremi-demi-cicig.pdf>
- CICIG. (2009a). Convenio de cooperación entre la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) Para la Realización de Estudios a Favor de la Niñez y Adolescencia. <https://www.cicig.org/wp-content/uploads/documents/convenios/unicef-cicig.pdf>
- CICIG. (2009b). Carta de entendimiento entre la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) y el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM). <https://www.cicig.org/wp-content/uploads/documents/convenios/unifem-cicig.pdf>
- CICIG (2010). Convenio de Cooperación entre la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG). <https://www.cicig.org/wp-content/uploads/documents/convenios/unodc-cicig.pdf>

- CICIG. (2011a). Convenio Administrativo de Cooperación Interinstitucional entre la Superintendencia de Bancos (SIB) y la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG). <https://www.cicig.org/wp-content/uploads/documents/convenios/COM-060-20111104-DOC01-ES.pdf>
- CICIG. (2011b). Convenio de Cooperación Bilateral entre la Contraloría General de Cuentas y la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala - CICIG-. <https://www.cicig.org/wp-content/uploads/documents/convenios/contraloria-cicig.pdf>
- CICIG. (2011c). Ex presidente Alfonso Portillo enfrenta a la justicia, CICIG. <https://perma.cc/PH9E-75NM>
- CICIG. (2013). Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional entre el Ministerio Público, la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala y el Registro General de la Propiedad. <https://www.cicig.org/wp-content/uploads/documents/convenios/rgp-mp-cicig.pdf>
- CICIG. (2012). “Mandato: Acuerdo de creación de la CICIG”. <https://web.archive.org/web/20120319180014/http://cicig.org/index.php?page=mandato>
- CICIG. (2018). Carta de Entendimiento Interinstitucional entre el Tribunal Supremo Electoral y la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala. <https://www.cicig.org/wp-content/uploads/2018/08/ConvenioTSE-CICIG.pdf>
- OEA. (2017). Mecanismo Interinstitucional de cooperación bilateral entre el Ministerio Público de la República de Honduras y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos a través de la Misión de Apoyo contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras (MACCIH - OEA). www.oas.org/es/sap/dsdme/maccih/new/docs/Acuerdo-Ministerio-Publico-MACCIH-creacion-Unidad-Fiscal-Especial-contra-Impunidad-y-Corrupcion.pdf
- CICIG. (2015). Financiamiento de la política en Guatemala. https://www.cicig.org/uploads/documents/2015/informe_financiamiento_politicagt.pdf
- CICIG. (2016). Presidente Jimmy Morales solicita a la ONU prórroga de dos años para la CICIG. <https://www.cicig.org/comunicados-2016-c/presidente-jimmy-morales-solicita-a-la-onu-prorroga-de-dos-anos-para-la-cicig/>
- CICIG. (2018). Caso El Estado como Botín: Registro General de la Propiedad. <https://www.cicig.org/casos/caso-el-estado-como-botin-registro-general-de-la-propiedad/>

- CICIG. (2016a). Caso La Cooperacha. CICIG. <https://perma.cc/6HDS-3M6L>; CICIG. (2017, 17 de mayo). Condenan al Exministro de Gobernación y Otras 17 Personas en Caso Patrullas (Fase 2). CICIG. <https://perma.cc/2DWR-5FD7>
- CICIG. (2016b). Caso Plazas Fantasma: Ligados a Proceso Exdiputados del Congreso. CICIG. <https://perma.cc/WJ5K-77WN>
- CICIG. (2017a). Ampliación: Ligan a Proceso y Envían a Prisión Preventiva al Diputado Roberto Kestler. CICIG. <https://perma.cc/MM7X-F4ET>
- CICIG. (2017b). Ligan A Proceso a 17 Sindicados en Caso Corrupción Municipalidades. CICIG. <https://perma.cc/RL5J-59RR>
- CICIG. (2017c). Capturan a la Magistrada Blanca Stalling Dávila. CICIG. <https://perma.cc/B9VZ-WGMB>
- CICIG. (2017d). Caso La Línea: A Juicio Expresidente Otto Pérez y Exvicepresidenta Roxana Baldetti. CICIG. <https://perma.cc/C7HM-GLVJ>
- CICIG. (2018a). Caso Financiamiento Electoral Ilícito FCN-Nación. <https://www.cicig.org/casos/caso-financiamiento-electoral-ilicito-fcn-c/>
- CICIG. (2019a). Informe de cierre: El legado de justicia en Guatemala. https://www.cicig.org/wp-content/uploads/2019/08/InformeLegado-Justicia_SI.pdf
- CICIG. (2019b). Encuesta prodatos: 72% de la población guatemalteca apoya labor de la CICIG. <https://www.cicig.org/apoyo-ciudadano/poblacion-guatemalteca-apoya-labor-de-la-cicig/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1999). Informe N° 31/99, Caso Masacre de Plan de Sánchez, Guatemala. www.cidh.org/annualrep/98span/admisibilidad/guatemala11.763.htm
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Caso López Lone y Otros vs. Honduras. Sentencia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_302_esp.pdf
- Foprideh (2007). Informe Corrupción y Debilitamiento Institucional: Amenazas a la Democracia. <https://foprideh.org/documentos/pdf/Libros/III%20INFORME%20DE%20CORRUPCION%20EN%20HONDURAS.pdf>
- OEA. (2018). Acuerdo entre el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública de El Salvador y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. www.oas.org/documents/spa/press/Convenio-MJSP-CICIES0001.pdf

- OEA (2019a). Acuerdo de cooperación entre Corte Suprema de El Salvador y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. www.oas.org/documents/spa/press/Convenio-CSJ-CICIES0001.pdf
- OEA (2019b). “Convenio de Cooperación Técnica y de Fortalecimiento Institucional para el Combate a la Corrupción y la Impunidad”. Suscrito por el Fiscal General de la República y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. www.oas.org/documents/spa/press/CICIES-Acuerdo-Fiscalia-General.pdf
- OEA & MACCIH. (2016). Primer Informe Semestral - MACCIH. <https://www.oas.org/documents/spa/press/Primer-Informe-Semestral-MACCIH.PDF>
- OEA. (2020a). Comunicado de la Secretaría General de la OEA sobre finalización de la MACCIH. https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-003/20
- OEA. (2020b). Statement of the OAS General Secretariat on the Conclusion of the MACCIH. https://www.oas.org/en/media_center/press_release.asp?sCodigo=E-003/20
- OEA. (2021a). CICIES de la OEA propone al Gobierno de El Salvador reformas legales y recomendaciones para el fortalecimiento institucional en la lucha contra la corrupción e impunidad. https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-028/21
- OEA. (2021b). Comunicado de la Secretaría General de la OEA sobre CICIES. https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-059/21
- OEA. (2020c). Comisión Internacional Contra la Impunidad en El Salvador (CICIES) - Resumen. <https://www.oas.org/es/sap/dsdme/cicies/docs/Resumen-CICIES-Junio-2020-ACTUALIZADO.pdf>
- OEA. (s.f.). Resumen de la Comisión Internacional contra la Impunidad de El Salvador. <http://www.oas.org/es/sap/dsdme/cicies/docs/Resumen-CICIES-Junio-2020-ACTUALIZADO.pdf>
- OEA. (s.f.b.). Sobre la MACCIH - Líneas de acción. <https://www.oas.org/es/sap/dsdme/maccih/sobre/lineas.default.asp>
- Transparencia Internacional, (13 de junio de 2012), Runaway Bay Declaration: Towards Curbing Corruption in the Americas. <https://www.transparency.org/en/press/2012-06-13-runaway-bay-declaration-towards-curbing-corruption>
- Transparency International. (2020). “Corruption Perceptions Index”. <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/hti>

Prensa

- AP. (3 de noviembre de 2021). El Salvador: Otra Condena contra el expresidente Tony Saca. Accedido desde: <https://apnews.com/article/8f50256a4ef9b45713c7a3a69db8b4f7>
- Bargent, J. (8 de marzo de 2017). Narcotraficante de Honduras dice que expresidente aceptó sus sobornos. InSight Crime. <https://es.insightcrime.org/noticias/noticias-del-dia/narcotraficante-honduras-dice-expresidente-acepto-sobornos/>
- Barreto, B. (2015, 11 de jun.). Ocho casos y siete empresas que se beneficiaron de “La Linea”. Plaza Pública. <https://perma.cc/M2QE-U2BK>
- Barrientos, M., Sánchez, G. & Pocón, R. (2017, 11 de sep.). Capturan 178 Presuntos Extorsionistas Durante Operativo. Prensa Libre. <https://perma.cc/PUR2-YZVT>
- BBC Mundo. (19 de junio de 2015). El escándalo que llevó al ejército a controlar los medicamentos en Honduras. BBC. Accedido en https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/06/150619_america_latina_salud_honduras_corrupcion_militares_amv
- BBC Mundo. (29 de agosto de 2019). La Cicig se despidе de Guatemala: el contundente informe final de la comisión que describe una corrupción enquistada en el Estado. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-49517442>
- BBC Mundo. (29 de noviembre de 2017). La Justicia de El Salvador condena al expresidente Mauricio Funes a restituir “bienes ilegítimos” adquiridos durante su gobierno y lo inhabilita por 10 años. BBC. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-42162057>
- BBC Mundo. (3 de mayo de 2021). La Asamblea de Bukele destituye a los jueces del Constitucional: qué supone para El Salvador la acción del nuevo congreso. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-56974280>
- BBC Mundo. (4 de junio de 2015a). El presidente de Honduras reconoce financiación fraudulenta. BBC. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/06/150604_honduras_presidente_hernandez_reconoce_financiacion_fraudulenta_corrupcion_lv
- Calderón, B. & Hernández, F. (2019). Ex fiscal general Douglas Meléndez es absuelto de cuatro delitos. La Prensa Gráfica. <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Ex-fiscal-general-Douglas-Melendez-es-absuelto-de-cuatro-delitos-20191008-0419.html>
- Camilleri, M. & Christie, C. (30 de enero de 2020). How the ‘Art of the Deal’ Hurt Latin America’s Corruption Fight. En *Americas Quarterly*,

- <https://www.americasquarterly.org/article/how-the-art-of-the-deal-hurt-latin-americas-corruption-fight/>
- Carreño, J. (8 de septiembre de 2007). Revelan en EU presunto fraude en Honduras. El Universal: <https://archivo.eluniversal.com.mx/internacional/55366.html>
- CNN Español (7 de enero de 2019). Jimmy Morales termina el acuerdo de Guatemala con la CICIIG. <https://cnnespanol.cnn.com/2019/01/07/jimmy-morales-termina-el-acuerdo-de-guatemala-con-la-cicig/>
- Contreras, G. (1 de noviembre de 2015). El 95% de la población aprueba a la CICIIG. PrensaLibre. <https://www.prensalibre.com/guatemala/el-95-de-la-poblacion-aprueba-a-la-cicig/>
- Dalton, J. J. (3 de diciembre de 2015). Francisco Flores, primer expresidente salvadoreño juzgado por corrupción. El País. San Salvador. https://el-pais.com/internacional/2015/12/04/actualidad/1449192938_083318.html
- Delcid, M. (18 de mayo de 2021). Bukele rechaza lista de EEUU con políticos salvadoreños vinculados a casos de corrupción. CNN en Español, <https://cnnespanol.cnn.com/2021/05/18/bukele-rechaza-lista-departamento-de-estado-corrupcion-orix/>
- Deutsche Welle. (11 de marzo de 2021). Excapo de la droga dice que sobornó al presidente Orlando Hernández y a Zelaya. <https://www.dw.com/es/excapo-de-la-droga-dice-que-sobornó-al-presidente-orlando-hernández-y-a-zelaya/a-56843973>
- Deutsche Welle. (30 de julio de 2021a). Nicaragua nacionaliza a Sánchez Cerén, prófugo de la justicia salvadoreña. <https://www.dw.com/es/nicaragua-nacionaliza-a-sánchez-cerén-prófugo-de-la-justicia-salvadoreña/a-58710203>
- Deutsche Welle. (4 de junio de 2021b). El Salvador: Fiscalía finaliza acuerdo con CICIIG de la OEA. <https://www.dw.com/es/el-salvador-fiscalía-finaliza-acuerdo-con-cicig-de-la-oea/a-57785187>
- The Economist, EIU. (Febrero 9, 2022). “A new low for global democracy”. Democracy Index. Disponible en: <https://www.economist.com/graphic-detail/2022/02/09/a-new-low-for-global-democracy>
- El Comercio. (30 de septiembre de 2009). Micheletti: sacamos a Zelaya por su izquierdismo y corrupción. <https://www.elcomercio.com/actualidad/micheletti-sacamos-zelaya-izquierdismo-y.html>
- El Espectador. (20 de junio de 2015). Hospitales de Honduras militarizados tras escándalo que envuelve al Presidente. <https://www.elespectador.com>

- com/mundo/mas-paises/hospitales-de-honduras-militarizados-tras-es-candalo-que-envuelve-al-presidente-article-567407/
- El Periódico (25 de agosto de 2017), WP y CICIG piden antejuicio contra el presidente Morales, El Periódico. <https://perma.cc/KT8P-FBW2>
- Elías, J. & Meléndez, J. (14 de junio de 2015). Una ola de protestas sacude los gobiernos de Honduras y Guatemala. El País. https://elpais.com/internacional/2015/06/14/actualidad/1434303266_370487.html
- Flores, A. (25 de enero de 2018). Maccih denuncia pacto de impunidad en el Congreso Nacional para blindar la corrupción. La Prensa, Tegucigalpa. <https://www.laprensa.hn/honduras/maccih-denuncia-pacto-impunidad-congreso-blindar-corrupcion-FALP1146210>
- Freedom House (2022). "Guatemala". Freedom in the World Index. Disponible en: <https://freedomhouse.org/country/guatemala/freedom-world/2022>
- Hernández, N., Alas, L. & López, J. (9 de diciembre de 2018). Expresidente Antonio Saca fue condenado a 10 años de cárcel. El Salvador. <https://historico.elsalvador.com/historico/517946/expresidente-antonio-saca-fue-condenado-a-10-anos-de-carcel.html>
- Hesson T. & Spetalnick, M. (2021, 22 de abril). U.S. weights anti-graft task force for Central America. Reuters. <https://www.reuters.com/world/americas/us-weighting-anti-corruption-task-force-central-america-en-voy-2021-04-22/>
- InSight Crime. (17 de octubre de 2019). La CICIÉS de Bukele en El Salvador parece solo existir en el papel. <https://es.insightcrime.org/noticias/analisis/cicies-bukele-el-salvador-papel/>
- Morales Rodas, S. (14 de agosto de 2019). Guatemaltecos desaprueban gestión de Jimmy Morales. Prensa Libre, Guatemala. <https://www.prensa-libre.com/guatemala/politica/guatemaltecos-desaprueban-gestion-de-jimmy-morales/>
- Noticias ONU. (2018). Guterres destaca la importante labor de la CICIG, pese a la no renovación de su mandato. <https://news.un.org/es/story/2018/08/1440822>
- Olson, J. & Olson, E. L. (2021). "Hopelessness and Corruption: Overlooked Drivers of Migration from the Northern Triangle of Central America" Jack Gordon Institute Research Publications. 36. https://digitalcommons.fiu.edu/jgi_research/36
- Orozco, A. (16 de octubre de 2018). Presidente Jimmy Morales reitera que no es corrupto ni ladrón. Prensa Libre. Accedido en <https://www.pren>

- salibre.com/guatemala/politica/presidente-jimmy-morales-pide-al-tse-que-sea-supremo-para-el-proceso-electoral-2019/
- Ortiz, Ó. (24 de febrero de 2021), Honduras reacciona a señalamientos de corrupción por parte de EE.UU. *Voz de América*, https://www.vozdeamerica.com/a/centroamerica_honduras-reacciona-senalamientos-de-corrupcion-eeuu/6071843.html
- Oxford Analytica (2022), “Guatemala corruption claims will strain US relations”, *Expert Briefings*. <https://doi.org/10.1108/OXAN-DB267714>
- Palencia, G. (3 de junio de 2015). Presidente Honduras admite que su campaña recibió fondos vinculados a corrupción. *Reuters*. <https://www.reuters.com/article/latinoamerica-delito-honduras-presidente-idLTAKB-N0OJ21520150604>
- Prensa Libre. (2017a). Gobierno se queja ante ONU de Velásquez y pide que CICIG se limite a su mandato. *Guatemala*. <https://www.prensalibre.com/guatemala/politica/jimmy-morales-se-reune-con-el-secretario-general-de-la-onu-en-nueva-york/>
- Prensa Libre. (2017b). Presidente Jimmy Morales declara «non grato» a Iván Velásquez y ordena su expulsión. *Guatemala*. <https://www.prensalibre.com/guatemala/politica/jimmy-morales-declara-non-grato-a-ivan-velasquez/>
- Presidencia de Ecuador. (2019, 13 de mayo). Gobierno nacional crea comisión de expertos internacionales para la lucha contra la corrupción. <https://www.presidencia.gob.ec/gobierno-nacional-crea-comision-de-expertos-internacionales-para-la-lucha-contrala-corrupcion/>
- Radio Progreso (3 de enero de 2020). «A cambio del voto de Honduras para reelección en la OEA, se negocia el futuro de la MACCIH». Disponible en: <https://wp.radioprogressohn.net/a-cambio-del-voto-de-honduras-para-reeleccion-en-la-oea-se-negocia-el-futuro-de-la-maccih/>
- Ríos, R. (2017, 8 de ago.). MP y CICIG piden juicio en caso Bufete de la Impunidad, *El Periódico*. <https://perma.cc/U8RW-3M8U>
- Robbins, S. y Silva Ávalos, H. (20 de enero de 2021). No Time to Wait: Biden’s Security Challenges in Central America. *InSight Crime*. Disponible en: <https://insightcrime.org/news/analysis/biden-security-central-america/>
- Rodríguez, G. (2017). “Central America’s Northern Triangle Hopes to Become Anti-Crime Fortress.” <https://digitalrepository.unm.edu/noticen/1045>

- Sáenz de Tejada, R. (2021). Guatemala contra el “pacto de corruptos”. *Diario Nueva Sociedad*. Disponible en: <https://www.nuso.org/articulo/paro-corrupcion-derecha-giammattei-fiscal-investigacion/>
- Santos, J. (25 de agosto de 2017). Cicig y MP solicitan retiro de inmunidad del alcalde Álvaro Arzú. *Prensa Libre*. <https://perma.cc/ZVS9-2BQR>
- Serrano, I. (21 de junio de 2016). Encuesta UCA: El 96% de la población apoya creación de una CICIÉS. *Diario1*. <https://diario1.com/nacionales/2016/07/encuesta-uca-el-96-de-la-poblacion-apoya-creacion-de-una-cicies/>
- Transparencia International. (2021). “Guatemala”. *Corruption Perceptions Index*. Disponible en: <https://www.transparency.org/en/cpi/2021/index/gtm>
- Usi, E. (15 de julio de 2015). Guatemala y Honduras: “Las protestas anticorrupción son muy saludables”. *Deutsche Welle*. <https://www.dw.com/es/guatemala-y-honduras-las-protestas-anticorrupcion-son-muy-saludables/a-18586391>
- Valencia, R. (3 de septiembre de 2014). How El Salvador Handed its Prisons to the Mara Street Gangs. *InSight Crime*. <https://insightcrime.org/news/analysis/how-el-salvador-handed-its-prisons-to-the-gangs/>
- Villarán, J. (2021). “Rolando Castro pide se investigue a exfiscal Douglas Meléndez por «haber protegido a delincuentes”, *La Página*. <https://lapagina.com.sv/nacionales/rolando-castro-pide-se-investigue-a-xfiscal-douglas-melendez-por-haber-protegido-a-delincuentes/>
- Witte-Lebhar, B. (2017). “Top Prosecutor Launches Corruption Crackdown in El Salvador.” <https://digitalrepository.unm.edu/noticen/10413>

PARTE III
LA COOPERACIÓN
INTERNACIONAL CON
LOS TRIBUNALES
INTERNACIONALES PENALES Y
LOS TRIBUNALES HÍBRIDOS

Capítulo 9

***Aspectos centrales de los sistemas
de cooperación internacional con
los tribunales internacionales
penales y los tribunales híbridos***

MANUEL VENTURA*
PAOLA DIANA REYES PARRA*

1. INTRODUCCIÓN

Los tribunales internacionales penales (TIPs), ya sean de ámbito universal o regional, y los tribunales híbridos (THs) o internacionalizados son diversos según el contexto particular que motivó su establecimiento. Para cumplir sus mandatos y realizar las actividades para su funcionamiento eficaz (no solo en la búsqueda, identificación, detención y entrega de personas, sino también en la investigación y producción de pruebas, y ejecución de penas) requieren de la asistencia judicial y cooperación efectiva de los Estados donde

* Subdirector de la Sección de Información de Seguridad Nacional, División de Seguridad y Contraterrorismo, dentro del Departamento del Fiscal General de Australia y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Western Sydney. Las opiniones expresadas en este capítulo son exclusivas del autor y no reflejan necesariamente las opiniones del Departamento del Fiscal General de Australia, el Fiscal General de Australia o el Gobierno de Australia.

* Profesora de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Directora de la Oficina de Cooperación y Asuntos Internacionales del Ministerio de la Producción de la República del Perú.

operan, terceros Estados y organizaciones internacionales (más aún cuando carecen, en general, de facultades coercitivas para tal efecto). La diversidad de estos tribunales se manifiesta, entre otros, en el marco normativo y el régimen de asistencia que les aplica, de lo que resulta un tratamiento y análisis diferenciado.

Más allá de las diferencias que pudieran existir, estos tribunales comparten ciertos elementos que resultan ser pertinentes en el ámbito de la cooperación y asistencia. Por ejemplo, en relación a la identificación, detención y entrega de personas, se excluye, sea expresa o implícitamente, la posibilidad de un juicio *in absentia* (con la excepción del Tribunal Especial para el Líbano (TEL)) siendo un derecho de la persona acusada el ser juzgado de manera presencial. En consecuencia, se requiere, para el arresto de las personas acusadas, de la asistencia de los Estados en cuyos territorios se encuentre el acusado. Asimismo, para la investigación y producción de pruebas, se necesita también de la cooperación estatal. Incluso, en el caso que los tribunales realizan sus investigaciones *in situ*, se necesita de una asistencia pasiva por parte del Estado en cuestión (aprobación de investigaciones, sin interferencia), ello sin contar con el hecho de que las pruebas (testigos) también pueden ubicarse en el territorio de terceros Estados, en cuyo caso será necesaria la cooperación de estos últimos. Finalmente, en la ejecución de las penas, estas pueden ejecutarse en cualquier Estado que haya firmado un acuerdo con el tribunal correspondiente, para lo cual, igualmente, se requerirá de la asistencia estatal.

Especial relevancia tienen los elementos sustantivos y procedimentales que aplican los referidos tribunales en la investigación de los considerados crímenes internacionales. Similar consideración debe también alcanzar a las acciones a ejecutar en el marco de la lucha contra la corrupción transnacional, donde, sin duda, la cooperación internacional se convierte en uno, sino el único, instrumento eficaz y altamente necesario al momento de controlar cualquier transacción internacional. En efecto, la corrupción transnacional es un fenómeno que desborda las fronteras nacionales, como señala el Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) del 2003; y, la estrecha relación entre cooperación y

lucha contra la corrupción aplica, justamente, en situaciones complejas que atañen las fronteras estatales y que alcanza un carácter transnacional al punto de provocar (como se viene observado) una internacionalización de las prácticas corruptas. En este marco, la lucha a desarrollar contra este flagelo requiere considerar tal dimensión a partir del fortalecimiento de mecanismos de cooperación entre los distintos actores existentes (en particular Estados y tribunales internacionales).

Con base en lo anterior el presente capítulo tiene por objeto analizar si los modelos de cooperación existentes en los diferentes TIPs de ámbito universal y regional y THs estudiados permitirían una persecución penal eficaz de la corrupción asociada al COT en el caso de que dichos tribunales pudieran ser algún día competentes en esta materia.

Para responder a esta pregunta, se examina, en primer lugar, el sistema de cooperación general en los TIPs y los THs. En la segunda parte se analiza el marco jurídico de la cooperación en materia de búsqueda, identificación, detención y entrega de personas aplicable a la Corte Penal Internacional (ECPI), los TIPs de ámbito universal (ex Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR)), el Mecanismo Residual Internacional para los Tribunales Penales (MRITP)), los tribunales de ámbito regional (Sección Especializada en DIP de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (CAJDH) y Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Organizado Transnacional (COPLA)) y los THs analizados en capítulos anteriores (Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL), Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya (SETC), Tribunal Especial para el Líbano (TEL) y Salas Especializadas de Kosovo (SEK)). El capítulo concluye con una comparación general entre los modelos estudiados, brindando algunos alcances en materia de la lucha contra la corrupción asociada al COT, y sobre cómo la valoración de la confianza en la calidad del proceso penal y de los altos estándares de justicia penal pueden contribuir a dar respuesta a este fenómeno.

2. LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES PENALES DE ÁMBITO UNIVERSAL

2.1. *La Corte Penal Internacional*

Debido, en gran parte, a su prolongada historia de negociación y a la participación de una diversidad de Estados y otros actores internacionales, las reglas en materia de cooperación internacional dispuestas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) resultan ser más precisas, a comparación de cualquier otro tribunal penal internacional. De hecho, el ECPI dedica a este asunto una parte entera (Parte IX), que se compone de diecisiete artículos (86 a 102). De estas disposiciones deriva la obligación general de cooperar con la CPI en sus investigaciones y enjuiciamientos de crímenes internacionales (art. 86), sobre la base de las solicitudes que haga a los Estados para activar dicha obligación (art. 87(1)-(4)). En consecuencia, los Estados están obligados a disponer de leyes nacionales para facilitar dicha cooperación (art. 88).

En concreto, la CPI tiene el mandato de transmitir las solicitudes de detención y entrega a los Estados donde los presuntos sospechosos se encuentren (art. 89(1)), debiendo incluir la información contenida en el art. 91. Consecuentemente, los Estados están obligados a detener al presunto delincuente y a facilitar su transporte para que se produzca su entrega a la CPI (arts. 89(1) y 89(3)(a)). Otros artículos del ECPI abordan las solicitudes concurrentes de entrega de la misma persona por parte de otros Estados (art. 90), la detención provisional (art. 92) y la postergación de la ejecución de las solicitudes con respecto a las investigaciones y los juicios en curso (art. 94). Las disposiciones que regulan la asistencia en la búsqueda, identificación y localización de los presuntos delincuentes de la CPI se incluyen bajo el título “[o]tras formas de cooperación” (art. 93), mientras que también se precisa el contenido que deberían tener las solicitudes para tal efecto (art. 96). También se especifica la forma de ejecutar las solicitudes de asistencia de la CPI (art. 99), y lo concerniente a los gastos de ejecución de las mismas (art. 100). En caso de falta de cooperación, la CPI puede realizar una declaración a tal efecto y remitir el asunto a la Asamblea de los Estados Parte de la CPI o al Consejo de

Seguridad de la ONU (CSNU), si el referido CSNU remitió la situación a la CPI de conformidad con el art. 13(b) del ECPI (art. 87(7)).

También es relevante la regla de la especialidad que dispone el ECPI (art. 101). Aunque parte de la doctrina ha cuestionado su lugar ante un TIP (Wilkitzki, Kreß & Prost, 2022: 2685-2687), el art. 101(1) establece que los procedimientos penales contra una persona entregada a la CPI no pueden continuar más que por la conducta que “constituya la base del delito por el cual haya sido entregado.” Asimismo, el art. 101(2) estipula que la CPI puede solicitar una dispensa de esta norma al Estado que hizo la entrega y señala que los Estados que hacen la entrega tienen la autoridad para dar dicha dispensa y “procurarán hacerlo”. Es de señalarse que esta disposición ha sido invocada pocas veces ante la CPI debido, en parte, a que no aplica en los casos en que un presunto delincuente se presenta voluntariamente ante la CPI (sea en virtud de una orden de comparecencia o de una orden de detención), es decir, cuando este no es entregado por un Estado (CPI, 2011a; 2011c; 2014g; 2015i). Además, la disposición no se transgrede cuando la Fiscalía presenta “nuevos” cargos contra la persona entregada que se basan en el mismo conjunto de hechos descritos en la orden de detención, es decir, los referidos cargos forman parte de la conducta por la que la persona fue entregada a la CPI (CPI, 2011h; 2014h).

Dado que, el ECPI no está sujeto a ninguna reserva (art. 120), las disposiciones previstas en la Parte IX, conforme se han explicado, crean un sistema detallado de cooperación por parte de los Estados que, en la práctica, debería haber reducido las ambigüedades y garantizado el buen funcionamiento de la cooperación en la tarea de localizar, capturar y entregar a la CPI las personas buscadas por esta última. Sin embargo, existe una limitación derivada del hecho que la CPI ha sido creada en virtud de un tratado internacional, por lo que las disposiciones del ECPI, incluidas las relativas a la cooperación, sólo son obligatorios para los Estados Parte¹. Esto no quiere decir que los Estados no Parte no tengan ningún papel que desempeñar.

¹ En la actualidad hay 123 Estados Parte: 33 Estados africanos, 19 Estados de Asia-Pacífico, 18 Estados de Europa del Este, 28 Estados de América Latina y el Caribe y 25 Estados de Europa Occidental y otros Estados.

De hecho, y aunque no estén jurídicamente obligados a cumplir con la Parte IX del ECPI, pueden optar por cooperar voluntariamente con la CPI de forma única o continua, siempre que tal cooperación no sea incompatible con su derecho interno. A esta posibilidad se alude explícitamente en el art. 87(5) (a) del ECPI, según el cual los Estados no Parte pueden celebrar acuerdos de cooperación con la CPI. Además, en caso de incumplimiento con los acuerdos, la CPI puede informar de ello a la Asamblea de los Estados Parte (o al CSNU, si este remitió a la CPI la situación objeto de las actuaciones en virtud del art. 13(b) del ECPI).

En consecuencia, la CPI ha pasado los últimos 25 años dependiendo de la colaboración que prestan los Estados. De esta manera, a 31 de marzo de 2023, la CPI ha dictado órdenes de detención o de comparecencia contra 45 personas por crímenes internacionales². Cabe notar que, las órdenes de detención con respecto a cinco personas fueron retiradas debido al fallecimiento de la personas contras las que habían sido expedidas antes de que se efectuara cualquier detención (M. Gaddafi, Lukwiya, Odhiambo, Al-Werfalli & Khaled; CPI, 2007; 2011d; 2015j; 2022a; 2022b) y con respecto de una persona después de la comparecencia voluntaria de la misma ante la CPI (Jerbo; CPI, 2013h). Asimismo, la Fiscalía de la CPI retiró una orden de detención por falta de pruebas después de que Costa de Marfil efectuara una captura nacional sin entrega a la CPI (Gbagbo, CPI, 2021b), y la CPI rechazó un caso por considerarlo inadmisibles (el sospechoso no fue entregado previamente a la CPI, a pesar de haber sido detenido por Libia) (Al Sanusí; CPI, 2014j). Además, otras cuatro personas sobre las que la CPI ha emitido órdenes de detención han sido detenidas por Libia (S. Gaddafi) y Sudán (Al Bashir, Harán & Hussein), pero no han sido entregados a la CPI. Finalmente, las órdenes de detención contra otras diez personas siguen sin ejecutarse

² La CPI emitió órdenes de detención contra otras 8 personas por delitos contra la administración de justicia. De ellas, 5 personas fueron detenidas y entregadas a la CPI por los Estados en cumplimiento de las órdenes de detención (Mangenda, Kilolo, Babala, Arido y Gicheru (el caso de Gicheru se terminó el 14 de octubre de 2022 debido a su muerte)) y 1 ya estaba detenida (Bemba). Otras 2 personas siguen prófugas (Barasa & Bett).

(Banda, Kony, Mudacumura, Otti, Mindzaev, Guchmazov, Sanakoev, Adam, Putin & Lova-Belova).

Por consiguiente, los Estados han cooperado, de conformidad con la Parte IX del ECPI, respecto a la ejecución de las órdenes de detención de dieciséis (16) personas, mientras que en relación con las siete (7) restantes los imputados se presentaron voluntariamente ante la CPI en virtud de las órdenes de detención (Abu Garda) o de comparecencia (Kenyatta, Muthaura, Ali, Kosgey, Ruto & Sang).

La situación en Darfur (Sudán) ha sido aquella en la que la CPI se ha enfrentado a los niveles más visibles y sostenidos de falta de cooperación en la detención y entrega. Ello se debe, en parte, a la forma en que esta situación entró en la jurisdicción de la CPI, ya que Sudán nunca firmó ni ratificó el ECPI. En vez de esto, la situación se remitió a la CPI (en contra de la voluntad de Sudán) en virtud de la Resolución 1593 (2005) del CSNU y del art. 13(b) del ECPI, imponiendo a Sudán la obligación de cooperar con la CPI, según el art. 25 de la Carta de la ONU.

Sudán mostró particular resistencia en relación con la detención y entrega de su entonces jefe de Estado, Omar Al Bashir, en el marco de las órdenes de detención emitidas contra el mismo por la CPI por crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio en 2009 y 2010 (CPI, 2009; 2010b). Lo que hizo que la falta de cooperación fuera, en tal caso, “defendible” fue la cuestión jurídica que se planteó en relación con la inmunidad del jefe de Estado. Aunque el art. 27(1) del ECPI había estipulado expresamente que los Estados Parte de la CPI renunciaban a su inmunidad de jefe de Estado, el problema fue que Sudán nunca manifestó su intención en ser Estado parte del ECPI. Por lo tanto, podía alegar de forma plausible que nunca consintió renunciar a la inmunidad otorgada al jefe de Estado. Así, el argumento era que el presidente Al Bashir conservaba su inmunidad y tenía derecho a que otros Estados respetaran su inmunidad de jefe de Estado, a pesar de que los Estados Parte de la CPI tenían la obligación de detener y entregar a las personas objeto de una orden de arresto de la CPI que se encontrasen en su territorio, (art. 89(1) del ECPI) (CPI, 2017e; 2018a).

La situación se complicó aún más con el art. 98(1) del ECPI, que establece que la CPI no puede dar curso a una solicitud de detención y entrega si el cumplimiento de dicha solicitud implica que el Estado requerido viole sus obligaciones en virtud del derecho internacional con respecto a la inmunidad estatal o diplomática de un tercer Estado, a menos que la CPI obtenga primero la renuncia a la inmunidad del tercer Estado. En este marco, Sudán alegó que era un “tercer Estado” que conservaba su inmunidad y que, por tanto, su renuncia era necesaria antes de que la CPI pudiera exigir a los Estados Parte del ECPI que ejecutaran la orden de detención contra Al-Bashir.

Esperado la cooperación activa de un Estado no Parte para detener a su presidente en ejercicio era una utopía. De hecho, desde el mismo momento en que el Fiscal de la CPI presentó públicamente su solicitud de orden de detención a los jueces de la CPI, Sudán rechazó totalmente todo el proceso. No iba a cooperar pasase lo que pasase (CPI, 2015d). Pero tener un argumento jurídico para respaldar esa postura política ciertamente ayudó. Además, Sudán fue capaz de reunir, en un tiempo relativamente corto, el apoyo de los Estados Parte de la Unión Africana (UA) para presentar una posición unificada contra la CPI con respecto a las órdenes de detención contra el presidente Al Bashir. Esto dio lugar a la famosa decisión de la UA de julio de 2010, que estipula que “*AU Member States shall not cooperate with the ICC in the arrest and surrender of President Al-Bashir of The Sudan*” (UA, 2010).

El hecho de que Sudán fuera capaz de obtener del continente con el mayor número de Estados Parte de la CPI un voto público expreso y oficial de no cooperación con la Corte fue una hazaña política impresionante. A Sudán se le uniría Kenia cuando, en el 2013, Uhuru Kenyatta, acusado de crímenes contra la humanidad por la CPI en marzo de 2011 (CPI, 2011a), fue elegido presidente. Con el paso del tiempo, la relación entre la CPI y los Estados africanos se fue deteriorando hasta llegar a la decisión de la UA, de julio de 2017, de adoptar una estrategia de denuncia masiva de la CPI (UA, 2017). Si bien finalmente no se produjo un éxodo masivo de Estados africanos de la CPI³, la retórica política que surgió fue que la CPI estaba diri-

³ A partir del 30 de abril de 2022, Burundi es el único Estado africano que ha denunciado la CPI (y esto tuvo más que ver con la investigación de la CPI

giéndose “injustamente” contra los africanos. Este sentimiento fue, quizá, más notorio en los comentarios del entonces presidente de la UA y primer ministro de Etiopía, Haile Mariam Desalegn (2013), acusando a la CPI de “*degenerat[ing] into some kind of race hunting*”.

Fue en este difícil ambiente político y jurídico donde la CPI intentó obtener la cooperación. Así, en marzo de 2009 y julio de 2010, la Secretaría de la CPI, por orden de la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) I, emitió una solicitud a todos los Estados Parte de la CPI para que cooperasen en la detención y entrega del presidente Al Bashir a la CPI (2010c). Como era previsible, esta solicitud de cooperación no fue bien recibida en la región africana. Para empezar, el presidente Al Bashir se empeñó en visitar públicamente a varios países africanos que eran Estados parte de la CPI, todos los cuales, en consonancia con la mencionada postura de la UA, se negaron a detenerlo. Ello ocasionó que las Scopus I y II de la CPI adoptaran numerosas decisiones relativas a esta falta de cooperación con respecto a Malawi (CPI, 2011g), Chad (en dos ocasiones; CPI, 2011g; 2013b), Nigeria (CPI, 2013f), la República Democrática del Congo (CPI, 2014d), Yibuti (CPI, 2016a), Uganda (CPI, 2016b) y Sudáfrica (CPI, 2017a). En algunos casos, incluso se llegaron a remitir los incumplimientos al CSNU conforme al art. 87(7) del ECPI). Además, la CPI solicitó públicamente la cooperación voluntaria de Estados no Parte para lograr la detención y entrega del presidente Al Bashir, entre ellos los Estados Unidos de América (2013g), Etiopía (siete veces: CPI, 2013i; 2014a; 2014b; 2014d; 2014e; 2014m; 2014n), Arabia Saudita (cuatro veces: CPI, 2013i; 2014k; 2015c; 2015e), Kuwait (tres veces: CPI, 2013n; 2014c; 2015c), Qatar (CPI, 2014g), Egipto (dos veces: CPI, 2014i; 2015e), Emiratos Árabes Unidos (CPI, 2015c), Bahréin (Ídem), Indonesia (CPI, 2015f), Kazajistán (CPI, 2017b) y Bielorrusia (CPI, 2018c). En algunos casos, el presidente Al Bashir no procedió a visitar dichos países, mientras que en otros se ignoró a la CPI y no se efectuó ninguna detención.

sobre la situación en Burundi: CPI, 2017c). Sudáfrica intentó de denunciar a la CPI a través de presentar su notificación escrita en conformidad con el art. 127(1) del Estatuto de Roma de la CPI (1998), pero esto fue declarado inconstitucional y fue revocado por una corte sudafricana (que el gobierno sudafricano no apeló) (Alta Corte de Sudáfrica, 2017).

Además del gran número de decisiones que se emitieron con relación a la falta de cooperación de los Estados Parte africanos, estas resultaron ser jurídicamente problemáticas. Así, en respuesta a las constantes solicitudes de la CPI de explicaciones por la falta de cooperación en la detención de Al-Bashir, varios Estados africanos plantearon la cuestión de que, como jefe de un Estado que no se había adherido al ECPI, este tenía el derecho de gozar de su inmunidad mientras estuviera en su territorio, ya que Sudán no había renunciado a ello. Aunque todas las decisiones de la CPI rechazaron sistemáticamente este argumento, el problema era que la jurisprudencia resultaba ser incoherente. De hecho, a lo largo de una serie de decisiones, surgieron al menos cuatro razones diferentes por las que Al Bashir no tenía derecho a la inmunidad ante la CPI (y, en muchos casos, las decisiones no consideraron o ni siquiera mencionaron las otras razones concurrentes): (a) que, en virtud del derecho internacional consuetudinario, los jefes de Estado no tenían derecho a la inmunidad ante los tribunales internacionales (CPI, 2011g); (b) que, la inmunidad de Al-Bashir había sido renunciada implícitamente por el párrafo 2 de la Resolución 1593 (2005) del CSNU (CPI, 2014d); (c) que la Resolución 1593 (2005) del CSNU convertía a Sudán en un Estado Parte análogo de la CPI y, por tanto, le era aplicable la renuncia a la inmunidad prevista en el art. 27(1) del ECPI (CPI, 2017a); y (d) que, a través de los arts. IV y VI de la Convención sobre el Genocidio (1948), de la que Sudán era Estado Parte, había renunciado a la inmunidad del jefe de Estado (CPI, 2017b). Estas razones también se recogieron en las sentencias nacionales relativas a la inmunidad de Al-Bashir en los Estados africanos que se negaron a detenerlo cuando se encontraba presente en su territorio (Corte Suprema de Apelaciones de Sudáfrica, 2017⁴; Corte de Apelaciones de Kenia, 2018; Alta Corte de Uganda, 2019).

El punto culminante llegó cuando el presidente Al-Bashir visitó Jordania en marzo de 2017 (un Estado Parte del ECPI no africano) y la SCP II adoptó una decisión de no cooperación (CPI, 2017d) que

⁴ En relación a las circunstancias de la llegada del presidente Al Bashir a Sudáfrica el 13 de junio de 2015 y los procedimientos nacionales que se produjeron de inmediato, véase Ventura, 2015.

luego fue apelada ante la Sala de Apelaciones (SA). Esto dio a la CPI una oportunidad para resolver el asunto, aclarar la ley y, de este modo, ayudar a eliminar las reticencias legales que mostraban los Estados Parte a fin de negarse a detener y entregar a Al-Bashir. Sin embargo, la SA emitió una larga, enrevesada y confusa decisión, en mayo de 2019, con la que muchos, incluidos los Estados Parte, discreparon. En efecto, la decisión argumentó que, en virtud del derecho internacional consuetudinario, los jefes de Estado no tenían derecho a la inmunidad ante los TIPs (además, parecía aceptar otros argumentos alternativos para remover la inmunidad de Al-Bashir) (CPI, 2019a; 2019b; 2019c). Para empeorar la situación, la CPI emitió un documento de “[p]reguntas y respuestas” absurdo y sin precedentes, que pretendía complementar la decisión de la SA con argumentos adicionales “explicando” su fundamentación y “aclarando” la decisión de una manera que respondía directamente a sus críticos (CPI, 2019f). El hecho de que esto se hiciera totalmente al margen de la decisión y después de haberla emitido no pareció molestar a los jueces de la CPI. Es más, el mero hecho de que la CPI se haya sentido obligada a “aclarar” o “explicar” cualquier tema es *per se* revelador, porque no hubiera sido necesario aclarar o explicar el razonamiento de la decisión si hubiera sido bueno, sólido y coherente, ya que la propia decisión habría hablado por sí misma (sobre todo cuando se trataba quizá de la decisión más importante en la historia de la CPI) (Crea, 2019).

Es preciso notar que el caso de Al-Bashir no es el único en el que la CPI ha tenido dificultades. Si bien es el caso más notorio, la falta de cooperación en la detención y entrega de las personas buscadas por la CPI se extendió a todos los casos de Darfur, emitiéndose (en virtud del art. 87(7) del ECPI) decisiones de no cooperación contra Sudán en los casos Harán y Abd-Al-Rahman (CPI, 2010a), Hussein (CPI, 2015h) y Banda (CPI, 2015k). Además, con respecto al caso Hussein, también se adoptaron decisiones de no cooperación con respecto a Chad y la República Centroafricana (CPI, 2013k; 2013l)⁵.

⁵ Abd-Al-Rahman fue finalmente entregado a la CPI el 9 de junio de 2020, después de que se entregara voluntariamente a la custodia de las autoridades de la República Centroafricana.

No obstante, el presidente Al-Bashir fue depuesto en abril de 2019 por el Ejército sudanés en el contexto de un golpe de Estado siendo posteriormente detenido y encarcelado junto con altos miembros de su antiguo gobierno, entre ellos Harán y Hussein. Sólo con este cambio de gobierno comenzó Sudán a dialogar con la CPI, y la entonces Fiscal (Bensouda) de la CPI visitó el país por primera vez en octubre de 2020 y poco después firmó un memorando de entendimiento con las autoridades sudanesas para la cooperación en el caso Abd-Al-Rahman. En agosto de 2021, el nuevo (y actual) Fiscal de la CPI (Khan) también visitó Sudán y firmó un nuevo memorando de entendimiento, esta vez ampliando la cooperación con respecto a la situación de Darfur (incluyendo todas las personas buscadas por la CPI en virtud de sus órdenes de detención, es decir, las personas bajo custodia sudanesa). A la luz de estos sustantivos cambios políticos internos, se esperaba que Al-Bashir, Harán y Hussein fueran entregados rápidamente a la CPI. Sin embargo, siguen encarcelados en Sudán por cargos penales domésticos. Al presente, no se conoce cuándo, o incluso si serán entregados para ser juzgados en la CPI. Tampoco ha habido movimiento alguno del Fiscal de la CPI para obtener nuevas declaraciones de no cooperación, a pesar de que Al Bashir, Harán y Hussein llevan más de 3 años bajo custodia sudanesa y de que las órdenes de detención de la CPI contra los tres siguen activas.

La segunda situación en la que la CPI se ha enfrentado a la falta de cooperación en la detención y entrega, y, en la que se han pronunciado varias decisiones de la CPI a tal efecto es la situación de Libia. El CSNU también refirió esta situación a la CPI conforme al art. 13(b) del ECPI a través de su Resolución 1970 (2011). Poco después, la CPI promulgó órdenes de detención contra Muhammad Gaddafi (de forma efectiva el jefe de Estado de Libia), Saïd Gaddafi (Primer Ministro de facto) y Al-Sanusí (jefe de la inteligencia militar; CPI, 2011b). Sin embargo, M. Gadafi fue asesinado por los rebeldes libios, lo que puso fin al proceso de la CPI contra el mismo (CPI, 2011e). Posteriormente, se inició un largo proceso en el que la CPI trató de obtener la entrega por parte de Libia de S. Gaddafi y Al-Senussi en el contexto de la impugnación libia a la admisibilidad de ambos casos.

Al-Sanusí fue detenido por las autoridades de Mauritania en su territorio en marzo de 2012, pero, en vez de ser entregado a la CPI, fue entregado a las nuevas autoridades libias en septiembre de 2012. Si bien la CPI ordenó a Libia que entregara a Al-Senussi a la CPI (CPI, 2013a), cerca de dos meses después, en abril de 2013, Libia presentó una impugnación de la admisibilidad del caso y, al mismo tiempo, solicitó una postergación de la entrega, en virtud del art. 95 del ECPI, hasta que se decidiera su impugnación, lo que la SCP I aceptó (CPI, 2013). Sin embargo, la defensa solicitó que se declarara la falta de cooperación de Mauritania por haber entregado a Al-Senussi a Libia en lugar de a la CPI, lo que fue rechazado por la Sala ya que, al no ser Mauritania un Estado Parte del ECPI, no tenía la obligación de cooperar con la misma y, por lo tanto, no tenía que efectuar ninguna entrega (CPI, 2013e). Similar razonamiento se empleó para rechazar el recurso de apelación contra esta decisión (CPI, 2013m). Al final, el caso Al Senussi fue declarado inadmisibile, lo que fue confirmado posteriormente por la SA en julio de 2014 (CPI, 2013j; 2014i). En consecuencia, se anuló la orden de detención (CPI, 2014j), por lo que, Libia ya no estaba obligada a entregar a Al-Senussi a la CPI a pesar de tenerlo detenido desde septiembre de 2012.

Por su parte, S. Gaddafi fue capturado y encarcelado en Libia en noviembre de 2011 por un grupo armado (las Brigadas de Fintan). En marzo de 2012, la CPI pidió a Libia que le informara de su decisión sobre la solicitud de entrega, tras rechazar el pedido libio de posponer la entrega (CPI, 2012b). En abril de 2012, la CPI rechazaría una segunda petición de postergación de la entrega (CPI, 2012c; CPI, 2012d). No obstante, en mayo de 2012, cuando Libia impugnó la admisibilidad del caso contra S. Gaddafi, volvió a solicitar, conforme al art. 95 del ECPI, que se pospusiera la entrega hasta la resolución de la impugnación, lo que fue aceptado por la SCP I (CPI, 2012e). Un año después, en mayo de 2013, la SCP I declaró el caso admisible (2013c; 2013d), lo que fue ratificado en mayo de 2014 por la SA (CPI, 2014f), eliminando cualquier duda sobre la obligación de Libia de entregar a S. Gaddafi a la CPI. Sin embargo, tras numerosos y sucesivos avisos por parte de la CPI (y solicitudes de extensión por Libia), no se llevó a cabo la entrega. Aun siendo consciente de la delicada situación política y de seguridad en Libia, dada su guerra civil

en curso, la SCP I sostuvo en diciembre de 2014 que Libia no había cooperado y remitió el asunto al CSNU (CPI, 2014o). Al parecer, S. Gaddafi fue liberado en virtud de una ley de amnistía libia en junio de 2017 y su actual ubicación no está clara.

Se hubiera podido pensar que el CSNU, que había remitido la situación en Libia a la CPI (lo que implica *per se* un apoyo político a sus procedimientos) actuaría para canalizar la situación. Pero esto no sucedió. A pesar de las decisiones mencionadas y de las diversas remisiones al CSNU, este órgano ha hecho poco en relación con los diversos casos de falta de cooperación en la detención y entrega de las personas buscadas por la CPI. No es posible hacer una distinción entre el caso Al-Bashir (que sigue afectado por cuestiones jurídicas legítimas relativas a la inmunidad del jefe de Estado que la decisión de la SA de mayo de 2019 no resolvió) y otros casos en los que no se han planteado estas cuestiones, porque la inacción del CSNU se ha extendido a todos los casos de falta de cooperación que le han sido remitido. Esto no significa que los Estados hayan permanecido en silencio. De hecho, muchos Estados de manera unilateral (incluidos algunos miembros permanentes del CSNU) se han pronunciado a favor de la cooperación con la CPI en las situaciones de Darfur y Libia. Pero, lamentablemente, esto no se ha transformado en una acción por parte del CSNU a la luz de la oposición política en ese organismo en contra del a CPI.

Con base en lo anterior, sería engañoso sugerir que sólo en las situaciones de Darfur y Libia la CPI se enfrentó a problemas relacionados con la detención y entrega de sus presuntos delincuentes. Se puede recordar, al menos, otro caso (público), como es el de Simone Gbagbo, detenida en Costa de Marfil junto a su marido, el ex presidente de Costa de Marfil Laurent Gbagbo, en abril de 2011, tras de perder la guerra civil que se libraba en aquel país después de unas disputadas elecciones. En febrero de 2012, la CPI emitió una orden de detención en su contra (CPI, 2012a), pero, a diferencia de su marido (contra el que la CPI emitió otra orden de detención en noviembre de 2011 (CPI, 2011f) y que fue entregado por Costa de Marfil a la CPI ese mismo mes), S. Gbagbo no fue entregada, a pesar de estar bajo la custodia de las autoridades marfileñas. En vez de eso, en septiembre de 2013, Costa de Marfil impugnó la admisibilidad del

caso contra S. Gbagbo ante la CPI. Al hacerlo, solicitó postergar su entrega, a pesar de que ya había pasado más de un año y medio desde que se emitió la orden de detención y desde que Costa de Marfil se vio obligado a entregarla. No obstante, la SCP I aceptó la solicitud de postergación (CPI, 2013o) hasta que, en diciembre de 2014, declaró el caso admisible (CPI, 2014p), lo cual fue confirmado en mayo de 2015 por la SA (CPI, 2015a; CPI, 2015g), reforzando así la obligación de entrega. Sin embargo, S. Gbagbo permaneció bajo la custodia de Costa de Marfil y nunca fue entregada a la CPI.

Ante esta falta de cooperación, la CPI procedió de manera distinta a lo visto en el caso S. Gaddafi, lo que resulta ser extraño, dado que los casos eran prácticamente idénticos desde el punto de vista procesal. Así, si bien Libia y Costa de Marfil siguieron sin entregar a las personas buscadas, sólo en la situación de Libia hubo alguna consecuencia: se promulgó una decisión de no cooperación y se remitió la situación de Libia al CSNU. Por su parte, Costa de Marfil no se enfrentó a tales repercusiones por su continua falta de cooperación y la retención de S. Gbagbo. En su lugar, en setiembre de 2018, la SCP II ordenó a la Secretaría que solicitara información a Costa de Marfil en relación con supuestas sentencias internas por crímenes de lesa humanidad contra S. Gbagbo, con el fin de determinar si era necesario volver a examinar la admisibilidad del caso de conformidad con el art. 19(1) del ECPI (CPI, 2018b). La orden no mencionó que Costa de Marfil no había cooperado con la CPI durante casi cuatro años al negarse a entregar a S. Gbagbo. Incluso la información que la SCP II solicitó en setiembre de 2018 no se recibió hasta octubre de 2019, más de un año después (CPI, 2019e). En consecuencia, de lo que se puede ver en el expediente público, parecería que ni la SCP I ni la SCP II (ni la Fiscalía de la CPI) tomaron medidas tangibles con el fin de asegurar la entrega de S. Gbagbo a la CPI.

Es difícil entender el porqué de esta situación. No obstante, una posible explicación se haría evidente años después, cuando, en junio de 2021, la Fiscalía de la CPI presentó una solicitud para anular la orden de detención de S. Gbagbo después de que el caso contra L. Gbagbo se derrumbara cuando la Sala de Primera Instancia (SPI) I decidió en enero de 2019 que el acusado no tenía caso que

responder (CPI, 2019d), lo que fue confirmado por la SA en marzo de 2021 (CPI, 2021a). Dado que gran parte de la teoría del caso contra S. Gbagbo coincidía con la teoría del caso contra L. Gbagbo (conforme admitió la Fiscalía), la solicitud fue aceptada en julio de 2021 (CPI, 2021b) y la orden de detención fue anulada (de esta manera, la falta de cooperación de Costa de Marfil llegó a su fin). A la luz de lo anterior, se puede especular de que la falta de acción de la CPI para asegurar la cooperación de Costa de Marfil podría explicarse por la debilidad del caso contra L. Gbagbo y la posibilidad de otra absolución si S. Gbagbo hubiera sido entregada y juzgada. Si bien esta tesis se enmarca en el terreno de la mera especulación, no parece que hubiera explicaciones alternativas razonables de por qué no se inició el procedimiento de no cooperación cuando Costa de Marfil se negó a entregar a S. Gbagbo a la CPI durante más de 6 años y medio.

2.2. El TPIY, el TPIR y el Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales

Aunque el TPIY, el TPIR y MRITP son instituciones judiciales internacionales separadas e independientes⁶, los tres se corresponden, efectivamente, con el mismo molde jurídico. Es decir, fueron creados en virtud de resoluciones del CSNU adoptadas conforme al capítulo VII de la Carta de la ONU (827 (1993) para el TPIY, 855 (1994) para el TPIR y 1966 (2010) para el MRITP), a las que anexaron sus respectivos estatutos. El beneficio de esta arquitectura jurídica es que estas resoluciones, y los estatutos anexos, son jurídicamente vinculantes, y deben ser cumplidos con preferencia a cualquiera otra obligación convencional por los Estados miembros de la ONU, de acuerdo con lo previsto en el art. 25 de la Carta.

⁶ El TPIR cerró el 31 de diciembre de 2015, mientras que el TPIY cerró el 31 de diciembre de 2017. El MRITP es el único de estas instituciones judiciales que permanece abierto al presente con el objeto de continuar con las funciones que desempeñaban antes el TPIY y el TPIR.

Como consecuencia de lo anterior, los sistemas de cooperación en las áreas de búsqueda, identificación, detención y entrega de personas son, en gran medida, similares, tal y como se refleja en la tabla que reproducimos a continuación.

TPIY	TPIR	MRITP
Resolución 827 (1993)	Resolución 955 (1994)	Resolución 1966 (2010)
<p>4. Decide que todos los Estados cooperen plenamente con el Tribunal Internacional y sus órganos de conformidad con la presente resolución y el Estatuto del Tribunal Internacional y que, en consecuencia, todos los Estados adopten las medidas necesarias con arreglo a su derecho interno para aplicar las disposiciones de la presente resolución y del Estatuto, incluida la obligación de los Estados de atender las solicitudes de asistencia o las órdenes dictadas por una Sala de Primera Instancia con arreglo al artículo 29 del Estatuto[.]</p>	<p>2. Decide que todos los Estados cooperen plenamente con el Tribunal Internacional y sus órganos de conformidad con la presente resolución y el Estatuto del Tribunal Internacional y que, en consecuencia, todos los Estados adopten las medidas que sean necesarias con arreglo a su derecho interno para aplicar las disposiciones de la presente resolución y del Estatuto, incluida la obligación de los Estados de cumplir las solicitudes de asistencia o las órdenes dictadas por una Sala de Primera Instancia con arreglo al artículo 28 del Estatuto, y pide a los Estados que mantengan informado al Secretario General de dichas medidas[.]</p>	<p>9. Decide que todos los Estados cooperen plenamente con el Mecanismo de conformidad con la presente resolución y el Estatuto del Mecanismo y que, en consecuencia, todos los Estados adopten las medidas necesarias con arreglo a su derecho interno para aplicar las disposiciones de la presente resolución y del Estatuto del Mecanismo, incluida la obligación de los Estados de cumplir las solicitudes de asistencia o las órdenes emitidas por el Mecanismo de conformidad con su Estatuto[.]</p>

Estatuto	Estatuto	Estatuto
<p>Artículo 29</p> <p>1. Los Estados cooperarán con el Tribunal Internacional en la investigación y el enjuiciamiento de las personas acusadas de cometer graves violaciones del derecho internacional humanitario.</p> <p>2. Los Estados cumplirán sin demora indebida con cualquier solicitud de asistencia u orden emitida por una Sala de Primera Instancia, incluyendo, pero sin limitarse a ello:</p> <p>(a) la identificación y localización de personas;</p> <p>(b) la toma de testimonio y la producción de pruebas;</p> <p>(c) la notificación de documentos;</p> <p>(d) el arresto o la detención de personas; y</p> <p>(e) la entrega o el traslado de los acusados al Tribunal Internacional.</p>	<p>Artículo 28</p> <p>1. Los Estados cooperarán con el Tribunal Internacional para Ruanda en la investigación y el enjuiciamiento de las personas acusadas de cometer graves violaciones del derecho internacional humanitario.</p> <p>2. Los Estados cumplirán sin demora indebida toda solicitud de asistencia o toda orden emitida por una Sala de Primera Instancia, entre otras cosas:</p> <p>(a) la identificación y localización de personas;</p> <p>(b) la toma de testimonios y la presentación de pruebas;</p> <p>(c) la notificación de documentos;</p> <p>(d) el arresto o la detención de personas;</p> <p>(e) la entrega o el traslado de los acusados al Tribunal Internacional para Ruanda.</p>	<p>Artículo 28</p> <p>1. Los Estados cooperarán con el Mecanismo en la investigación y el enjuiciamiento de las personas comprendidas en el artículo 1 del presente Estatuto.</p> <p>2. Los Estados cumplirán sin demora indebida toda solicitud de asistencia o toda orden emitida por un Juez Único o una Sala de Primera Instancia en relación con las causas relativas a las personas comprendidas en el artículo 1 del presente Estatuto, entre otras cosas:</p> <p>(a) la identificación y localización de personas;</p> <p>(b) la toma de testimonios y la presentación de pruebas;</p> <p>(c) la notificación de documentos;</p> <p>(d) el arresto o la detención de personas;</p> <p>(e) la entrega o el traslado de los acusados al Mecanismo.</p>

Reglas de Procedimiento y Prueba	Reglas de Procedimiento y Prueba	Reglas de Procedimiento y Prueba
<p>Regla 56 Cooperación de los Estados</p> <p>El Estado al que se transmita una orden de detención o una orden de traslado de un testigo actuará con prontitud y con toda la diligencia debida para garantizar su correcta y eficaz ejecución, de conformidad con el Artículo 29 del Estatuto.</p>	<p>Regla 56 Cooperación de los Estados</p> <p>El Estado al que se transmita una orden de detención o una orden de traslado de un testigo actuará con prontitud y con toda la diligencia debida para garantizar su correcta y eficaz ejecución, de conformidad con el Artículo 29 del Estatuto.</p>	<p>Regla 58 Cooperación de los Estados</p> <p>El Estado al que se transmita una orden de detención o una orden de traslado de un testigo detenido actuará con prontitud y con toda la diligencia debida para garantizar su ejecución adecuada y efectiva, de conformidad con el Artículo 28 del Estatuto, incluso, en el caso de un testigo detenido, facilitando el testimonio de dicho testigo por enlace de videoconferencia cuando sea necesario o apropiado.</p>

Reglas de Procedimiento y Prueba	Reglas de Procedimiento y Prueba	Reglas de Procedimiento y Prueba
<p style="text-align: center;">Regla 58 Disposiciones nacionales de extradición</p> <p>Las obligaciones establecidas en el Artículo 29 del Estatuto prevalecerán sobre cualquier impedimento legal para la entrega o el traslado del acusado o de un testigo al Tribunal que pueda existir en virtud de la legislación nacional o de los tratados de extradición del Estado en cuestión.</p>	<p style="text-align: center;">Regla 58 Disposiciones nacionales de extradición</p> <p>Las obligaciones establecidas en el Artículo 29 del Estatuto prevalecerán sobre cualquier impedimento legal para la entrega o el traslado del acusado o de un testigo al Tribunal que pueda existir en virtud de la legislación nacional o de los tratados de extradición del Estado en cuestión.</p>	<p style="text-align: center;">Regla 60 Disposiciones nacionales de extradición</p> <p>Las obligaciones establecidas en el Artículo 28 del Estatuto prevalecerán sobre cualquier impedimento legal para la entrega o el traslado del acusado o de un testigo detenido al Mecanismo de conformidad con la regla 58 que pueda existir en virtud de la legislación nacional o de los tratados del Estado en cuestión.</p>

Se habla mucho en la actualidad del éxito del TPIY y del TPIR. Aparte de la jurisprudencia (que estableció efectivamente el derecho internacional penal (DIP) tal como lo conocemos hoy), se pone énfasis en su capacidad para: (a) encontrar a las personas contra las que dictaron órdenes de arresto; y (b) hacer que los Estados (sobre todo los de la ex Yugoslavia) los arrestasen y se los entregasen para juzgarlos. De esta manera, la inmensa mayoría de las personas que el TPIY y el TPIR imputaron fueron detenidos y se enjuiciados en estos tribunales. Así, a la fecha de su cierre en 2017, ninguna de las 161 personas acusadas por el TPIY permanecía fugada⁷, mientras que sólo 8 de las 93 personas imputadas por el TPIR seguían prófugas cuando este cerro en 2015. Estas cifras son impresionantes⁸ y haría suponer que las Resoluciones 827 (1993) y 955 (1994) del CSNU y

⁷ De 161 personas acusadas por el TPIY, 90 fueron declaradas culpables por el TPIY, 19 fueron absueltas, a 37 se les retiró la acusación, 13 fueron remitidas a los países de la ex Yugoslavia para ser juzgadas y 2 fueron transferidas al MRITP para un nuevo juicio. Sólo 2 acusados de delitos contra la administración de justicia permanecieron como fugitivos cuando el TPIY fue cerrado en 2017.

⁸ De las 93 personas acusadas por el TPIR, 62 fueron declaradas culpables por el TPIR, 14 fueron absueltas, a 4 se les retiró la acusación, 5 fueron remitidas a las jurisdicciones nacionales para ser juzgadas, y 8 fugitivos fueron transferidos al MRITP cuando el TPIR se cerró en 2015 (de estos 8

los arts. 29 y 28 de los Estatutos del TPIY y del TPIR funcionaron tal y como se esperaba. Sin embargo, la realidad es mucho más compleja.

En el caso del TPIY, se generaron diversos esfuerzos para asegurar la cooperación en la localización, detención y entrega de las numerosas personas a las que acusó, en particular “los peces gordos”, es decir, las personas que ejercieron un poder político y/o militar considerable (por ejemplo, Milošević, Karadžić, Mladić o Gotovina) durante los varios conflictos armados en la ex Yugoslavia. Así, en sus informes anuales de 1996, 1997 y 1998 al CSNU, el TPIY incluyó, en cada uno de ellos, un anexo que detallaba los casos en los que los Estados de la ex Yugoslavia no habían ejecutado sus órdenes de arresto (TPIY, 1996d; 1997; 1998). La ausencia de cooperación por parte de los países de la región continuaría durante años, a pesar de que el CSNU era consciente de la situación a través de los informes del TPIY. No obstante, en algunos casos, como el de Krajišnik, el arresto no fue llevado a cabo por las autoridades locales, sino por las unidades extranjeras desplegadas en la región, como la Fuerza de Estabilización de la OTAN en Bosnia y Herzegovina. De hecho, las fuerzas internacionales en la ex Yugoslavia llegarían a detener a más de 27 fugitivos del TPIY hasta la primavera de 2009, es decir, más del 16% del número de las personas acusadas por el Tribunal (Ivković & Hagan, 2011: 27). En otros casos, como el de Gotovina, la detención sólo se produjo cuando el acusado se aventuró afuera de los territorios de la ex Yugoslavia (Gotovina estaba de vacaciones en España cuando fue arrestado).

Ante la falta de cooperación de los Estados de la región, los jueces del TPIY aplicaron el proceso de la regla 61 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP). En virtud de esta regla (que no se aplicó ni en el TPIR ni en el MRITP), cuando no era posible ejecutar una orden de detención, el juez a cargo de confirmar el escrito de acusación podía solicitar a la Fiscalía que lo presentara ante la SPI para que esta convocara una audiencia donde la Fiscalía pudiera exponer sus pruebas e interrogar a sus testigos. Al término de la misma, la SPI podía, entonces, declarar que había motivos razonables para creer

fugitivos, 3 estaban destinados a ser enjuiciados por el MRITP y 5 debían ser transferidos a Ruanda para ser juzgados allí).

que los acusados habían cometido los delitos por los que eran acusados. Además, la SPI tenía también la facultad de declarar, en virtud de la Regla 61 (E), que:

[...] la falta de notificación personal [de la acusación] se haya debido total o parcialmente a que un Estado no haya cooperado con el Tribunal o se haya negado a hacerlo de conformidad con el Artículo 29 del Estatuto [...]. Tras consultar a los Presidentes de las Salas, el Presidente lo notificará al Consejo de Seguridad de la forma que considere oportuna (traducción propia).

Este proceso se utilizó, en varias ocasiones, durante los primeros años del TPIY y varias declaraciones judiciales de no cooperación en la búsqueda y detención de fugitivos fueron emitidas por el TPIY contra la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), la República Srpska, Croacia y Bosnia y Herzegovina (TPIY, 1995; 1996b; 1996c; 1996e). Estas declaraciones fueron debidamente comunicadas al CSNU. Sin embargo, con el paso del tiempo, el uso de la regla 61 de las RPP “[...] se interrumpió una vez que el Tribunal tuvo a los acusados bajo custodia [...]. [...] Ahora es poco más que una curiosidad histórica” (Schabas, 2006: 382-383).

Esto no quiere decir que, al final, no se obtuviera la cooperación local. Por ejemplo, en junio de 2001, Serbia se encargaría de la detención y entrega de S. Milošević (el acusado más importante del TPIY) para ser juzgado. Años después, Serbia arrestaría a Karadžić en julio de 2008 y a Mladić en mayo de 2011 y los entregaría también al Tribunal. Sin embargo, estos actos no fueron atribuibles a las disposiciones de la Resolución 827 (1993) del CSNU, al Estatuto o a las RPP del TPIY. Mucho más importante que estas obligaciones internacionales, fue el apoyo político que recibió el TPIY. Como se ha dicho:

El TPIY probablemente ha tenido muy poco efecto directo en la política y la rendición de cuentas por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad en la ex Yugoslavia en general [...] y el arresto de Milošević en particular. Sin embargo, el TPIY —principalmente a través de sus fiscales— logró ejercer poder de manera indirecta, a través de una red de organizaciones y actores internacionales (Ivković & Hagan, 2011: 28-29).

La Unión Europea (UE) desempeñó un papel fundamental. Hizo que la plena cooperación con el TPIY fuera un requisito para la ad-

misión a la UE, un premio económico que resultó muy atractivo para la mayoría de los Estados de la región. En términos muy reales, estos Estados tuvieron que elegir entre proteger a quienes habían detentado el poder en la década de 1990, o privar a sus Estados de un futuro económico más próspero. No es de sorprender que, a la luz de los cambios políticos en la región, la segunda opción resultara mucho más interesante que la primera. Por otro lado, esta dinámica tuvo un efecto negativo, ya que:

[...] los gobiernos de la región, y el discurso público, la presentaron como un mal necesario —un medio para conseguir un fin, que era la admisión en la Unión Europea—, lo que no hizo más que consolidar las actitudes negativas hacia el Tribunal (Kerr, 2014: 6).

Otras entidades también desempeñaron un papel político para facilitar la cooperación en la detención y entrega de fugitivos al TPIY. Los Estados Unidos (EE.UU.), por ejemplo, condicionaron legislativamente la ayuda exterior a los países de la región a “la cooperación con el TPIY en la entrega y el traslado de los acusados, así como la asistencia en su detención” (Schabas, 2006: 387). Como es evidente, estos mecanismos acabaron desempeñando un papel mucho más importante para garantizar la cooperación que cualquier otro elemento de la arquitectura jurídica del TPIY.

Atención especial merece el caso Hartmann. A diferencia de la mayoría de los otros casos del TPIY en los cuales no hubo cooperación, este caso no implicaba a un nacional de la ex Yugoslavia y ni siquiera se trataba de crímenes internacionales. Se trataba de la condena de una ciudadana francesa por delitos contra la administración de justicia a una multa de 7.000 euros (TPIY, 2009). La condena fue confirmada en noviembre de 2011 por la SA (TPIY, 2011a), quien además convirtió la multa en una pena de prisión, debido a que Hartmann se negaba a pagar. Si bien la orden de detención fue entregada a Francia para su ejecución mediante una carta de diciembre de 2011 (TPIY, 2011b), esta se negó a cooperar en la detención y entrega, alegando que el art. 29 del Estatuto del TPIY (ETPIY) sólo incluía las obligaciones de cooperación en relación con los crímenes internacionales (el mandato principal del TPIY) y no con respecto a los delitos contra la administración de justicia (que no estaban incluidos en dicho art. 29). De acuerdo con la información disponible

en el registro público, el TPIY nunca se opuso a la falta de cooperación francesa, en contraste a su actitud con respecto a la falta de cooperación de los Estados de la ex Yugoslavia (si bien en este último supuesto se trataba de casos relativos a crímenes internacionales). De hecho, la orden de detención de Hartmann permaneció sin ejecutarse durante años, y el asunto se trasladó finalmente al MRITP en abril de 2015 (MRITP, 2015). Hartmann fue finalmente detenida cuando, de forma absolutamente extraña, decidió ir en persona a las instalaciones del MRITP para observar la sentencia final del juicio de Karadžić en marzo de 2016, a pesar de la orden de detención en su contra (MRITP, 2016).

Cabe destacar que cuando Serbia presentó el mismo argumento que Francia para justificar su falta de cooperación para la detención y entrega al TPIY de los acusados en el caso Jojić et al. relativo a delitos contra la administración de justicia, el TPIY mostró una actitud completamente diferente. Al menos en el papel, fueron los tribunales serbios (y no el gobierno) los que sostuvieron, en mayo de 2016, que la cooperación con el TPIY no incluía los delitos contra la administración de justicia, de acuerdo con el art. 29 del ETPIY, negándose, por tanto, a enviar a los acusados a La Haya. Pero a diferencia de lo sucedido con Francia, a los tres meses de la emisión de estas sentencias por los tribunales serbios, una SPI del TPIY declaró que:

El Artículo 29 del Estatuto, que es vinculante para todos los Estados miembros de las Naciones Unidas como anexo a una resolución del Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII, establece la obligación de los Estados de cooperar con el Tribunal en materia de desacato. Serbia no puede alegar su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales. Si el derecho interno de Serbia no está en consonancia con sus obligaciones internacionales, tiene que asegurarse urgentemente de que su legislación se modifica para garantizar la conformidad con estas obligaciones (TPIY, 2016).

Es difícil entender por qué no se dictó, precisamente y en el momento oportuno, la misma declaración en el caso Hartmann, donde prevaleció el silencio. En todo caso, la falta de cooperación en la ejecución de las órdenes de detención en el caso Jojić et al. fue transmitida al CSNU, de forma confidencial, en octubre de 2015, y luego públicamente mediante una carta de marzo de 2017 del presidente del TPIY, pero sin ningún efecto tangible, porque Serbia siguió ne-

gándose a detener a los acusados (CSNU, 2017). Finalmente, el caso fue transferido al MRITP en noviembre de 2017 (TPIY, 2017), con las órdenes de detención aún sin ejecutar.

En el caso del TPIR, la situación relativa a la cooperación estatal en la localización, detención y entrega de los fugitivos fue diferente. El TPIR tuvo que tratar con un gobierno en Ruanda que había ejercido previamente el liderazgo de un grupo rebelde tutsi (el Frente Patriótico Ruandés (FPR), que había la guerra civil al derrotar al anterior gobierno hutu que, junto con sus acólitos, habían perpetrado el genocidio ruandés). Así, al investigar y perseguir a los hutus, el TPIR estaba, de hecho, enjuiciando a los antiguos enemigos del gobierno ruandés. Pero, al mismo tiempo, se trataba del mismo gobierno ruandés que se había opuesto, inicialmente, a la creación del TPIR, alegando una serie de agravios (reales o percibidos; CSNU, 1994). En consecuencia, Ruanda no se contentó, al menos inicialmente, con dejar que el TPIR recibiera a los *génocidaires* “sin incidentes”. Así, en marzo de 1996, cuando uno de los “peces gordos” del TPIR, Théoneste Bagosora, fue detenido en Camerún a petición de Bélgica, tanto el TPIR como Ruanda reclamaron su entrega, lo que provocó un tenso enfrentamiento. Finalmente, fue necesario que el entonces fiscal del TPIR (Goldstone) amenazara con cerrar el TPIR para que los ruandeses cedieran (Peskin, 2008: 173). Tres meses más tarde se produjo un nuevo enfrentamiento de este tipo entre el TPIR y Ruanda con respecto a la entrega de un acusado (Froduald Karimira). En este caso, Ruanda amenazó con dejar de cooperar con el TPIR (aunque luego negó esta caracterización), lo que llevó al TPIR a ceder en esta ocasión (*Ibíd.*: 174).

Como se puede deducir, la mayoría de los acusados (hutus) del TPIR, al haber sido derrotados, habían abandonado Ruanda cuando terminó la guerra, por lo que se encontraban predominantemente en Estados africanos circundantes y en Europa. Estos Estados, en su mayoría, cooperaron y los entregaron al TPIR, de modo que el Tribunal acabó con muchos acusados de alto nivel bajo su custodia desde una fase temprana (Paulussen, 2016: 273). Así, entre mayo de 1996 y noviembre de 2005, el TPIR recibió acusados de Angola, Bélgica, Benín, Camerún, República Democrática del Congo, Francia, Kenia, Malí, Sudáfrica, Suiza, Tanzania, Togo, el Reino Unido y Zambia. Por

ello, es comprensible que, a diferencia del TPIY, los informes anuales del TPIR nunca incluyeran una lista detallada de todos los casos en los que los Estados no habían ejecutado sus órdenes de detención. Esto no quiere decir que todo haya sido un “camino de rosas” (los problemas de falta de cooperación surgieron, sobre todo, con respecto a Estados Unidos⁹, Italia¹⁰ y Kenia¹¹) pero, ciertamente, el TPIR no se enfrentó, ni de lejos, al mismo nivel de ausencia de cooperación en la detención y entrega que el TPIY (Venturini, 2007: 50-51). Por esta razón, quizás, no expresó ningún interés en un procedimiento con base en la regla 61 de las RPP del TPIR (que tenía el mismo contenido que en las RPP del TPIY).

Pero también aquí el asunto se complicó. Aunque en teoría la cooperación parecía ir muy bien, las cosas eran muy distintas cuando los asuntos del TPIR tomaban un camino que no agradaba al gobierno ruandés. Así, cuando la SA del TPIR emitió una orden de suspensión y liberación permanente en el caso Barayagwiza en noviembre de 1999, debido a las graves violaciones de los derechos humanos sufridas por el acusado (TPIR, 1999), Ruanda “*was apoplectic*” (Cryer, 2005: 142) y suspendió totalmente la cooperación con el TPIR. Esto paró de hecho el trabajo de la Fiscalía del TPIR, ya que sus testigos se encontraban en su gran mayoría en Ruanda, que también había

⁹ En un caso notable, un tribunal federal de primera instancia de los Estados Unidos se negó a entregar a un fugitivo del TPIR declarando que las pruebas eran insuficientes y que el acuerdo entre los Estados Unidos y el TPIR para la entrega de fugitivos era inconstitucional: (US District Court, 1997). Esta sentencia fue anulada en una apelación: (US Court of Appeals, 1999).

¹⁰ En junio de 2011, Italia se negó a ejecutar una orden de detención del TPIR contra Athanase Seromba alegando falta de autoridad legal interna, ignorando, al parecer, la regla 58 del TPIR antes citada. Al año siguiente, Italia aprobaría la Ley n° 181 de 2 de agosto de 2002 para remediar la situación, pero en febrero de 2002 Seromba se había entregado voluntariamente al TPIR.

¹¹ Kenia fue acusada en múltiples ocasiones de albergar activamente a uno de los “peces gordos” del TPIR, Félicien Kabuga (CSNU, 2008). (“[m]uch of the past three years has been devoted to investigations of Kabuga’s activities and his involvement with the country [of Kenya]. The implementation of the recommendations of the joint task force is now overdue”). Finalmente, Kabuga abandonó Kenia y no fue detenido hasta mayo de 2020 en Francia.

presentado una orden de detención internacional contra Barayagwiza en caso de que fuera liberado (Schabas, 2008a: 419). Esta insostenible situación de falta de cooperación no se resolvió hasta marzo de 2000, cuando la SA, con una composición diferente, reconsideró y “revocó” su decisión anterior de noviembre de 1999, permitiendo así que continuara la tramitación del caso (TPIR, 2000).

Una actitud similar se produjo cuando la entonces fiscal del TPIR (Del Ponte) decidió investigar las atrocidades cometidas por el FPR durante el genocidio ruandés. Una vez más, Ruanda dejó de cooperar con el TPIR, paralizando así los juicios ante el TPIR. La entonces presidenta del TPIR (Pillay) informó formalmente de la falta de cooperación de Ruanda al CSNU en julio de 2002 (TPIR, 2002). La propia Del Ponte (2009: 224) describió la situación en los siguientes términos:

El gobierno ruandés, dominado por los tutsis, estaba chantajeando al tribunal, saboteando sus juicios contra los genocidas hutus acusados para detener la investigación especial de la Fiscalía sobre los crímenes presuntamente cometidos por el Frente Patriótico Ruandés (FPR), dominado por los tutsis, en 1994. [...] [H]ablar de los juicios por genocidio era el objetivo del gobierno ruandés, siempre y cuando no existiera la posibilidad de que el tribunal acusara a los líderes tutsis y a los oficiales del ejército. El motivo, al parecer, era preservar la legitimidad del régimen tutsi y, por extensión, el gobierno del presidente Paul Kagame (Del Ponte, 2009: 224).

Del Ponte continuó relatando su destitución por parte del CSNU como fiscal del TPIR en agosto de 2003 con el aparente argumento de mejorar la eficiencia (en ese momento era simultáneamente la fiscal del TPIY y del TPIR). Sin embargo, en su opinión, lo que en realidad provocó su destitución fueron sus investigaciones sobre el FPR y la firme oposición de Ruanda a las mismas (*Ibid.*: 238). Al final, el sucesor de Del Ponte y último fiscal del TPIR (Jallow), no emitió ninguna acusación contra ningún ex miembro del FPR.

Por último, en relación con el MRITP, su mandato es mucho más reducido, ya que se limita a continuar y terminar con los casos que dejaron el TPIY y el TPIR. Cabe notar que el MRITP no tiene el mandato para formular nuevas acusaciones contra personas que no hayan sido ya acusadas previamente por el TPIY y el TPIR. Así, en relación con el TPIY, el MRITP sólo heredó las órdenes de detención

no ejecutadas en el caso Jojić y Radeta sobre delitos contra la administración de justicia. En este asunto, después de que se anularan las decisiones relativas a su jurisdicción (MRITP, 2018a), y con el fin de devolver el caso a Serbia (algo que después se volvería a litigar (MRITP, 2018b; 2018c; 2019; 2020a; 2020b)), Serbia insistió en que el caso debía juzgarse en Serbia y no en el MRITP.

Después, Serbia siguió alegando antes del MRITP que no tenía obligación de cooperación en los casos de delitos contra la administración de justicia (en consonancia con las mismas alegaciones que había hecho anteriormente ante el TPIY, y que habían sido rechazadas) (MRITP, 2020). El MRITP también rechazó estos argumentos y (re)ordenó a Serbia que detuviera y entregara a los acusados (MRITP, 2020). Sin embargo, Serbia siguió negándose a cooperar. Así, en abril de 2021, el juez que se ocupa del asunto remitió a Serbia al CSNU por no cooperar (MRITP, 2021). El CSNU fue informado formalmente de la falta de cooperación de Serbia en una carta de mayo de 2021 por el actual presidente del MRITP (Agius) (CSNU, 2021). Es decir, además de las comunicaciones relativas a este mismo caso cuando aún estaba en manos del TPIY, el CSNU ha sido informado formalmente de la no ejecución de las órdenes de detención en tres ocasiones diferentes (octubre de 2015, marzo de 2017 y mayo de 2021). A la falta de acción tangible del CSNU, no parece que Serbia vaya a reanudar pronto su cooperación con el MRITP.

Si bien, el MRITP tuvo éxito en la localización y obtención de cooperación en la detención de Félicien Kabuga (el mayor “pez gordo” del MRITP), en mayo de 2020, también tuvo dificultades para obtener cooperación en otros casos. Esto fue más notario con respecto a Sudáfrica en el caso Kayishema. De hecho, en diciembre de 2019, el fiscal del MRITP (Brammertz) cuestionó seriamente ante el CSNU el compromiso de Sudáfrica de cooperar con su oficina. Señaló que Kayishema había sido localizado en Sudáfrica en 2018, a la que había solicitado asistencia, pero su oficina había sido ignorada inicialmente, y con posterioridad se presentaron una serie de obstáculos jurídicos internos para explicar por qué no se cooperaba con el MRITP (CSNU, 2019). Al año siguiente, Brammertz volvió, claramente exasperado, a informar al CSNU que Sudáfrica no estaba cooperando:

¿Cómo es posible que Sudáfrica se negara a detener a Kayishema hace dos años y medio basándose en un expediente de refugiado que, según se afirma ahora, no existe? ¿Por qué las autoridades no tomaron medidas obvias tras ser informadas de que un fugitivo buscado internacionalmente y acusado de genocidio estaba presente en su país? A pesar de la orden de las Naciones Unidas que exigía la detención inmediata de Kayishema, las autoridades sudafricanas no lo detuvieron provisionalmente ni lo sometieron a ningún tipo de vigilancia para evitar su fuga (CSNU, 2020 —traducción propia).

2.3. Análisis comparado

La principal diferencia jurídica entre el TPIY, el TPIR, y el MRITP, por un lado, y la CPI por otro, son los distintos mecanismos legislativos utilizados para su creación. Como ya se ha mencionado, el TPIY, el TPIR y el MRITP tienen la ventaja de haber sido creados en virtud de las resoluciones del CSNU conforme al capítulo VII de la Carta de la ONU, lo que, conforme a su art. 25, hace que sus respectivos estatutos (y las resoluciones por las que fueron creados), incluyendo las disposiciones en materia de cooperación, sean jurídicamente vinculantes y de cumplimiento preferente frente a todos los Estados miembros de la ONU.

Esto es fundamentalmente diferente en la CPI. El ECPI no es automáticamente vinculante frente a todos los Estados de la comunidad internacional, como son las resoluciones del CSNU. Más bien, como ocurre con todos los tratados, el carácter obligatorio del ECPI depende del consentimiento de los Estados. Sólo cuando un Estado se convierte en Estado Parte de la CPI por su propia voluntad, el ECPI pasa a ser jurídicamente vinculante para el mismo. En consecuencia, las disposiciones relativas a la cooperación de los Estados que se encuentran en la Parte IX del ECPI no tienen efecto sobre los Estados que no se han adherido al mismo de manera voluntaria. Por lo tanto, los Estados no Parte no tienen ninguna obligación jurídica con respecto a la CPI, a menos que el CSNU intervenga y remita a la CPI una situación ocurrida en su territorio.

Así pues, debido a estas claras diferencias jurídicas, se podría pensar que la cooperación de los Estados con el TPIY, el TPIR y el MRITP sería relativamente dinámica. Después de todo, las resoluciones del

CSNU que los establecieron (incluidas las disposiciones relativas a la cooperación) vinculan a todos los Estados. Pero eso no es lo que han demostrado sus actuaciones. Así, como se ha comentado anteriormente, el TPIY tuvo grandes dificultades en sus inicios para detener a sus fugitivos, hasta el punto de que nombraron públicamente a los Estados que no cooperaban en claro incumplimiento con la Resolución 827 (1993) del CSNU. El TPIR tampoco lo tuvo fácil a este respecto. Algo similar podría decirse del MRITP. En consecuencia, lo que ciertamente ha sido mucho más importante (y probablemente uno de los factores decisivos para obtener resultados positivos) es el apoyo político a la cooperación estatal.

Esto no quiere decir que la CPI haya tenido más éxito en el área de la cooperación estatal. Por el contrario, también se ha enfrentado a grandes dificultades, especialmente cuando la CPI ha solicitado el arresto de líderes políticos africanos (como el expresidente sudanés Omar Al Bashir) a los Estados Parte en virtud de sus órdenes de detención. Si bien ante su incumplimiento, el art. 87(7) del ECPI prevé la remisión del asunto a la Asamblea de Estados Parte de la CPI o al CSNU, lo cierto es que en los casos en que esto ha ocurrido, incluyendo el envío al CSNU de los problemas de cooperación presentados en el caso Al Bashir, no se han adoptado medidas correctivas concretas (esta es probablemente la razón por la que Al Bashir sigue siendo en la actualidad un fugitivo de la CPI mientras está encerrado en una cárcel sudanesa después de haber sido depuesto en 2019).

En consecuencia, lo que muestra este breve análisis es que, en la mayoría de los casos, la voluntad política es mucho más importante para lograr la cooperación estatal que cualquier otro factor. Esto no quiere decir que la regulación jurídica en esta área no tenga peso o que debamos renunciar a ella por completo, sino que, para bien o para mal, los Estados siguen teniendo la batuta, lo que debe tenerse, prudentemente, en cuenta en caso de que los TIPs tengan algún día jurisdicción material sobre la corrupción transnacional.

En este sentido, conviene subrayar que todos los TIPs analizados ofrecen, si bien con un procedimiento distinto, un espacio para que los jueces determinen si los Estados han incumplido o no con sus obligaciones de cooperación, y en caso de violación llamen la atención de los demás Estados parte del ECPI o de la ONU, para que sean

estos últimos los que adopten las medidas/sanciones que consideren adecuadas. Con ello se garantiza el debido proceso y se ofrece Estado presuntamente incumplidor la oportunidad de exponer argumentos en relación con su cooperación, correspondiendo, en última instancia, a los Estados parte decidir qué hacer en caso de falta de cooperación (lo que parece lógico porque ningún tribunal internacional tiene una fuerza policial propia y dependen de los Estados parte para lograr la cooperación, sobre todo en la localización, el rastreo, la detención y la entrega de presuntos acusados). Como resultado, si se recurre a estos tribunales para perseguir la corrupción transnacional, y en particular la asociada al COT, las dificultades han de surgir inevitablemente porque son los propios funcionarios que el COT busca corromper como estrategia de supervivencia y expansión los que están encargados de garantizar la cooperación estatal.

Particularmente problemática es la situación con los denominados “narcoestados” en los que resulta muy difícil distinguir entre el COT y el Estado, y donde es altamente improbable que pueda existir cualquier tipo de cooperación en la localización, el rastreo, la detención y la entrega de presuntos acusados, independientemente del mecanismo de cooperación que se establezca. Además, si a esto unimos que las consecuencias de la no cooperación con los TIPs se dejan a la decisión de los Estados parte del ECPI o de la ONU (de manera que si deciden no hacer nada, no hay consecuencias tangibles de la falta de cooperación), las posibilidades de que los TIPs puedan ser efectivos en la lucha contra la corrupción transnacional en este tipo de escenarios son prácticamente inexistentes (lo que a su vez elimina los incentivos que pudieran tener los Estados infractores para tratar de limitar su no cooperación).

En este contexto, una forma de tratar de mejorar el sistema es otorgar a los jueces la capacidad de imponer consecuencias a los Estados cuando no cooperan, en lugar de dejarlo en manos de otros Estados. En este sentido, es importante señalar que los jueces de los TIPs ya tienen esta capacidad cuando se trata de personas físicas, mediante la aplicación de los delitos contra la administración de justicia. Por ello, sería conveniente analizar si los jueces debiesen tener una autoridad similar ante la falta de cooperación estatal. Es cierto, que la determinación de las penas y de los procesos para implementarlas no serían

fáciles de negociar e implementar (especialmente porque seguirían dependiendo de la cooperación estatal), pero proporcionar a los jueces un mecanismo tangible para imponer penas por falta de cooperación puede ser un paso en la dirección correcta (aunque requiera mucha reflexión, mucho cuidado y largas discusiones/negociaciones entre los Estados parte del TPI de que se trate).

3. LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES PENALES DE ÁMBITO REGIONAL

A diferencia de los TIPs, caracterizados por tener jurisdicción sobre los considerados crímenes internacionales y cuyo formato para la cooperación han sido descrito *supra*, se cuenta también con iniciativas como el Protocolo de Reforma del Estatuto de la CAJDH (2014) (Protocolo de Malabo) y el Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Transnacional Organizado (2015) (COPLA), cuya jurisdicción material incorpora también a los denominados “delitos transnacionales”, que “[...] tienen fundamento jurídico en el derecho doméstico, pero a diferencia de los delitos internos, tienen efectos que sobrepasan las fronteras nacionales” (Sillitti & López, 2021: 764).

3.1. *La Sección Especializada en DIP de la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos*

El Protocolo de Malabo¹², como primera iniciativa de regionalización del DIP, que sin embargo todavía no ha entrado en

¹² La Asamblea de Estados Parte de la Organización de la Unión Africana (OUA), en el marco de la 23 sesión ordinaria (Malabo, 27 de junio de 2014), adoptó un Protocolo y un Estatuto “recordando la Decisión de la Asamblea/AU/Dec.213 (XII) de febrero de 2009 sobre la Decisión de la Conferencia relativa al abuso de la jurisdicción universal”; a través de los cuales, se modifica el Protocolo de Fusión de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y de la Corte Africana (de allí que ahora se denomine “Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos”), comprendiendo una jurisdicción y competencia penal. Así, la OUA vía el Protocolo

vigor¹³, presenta cuestiones de particular interés (Iglesias, 2020: 159; Tshitshi, 2020) como la atribución a una Sección Especializada en DIP de la CAJDH (la Sección Especializada) de jurisdicción complementaria (parecida a la atribuida a la CPI) sobre el genocidio, la agresión, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra (cuando tengan lugar en el territorio, o se vean involucrados nacionales, de los Estados Parte), así como la extensión de dicha jurisdicción a delitos transnacionales como la corrupción¹⁴ (art. 28I). De hecho, la ausencia de toda referencia en el Protocolo de Malabo a la CPI¹⁵, podría dar la impresión de que sus redactores buscan sustituir a esta última cuando los mencionados crímenes internacionales tengan lugar en sede africana.

Este contexto impone prestar atención a la convergencia de los principios de complementariedad entre las jurisdicciones penales a nivel nacional, regional y universal¹⁶, así como a la cooperación, las reglas de jerarquía y la armonización de las obligaciones de los Estados africanos (en tanto partes del Protocolo de Malabo y del ECPI)

de Malabo intenta crear una “jurisdicción o al menos una instancia judicial con jurisdicción internacional penal regional para juzgar y castigar a los perpetradores de [...] nuevos delitos”.

¹³ Tener en cuenta que, de 55 Estados miembros de la OUA, sólo 15 procedieron a su firma. Al presente, no cuenta con ratificación alguna.

¹⁴ Así, mediante el art. 16 del Protocolo de Malabo, se establece una nueva composición de la Corte sobre la base de tres (3) secciones: (a) general; (b) derechos humanos y de los pueblos; y, (c) derecho internacional penal. Se añaden además en el art. 28 nuevas disposiciones (arts. 28 A a 28N) confiéndose competencia sobre 14 tipos de delitos: genocidio, lesa humanidad, de guerra, cambio anticonstitucional de gobierno, piratería, terrorismo, mercenariado, corrupción, blanqueo de capitales, tráfico ilícito de estupefacientes, desechos peligrosos, explotación ilícita de recursos naturales y crimen de agresión.

¹⁵ Un indicador es el art. 46H del Protocolo de Malabo que prevé “[t]he jurisdiction of the Court shall be complementary to that of the National Courts, and to the Courts of the Regional Economic Communities where specifically provided for by the Communities”.

¹⁶ El sistema del Protocolo de Malabo podría ser el “nivel intermedio de complementariedad entre Estado y jurisdicción universal para que esta última solo intervenga en caso de frustración o fracaso sucesivo de los procedimientos en los ámbitos nacionales y regionales” (Tshitshi, 2020).

con respecto a la CAJDH y la CPI¹⁷ (Tshitshi, 2020; Kader, 2017; Du Plessis, 2012: 10; Amnistía Internacional, 2016: 28).

Así, el Protocolo de Malabo prevé en el art. 46L titulado “cooperación y asistencia judicial”, que los Estados Parte “[...] cooperarán con la Corte en la investigación y enjuiciamiento de las personas acusadas de cometer los crímenes” (art. 46L(1)). Además, el art. 46L(3) prevé que la CAJDH tendrá la facultad de “[...] buscar la cooperación o asistencia de tribunales regionales o internacionales, Estados no Partes o socios cooperantes” de la OUA, y “podrá celebrar Acuerdos para tal efecto”. Así mientras los Estados Parte tienen la obligación de cooperar con la Sección Especializada en DIP de la CAJDH (lo que supone también el derecho de esta última a exigir tal cooperación), la relación entre la Sección Especializada y otros tribunales o Estados no Parte se rige por el principio de voluntariedad. Además, no se hace ninguna referencia a la posibilidad de asistencia o cooperación recíproca entre Estados Parte en relación con las actuaciones de la Sección Especializada.

Según el art. 46L(2), los Estados Parte del Protocolo de Malabo “deberán cumplir sin demora indebida” con cualquier solicitud de asistencia de la Sección Especializada, incluyendo, pero no limitándose a: (a) la identificación y localización de personas; (b) la toma de testimonio y producción de prueba; (c) el servicio de documentos; (d) el arresto, la detención o la extradición de personas; (e) la entrega o el traslado del imputado a la CAJDH; (f) la identificación, el rastreo y el congelamiento o incautación de productos, bienes y activos e instrumentos de los delitos para su eventual decomiso, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe; y (g) cualquier otro tipo de asistencia no prohibida por el derecho interno del Estado requerido.

En la identificación y localización, resalta el uso del término “personas”, que puede incluir a presuntos infractores, víctimas, testigos, expertos y otras personas que puedan contribuir a la investigación o enjuiciamiento de los casos ante la Sección Especializada. Asimismo, en la mención al testimonio se omite el formato a utilizar, pudién-

¹⁷ Tener en cuenta que 33 Estados miembros de la OUA son, a su vez, Estados Parte del ECPI. *Vid.*: Cartes Rodríguez (2017).

dose recurrir a esquemas tradicionales, así como a videoconferencias. Con respecto a la “producción de pruebas” se omite también el formato, si bien se puede considerar la participación en la evaluación de objetos y lugares vía la exhumación de cuerpos y examen de fosas. Además, se alude al “servicio de documentos”, lo que podría interpretarse como documentos originales, copias certificadas y expedientes. Finalmente, sobre la incautación y decomiso, aunque por naturaleza se entienden sus alcances, no se menciona expresamente su carácter preventivo.

Cabe destacar que, el Protocolo de Malabo no regula cómo los Estados Parte han de gestionar las solicitudes de detención y entrega por la Sección Especializada. Sin embargo, estos son asuntos que pueden ser “resueltos en la práctica de la Corte, en su interacción con los Estados Parte” (Tladi, cit. en Jalloh, Clarke & Nmehielle, 2019: 736). Así mismo, no prevé ni la regla ni el procedimiento de consulta cuando los Estados Partes tengan problemas que impidan la ejecución de una solicitud de asistencia y cooperación por parte de la Sección Especializada (algo que sí se prevé en el art. 97 del ECPI). Igualmente, tampoco recoge la regla de especialidad prevista en el art. 101 del ECPI. Sin embargo, aunque esto podría considerarse una laguna, lo cierto es que la regla de especialidad sería en todo caso aplicable ante la Sección Especializada al ser considerada “como un principio porque está tan ampliamente reconocido en el derecho internacional y en la práctica que se ha convertido en una regla de [derecho internacional consuetudinario]” (Bassiouni, 2014: 538; Wilkitzki, Krefß & Prost, 2022: 2685).

Pero tal vez la omisión más problemática en el Protocolo de Malabo es la ausencia de un mecanismo de ejecución cuando se determine que los Estados Parte han violado sus obligaciones de cooperación en la búsqueda, identificación, detención y entrega de las personas buscadas por la Sección Especializada (algo que el art. 87(7) del ECPI recoge expresamente). Esto no significa que la inclusión de una disposición de esta naturaleza garantice la cooperación requerida (como muestra la experiencia de la CPI relatada anteriormente), pero la carencia de este tipo de procedimientos ante la falta de cooperación estatal probablemente debilitará las actuaciones de la Sección Especializada porque los Estados considerarán la aparente falta

de consecuencias de su incumplimiento a la hora de decidir sobre sus solicitudes (Iglesias, 2020: 160).

Por último, el Protocolo de Malabo prohíbe indirectamente (art. 46A bis) cualquier tipo de cooperación cuando la persona en cuestión es el actual Jefe de Estado o de Gobierno de un país la OUA “u otros altos funcionarios del Estado a la luz de sus funciones” mientras que estas personas ostenten su cargo. El artículo es claro en el sentido de que “no se iniciarán ni se mantendrán cargos” con respecto a tales personas, por lo que los Estados no tendrán la necesidad de rechazar las solicitudes de detención y entrega de las mismas (Open Society Justice Initiative: 158).

3.2. El Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Transnacional Organizado

La corrupción transnacional (especialmente, cuando está vinculada al crimen organizado transnacional) es entendida como un problema regional, y el este requiere de políticas regionales y de instituciones regionales para poder ser enfrentada de manera eficiente, por lo que surgió el Proyecto de Estatuto de la COPLA como mecanismo para la persecución de los delitos que se organizan y ejecutan transnacionalmente que, a su vez, reforzaría los poderes nacionales, al presente, erosionados por redes criminales (Iglesias, 2020: 158-160).

Según el art. 1 de su Proyecto de Estatuto, la COPLA busca ser una “institución permanente” que complementa a los sistemas penales nacionales para lograr la “persecución y juzgamiento de las cúpulas, jefes y organizaciones criminales” sobre los crímenes previstos en dicho Estatuto y en el art. 1 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT o Convención de Palermo), adoptada el 15 de diciembre de 2000, y vigente desde el 29 de setiembre de 2003. Si bien el Proyecto de Estatuto de la COPLA no menciona la corrupción, esta sí es abordada en los arts. 8 y 9 de la Convención de Palermo.

La Parte XIII del Proyecto de Estatuto de la COPLA sobre “la cooperación internacional, la asistencia judicial y el cuerpo de seguridad” prevé, como regla general, la obligación de los Estados parte de

cooperar con la COPLA en relación a las investigaciones y enjuiciamientos sobre la base de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal (CIAMMP), adoptada el 23 de mayo de 1992, y vigente desde el 14 de abril de 1996 (art. 35). Esta referencia es pertinente porque varios países (como por ejemplo Belice o San Cristóbal y Nieves), que podrían ser Estados Parte del Estatuto de la COPLA, no son Estados Parte de la CIAMMP.

En este marco, se observa que, en general, las reglas sustantivas y procedimentales del Proyecto de Estatuto de la COPLA se aplicarían sobre la base de ciertos tratados multilaterales que se presume que tienen una naturaleza complementaria. Así, por un lado, la Convención de Palermo tiene un alcance universal y se dirige a “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional” (art. 1), estableciendo para ello un sistema de “asistencia judicial recíproca” aplicable a las investigaciones, los procesos y las actuaciones judiciales (art. 18). Por otro lado, la CIAMMP, es un tratado regional interamericano, que regula de forma especializada la asistencia judicial; razón por la cual el Proyecto de Estatuto de la COPLA se base primordialmente en el mismo para regular la cooperación en materia de investigación y enjuiciamiento.

En este sentido, conviene tener en cuenta que, conforme a la Parte XIII del Proyecto de Estatuto, la COPLA puede asumir funciones particularmente relevantes en materia de investigación porque en el art. 37 impone a los Estados Parte la obligación de que compartan y cooperen en el intercambio de información e inteligencia para la investigación de los delitos, a través de la Agencia Regional de Inteligencia (la Agencia) (organismo que formaría parte de la COPLA) (Currie & León, 2019: 605). Cabe señalar que el ámbito de actuación de esta Agencia no está claro, si bien una parte de la doctrina considera que:

La agencia parece ser más un centro de intercambio de información de inteligencia, de solicitudes de asistencia legal mutua y de ejecución de órdenes de confiscación. [] Si bien tal organismo puede no parecer revolucionario (no es diferente a EUROPOL, por ejemplo), tiene un gran potencial para fortalecer la efectividad de la aplicación en su conjunto. Al centralizar la proliferación de solicitudes de asistencia/ ejecución y eliminarlas del más general proceso de Asistencia Legal Mutua, esto podría aumentar tanto la amplitud como la velocidad de la asistencia mutua en general (Currie & León, 2019: 605).

Así, la Agencia tendría el potencial de permitir que un Estado Parte emita una solicitud de confiscación (como las previstas en el art. 13 de la Convención de Palermo) que podría ser ejecutada rápidamente, sin dar tiempo a que las organizaciones criminales en cuestión protejan sus activos. Por ello, para Currie & León (2019: 606):

La propuesta para la cooperación de COPLA a través de un organismo centralizado deja el potencial no solo para una cooperación más eficiente, sino también para una cooperación más estratégicamente efectiva. Un organismo centralizado tendría potencialmente la capacidad de monitorear las investigaciones en todas las regiones y hacer recomendaciones sobre la mejor manera de coordinar la aplicación para enfatizar la moderación y el reparto de la carga [...]. Tal proyecto requeriría una centralización significativa de la información y el cumplimiento por parte de los Estados Parte, lo que va mucho más allá del alcance de la propuesta tentativa en el art. 37 del actual proyecto de estatuto.

La CIAMMP aborda el compromiso de los Estados Parte de “brindarse asistencia mutua en materia penal” (art. 1), lo que incluye las investigaciones, los enjuiciamientos y las demás actuaciones sobre los “delitos cuyo conocimiento sea de competencia del Estado requirente al momento de solicitarse la asistencia” (art. 2), aunque “el hecho que la origine no sea punible según la legislación del Estado requerido” (art. 5). Para ello, cada Estado Parte designa a una “Autoridad Central” encargada del envío y recepción de las solicitudes de asistencia (art. 3).

Según el art. 7 de la CIAMMP, la asistencia comprende los actos de: (a) notificación de resoluciones y sentencias; (b) recepción de testimonios y declaraciones; (c) notificación a testigos y peritos; (d) práctica de embargos y secuestros de bienes, inmovilizaciones de activos y asistencia en procedimientos de incautación; (e) inspecciones e incautaciones; (f) examen de objetos y lugares; (g) exhibición de documentos judiciales; (h) remisión de documentos, informes, información y elementos de prueba; (i) traslado de personas detenidas; y (j) cualquier otro acto si hubiere acuerdo entre el Estado requirente y el requerido.

A diferencia del Protocolo de Malabo, podría parecer que la lista de actuaciones consideradas por la CIAMMP es más extensa e integral. No obstante, ambos textos abordan similares tipos de actos,

diferenciándose en el hecho que, mientras que el Protocolo de Malabo apuesta por referencias más generales, la CIAMMP contiene una mayor precisión sobre el alcance de las medidas en un contexto de cooperación interestatal, siendo su posible aplicación por la COPLA una extensión de su ámbito original de aplicación que no fue contemplado al momento de su redacción.

De esta manera, el nuevo esquema previsto en el Proyecto de Estatuto de la COPLA supondría un primer nivel de cooperación consistente en las solicitudes de asistencia dirigidas por esta última (en cuanto que tribunal penal regional) a los Estados Parte de su Estatuto y que deberían ejecutarse conforme a la dispuesto en este último y en la CIAAMP. En un segundo nivel, residual y vigente, se encontraría un sistema clásico de “asistencia judicial recíproca” entre Estados Parte de la CIAMMP para poder ejecutar las necesidades de cooperación. Esto no es posible en el marco del Protocolo de Malabo porque, al haberse gestado directamente en el marco del sistema de la CAJDH, solo regula la cooperación entre esta última y el Estado Parte al que se le solicita la asistencia.

La CIAAMP aborda el caso en que el Estado requerido podría negar la asistencia en razón del principio *non bis in ídem*, el principio de igualdad y no discriminación, una posible afectación al orden público o la soberanía, o por tratarse de delitos políticos, delitos tributarios, tribunales de excepción o tribunales ad hoc (art. 9). Además, prevé un formato la solicitud de asistencia (art. 10), un previo filtro en torno a su pertinencia por parte de la autoridad competente del Estado requerido (art. 13) y la determinación de la fecha y sede de ejecución por este último (art. 16). La CIAMMP regula con particular detalle la notificación de resoluciones, sentencias y comparencias de testigos y peritos (capítulo III), la remisión de informaciones y antecedentes (capítulo IV), el procedimiento (capítulo V) en el que se precisa el contenido que deberá de tener la solicitud de asistencia (art. 26), la traducción al idioma oficial del Estado requerido (art. 28) y la responsabilidad por daños que pudieren surgir de los actos de las autoridades encargadas (art. 31).

Sin perjuicio del papel de la CIAMMP, el Proyecto de Estatuto de la COPLA se refiere también a la Convención de Palermo, por lo que, es preciso tener también en cuenta lo dispuesto en esta última

en relación la “asistencia judicial recíproca” (art. 18) del cual deriva el deber de los Estados Parte de “presta[r] la más amplia asistencia judicial recíproca” en torno a las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos y cuando haya motivos razonables para sospechar que estos son de carácter transnacional (art. 18(1)). En cuanto a las modalidades de cooperación recogidas en la Convención de Palermo, estas no son tan distintas de las que se incluyen en la CIAMMP: (a) recibir testimonios o tomar declaración a personas; (b) presentar documentos judiciales; (c) efectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos; (d) examinar objetos y lugares; (e) facilitar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos; (f) entregar originales o copias certificadas de documentos y expedientes, incluida la documentación pública, bancaria y financiera, y la documentación social o comercial; (g) identificar o localizar el producto del delito, bienes, instrumentos u otros elementos; (h) facilitar la comparecencia voluntaria de personas; y (i) cualquier otra asistencia autorizada por el derecho interno del Estado Parte requerido (art. 18(3)).

No obstante, a diferencia de la CIAMMP, la Convención de Palermo precisa el carácter de la documentación a entregar (pública, bancaria, financiera, social y/o comercial) y de la evaluación a realizar por los peritos (no solo la notificación a los mismos), como hace la Convención Interamericana. Además, la Convención de Palermo no solo hace mención al traslado de personas detenidas, sino que además desarrolla una lista de obligaciones en torno a su estatus y tratamiento (art. 18(10), (11) y (12)). Asimismo, supedita la realización de otros actos a la normativa interna de los Estados Parte, mientras que la CIAMMP aboga por la posibilidad de un acuerdo pactado entre quien requiere y quien es requerido.

Importante es la posibilidad que brinda la Convención de Palermo a que el Estado Parte, sin que haya sido previamente requerido a atender una solicitud de asistencia, pueda “[...] transmitir información relativa a cuestiones penales [...] si cre[e] que esa información podría ayudar [...] a emprender o concluir con éxito indagaciones y procesos penales” (art. 18(4)). Esta facultad atribuida a los Estados Parte es una novedad en torno al formato de asistencia porque, por

lo general, su tramitación se articula con base en la correspondiente solicitud de asistencia.

Finalmente, siguiendo la línea de la CIAAMP, la Convención de Palermo regula el contenido de la solicitud de asistencia judicial (art. 18(15)), permitiendo su tratamiento de manera confidencial cuando la situación lo amerite (art. 18(20)). Además, plantea la posibilidad de denegación de la asistencia solicitada en virtud de una lista taxativa de consideraciones, y siempre que se encuentre debidamente fundamentada (que no se encuentra en la CIAAMP (art. 18(21), (22) y (23))¹⁸.

3.3. *Análisis comparado*

A nivel regional, el Protocolo de Malabo de 2014 y el Proyecto de Estatuto de la COPLA, que abordan los “delitos transnacionales como la corrupción, se asientan en estructuras (CAJDH para el caso de Malabo) y marcos normativos (Convención de Palermo y la CIAAMP para el caso de la COPLA) ya existentes. A primera vista, da la

¹⁸ Artículo 18. Asistencia judicial recíproca

(...)

21. La asistencia judicial recíproca podrá ser denegada:

a) Cuando la solicitud no se haga de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo;

b) Cuando el Estado Parte requerido considere que el cumplimiento de lo solicitado podría menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales;

c) Cuando el derecho interno del Estado Parte requerido prohíba a sus autoridades actuar en la forma solicitada con respect a un delito análogo, si éste hubiera sido objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en el ejercicio de su propia competencia;

d) Cuando accede a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico del Estado Parte requerido en lo relativo a la asistencia judicial recíproca.

22. Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de asistencia judicial recíproca porque se considere que el delito también entraña asuntos fiscales.

23. Toda denegación de asistencia judicial recíproca deberá fundamentarse debidamente.

(...)

impresión de que las medidas de cooperación recogidas en el Proyecto de Estatuto de la COPLA (interpretado conjuntamente con el CIAAMP) son más amplias que las recogidas en el Protocolo de Malabo. Sin embargo, una mirada más profunda, muestra que ambos textos abordan medidas similares, si bien este último se refiere a las mismas de manera más general. De esta manera, a pesar de sus contrastes, los sistemas regionales apuestan por mecanismos prácticos de cooperación asentando las bases de la regionalización del DIP.

En efecto, el Protocolo de Malabo, recoge la obligación expresa de los Estados Parte de cooperar con la Sección Especializada en DIP de la CAJDH, dejando abierta la posibilidad de que esta última concluya acuerdos con tribunales internacionales y regionales y con Estados no Parte. Sin embargo, el Protocolo de Malabo no alude a la cooperación recíproca de los Estados africanos entre sí (como sí se hace en el Proyecto de Estatuto de COPLA a través de la referencia al CIAAMP). Además, presenta ciertas particularidades que podrían terminar afectando la eficacia de sus sistemas de cooperación, como la omisión de las reglas para la gestión de la solicitud de entrega, la ausencia de toda referencia al procedimiento a aplicar cuando el Estado Parte requerido no pueda cooperar o haya violado tal obligación y la inmunidad de los altos funcionarios estatales (lo que supone también la no aplicación del sistema cooperación a su investigación y enjuiciamiento). Todo esto unido al riesgo de que la entrada en vigor del Protocolo de Malabo pueda afectar al nivel de cumplimiento de sus Estados Parte con sus obligaciones como Estados también parte del ECPI.

En cuanto al Proyecto de Estatuto de la COPLA, este construye su sistema penal y de cooperación sobre las obligaciones asumidas por los Estados parte en los tratados vigentes, y en particular la Convención de Palermo y la CIAAMP. Para ello parte de un entendimiento de estos tratados como complementarios (y no como excluyentes), lo que requiere de su aplicación integrada. Esto incluye la aplicación de la Convención de Palermo con respecto a la libertad de los Estados para transmitir información sin sujetarse a la estructura formal del formato de las solicitudes de asistencia, la posibilidad del tratamiento reservado de dichas solicitudes y la limitación de las posibilidades de rechazo estatal a ciertos supuestos, previa motivación.

Asimismo, establece también ciertos organismos que coadyuban específicamente en los esfuerzos de cooperación interestatal, como es el caso de la Agencia Regional de Inteligencia.

De acuerdo a lo señalado, tanto el Protocolo de Malabo como el Estatuto de la COPLA tienen como fortaleza el contar con un ámbito material que les permite, sin necesidad de modificación o enmienda, perseguir eficazmente la corrupción transnacional (incluyendo los casos en que está vinculada al COT). Este elemento sustantivo es acompañado en ambos casos de reglas dirigidas a facilitar la búsqueda, identificación, detención y entrega de personas a los tribunales regionales, en el marco de una estructura de cooperación bien definida.

Sin embargo, una marcada debilidad es que, tanto la Sección Especializada de la CAJDH como la COPLA, se asientan en sistemas u instrumentos previamente establecidos, que no tienen un alcance integral. Así, mientras la primera se asienta sobre la CAJDH (obviando, tanto la posibilidad de cooperación con la CPI, como entre los Estados africanos entre sí), la COPLA se fundamenta sobre tratados multilaterales (Convención de Palermo y la CIAAMP) cuya forma de implementación, más allá de lo previsto por los mecanismos convencionales derivados de estos para su supervisión y monitoreo, es heterogénea por parte de los Estados Parte existentes presentando un abanico de múltiples actores, requisitos y procedimientos. En efecto, el análisis de la eficacia de la COPLA se medirá por la eficacia de los acuerdos internacionales que garanticen la lucha y represión de la corrupción transnacional y, a su vez, potencien la cooperación para descubrir, prevenir y sancionar.

En consecuencia, como los instrumentos de intercambio y valoración de información pueden ser insuficientes para perseguir eficazmente fenómenos tan complejos y dinámicos como la corrupción transnacional (especialmente, cuando está vinculada al COT), sería necesario que los Estados estén dispuestos también a diseñar y ejecutar reformas anticorrupción que puedan ser recompensadas con beneficios. Además, respecto de la localización, detención y entrega de las personas buscadas, sería ideal que tanto el Protocolo de Malabo como el Estatuto de la COPLA sean acompañados de un anexo que precise un protocolo ideal para la solicitud de cooperación y su eje-

cución, así como para la identificación de las autoridades nacionales a cargo para brindar mayor eficiencia a lo requerido.

4. LOS TRIBUNALES HÍBRIDOS

Así como se establecieron TIPs (CPI, TPIY, TPIR) y se han propuesto tribunales penales de ámbito regional (CAJDH, COPLA), también se han establecido diversos THs como el TESL, las SETC, el TEL y las SEK. Además, si bien existen modelos clásicos de cooperación, como el aplicado en la relación entre los TIPs y los Estados (modelo vertical), o entre los propios Estados con base en el principio de reciprocidad (modelo horizontal), los sistemas de cooperación entre los THs y los Estados presentan diferencias sustantivas importantes con respecto a los mismo como consecuencia de las características particulares de los THs.

4.1. *El Tribunal Especial para Sierra Leona*

El TESL se instauró en el marco de una guerra civil que contó con componentes de internacionalidad en medio de una crisis regional que enfrentó África y en donde destacó la participación de Sierra Leona, Libia y Liberia (Roper & Barria, 2005: 91-92)¹⁹. Fue creado a través del Acuerdo de 16 de enero de 2002 entre la ONU y Sierra Leona (el Acuerdo), que fue acompañado del Estatuto del TESL (ETESL) (Barria & Roper, 2005: 106-112)²⁰. El TESL tenía carácter

¹⁹ Solo como antecedentes, se recuerda que Sierra Leona, desde su independencia (1961), sufrió de autoritarismo y dependió de la venta ilegal de diamantes, siendo gobernado por Siaka Stevens (desde 1967) y, luego, por Joseph Momoh (desde 1985). Paralelamente, Libia sirvió de campo de entrenamiento militar para Foday Sankoh (RUF) y Charles Taylor (NPFL), quienes luego tomarían el poder en Sierra Leona y Liberia, respectivamente. Por su parte, Liberia brindó facilidades al RUF (armas, tropas y refugio) para que este invadiera Sierra Leona, lo que resultó en el derrocamiento de Momoh.

²⁰ Por la presión internacional, se realizaron en Sierra Leona elecciones democráticas en 1996, resultando electo Ahmad Tejan Kabbah. En este contexto,

híbrido por su composición (jueces internacionales y nacionales) y por las normas que aplicaba (derecho internacional y derecho na-

se celebraron varias negociaciones que derivaron en dos acuerdos: (a) el “Acuerdo de Abidjan” (1996) que buscó el cese al fuego, la desmovilización del RUF y la concesión de amnistías; pero su implementación fue interrumpida por el derrocamiento de Kabbah (1997) por fuerzas aliadas al RUF; aunque luego se restableció su poder gracias a la intervención militar de la “Comunidad Económica de Estados de África Occidental” (CEDEAO) (1998); y (b) el “Acuerdo de Lomé” (1999), en el marco de la Conferencia de Paz realizada bajo auspicio de la ONU, CEDEAO y el gobierno de Togo, que buscó el fin del conflicto, el establecimiento de una comisión de monitoreo del cese al fuego, la transformación del RUF en un partido político, y la continuación de la Misión de la ONU en Sierra Leona. Sin embargo, las hostilidades armadas y las atrocidades que venían cometiéndose (Barria & Roper, 2005: 93-94) hacían que todo esfuerzo de paz fuera inconcluso. Posteriormente, Kabbah, reelegido como presidente en nuevas elecciones, solicitó, el 12 de junio de 2000, al Secretario General de Naciones Unidas (SGNU) asistencia para establecer un tribunal que conociera sobre los hechos. En respuesta, el CSNU aprobó la Resolución 1315, del 14 de agosto del 2000, a través de la cual solicitó al SGNU que “negoci[ase] un acuerdo con el Gobierno de Sierra Leona con el fin de crear un tribunal especial independiente”. Las facciones en conflicto se sometieron finalmente a principios de 2002 (Barria & Roper, 2005: 121-122), y así el 14 de enero de 2002 se anunció oficialmente la desmilitarización y desmovilización de 45.000 miembros del RUF. Ello se debió, en gran medida, a la presencia de la Misión de las Naciones Unidas en Sierra Leona y a la presión internacional sobre el entonces presidente liberiano Taylor, lo que ocasionó la inminente interrupción del apoyo que Liberia brindada al RUF. Dos días después, la ONU y Sierra Leona celebraron el Acuerdo del 16 de enero de 2002, por el que se creó el TESL, y se incluyó el ETESL (Barria & Roper, 2005: 106-112). Según su art. 1(1), el TESL podía “[...] enjuiciar a las personas que t[uvieran] la mayor responsabilidad por las graves violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho sierraleonés cometidas en el territorio de Sierra Leona desde el 30 de noviembre de 1996” (art. 1(1)). Asimismo, “cualquier transgresión cometida por el personal de mantenimiento de la paz y personal relacionado presente en Sierra Leona [...] esta[ba] dentro de la jurisdicción primaria del Estado que envía” (art. 1(2)). Si dicho Estado no estaba dispuesto o no podía investigar o enjuiciar, el TESL podía, si lo autorizaba el CSNU a propuesta de cualquier Estado, ejercer su jurisdicción sobre dichas personas (art. 1(3)). Finalmente, en cuanto a su jurisdicción material, esta incluía crímenes de lesa humanidad, de guerra y crímenes bajo la legislación nacional de Sierra Leona (arts. 2, 3, 4 y 5).

cional de Sierra Leona). Además, tenía una jurisdicción concurrente con los tribunales nacionales de Sierra Leona, teniendo el TESL primacía, lo que le daba la capacidad de “solicitar formalmente a un tribunal nacional remitirse a su competencia” (art. 8 del ETESL).

El TESL entró en funciones en julio de 2002. Las primeras siete acusaciones se dictaron en marzo y junio del 2003. Si bien las personas fueron acusadas individualmente, fueron separadas en distintos procesos según su afiliación al Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas (AFRC), a las Fuerzas de Defensa Civil (CDF) o al Frente Unido Revolucionario (RUF). El proceso contra el expresidente liberiano Charles Taylor tuvo especial consideración. Así, a solicitud del TESL, el CSNU acordó, el 16 de junio de 2006, trasladar el juicio a La Haya (Países Bajos) por razones de seguridad. En 2011, concluyeron las audiencias y el 26 de septiembre de 2013, la Sala de Apelaciones confirmó, en segunda instancia, la sentencia de 2012 por la que se condenó a Taylor a 50 años de prisión por diversos crímenes, entre los que destaca, el reclutamiento forzado de niños. Seguidamente, el 27 de septiembre de 2013, el TESL anunció el cumplimiento de su mandato y su cierre.

A diferencia del ETESL, el Acuerdo sí prevé reglas en materia de cooperación con el TESL. Así, dispone que Sierra Leona “cooperará con todos los órganos del Tribunal Especial en todas las etapas del procedimiento”; y, se precisa que, se facilitará el acceso del Fiscal a los lugares, personas y documentos que sean necesarios para la investigación. Asimismo, se establece que Sierra Leona “cumplirá sin demora indebida cualquier solicitud de asistencia del Tribunal Especial o una orden emitida por las Salas”, lo que incluye: (a) la identificación y localización de personas; (b) la notificación de documentos; (c) el arresto o detención de personas; y (d) el traslado de un acusado a la Corte (art. 17 del Acuerdo).

Como se observa, el Acuerdo resalta dos obligaciones que se asientan de manera exclusiva en el Gobierno de Sierra Leona: cooperar y cumplir con cualquier solicitud de asistencia que se le formule. No obstante, ambos instrumentos guardan silencio sobre la relación (y eventual cooperación) entre el TESL y terceros Estados, y lo que es peor entre el TESL y la Comisión de la Verdad y Reconciliación para Sierra Leona (CVRSL). Esto último generó gran preocupación, ya

que no había certeza sobre si las declaraciones y testimonios brindados por las personas ante la CVRSL podrían emplearse como prueba en los procedimientos ante el TESL. Sobre este particular, Roper & Barria señalaron que:

Si bien esto es legalmente posible, el fiscal de TESL, David Crane, ha declarado en entrevistas de radio y periódicos que la Corte no utilizará las declaraciones de CVRSL. Sin embargo, no está claro si existe alguna prohibición para que los abogados defensores utilicen el testimonio de la CVRSL y obliguen a los testigos a comparecer ante el TESL (Barria & Roper, 2005: 120).

Aunque el art. 1 del Acuerdo y del ETESL establecen que el TESL tendría jurisdicción sobre delitos “cometidos en el territorio de Sierra Leona” podía entenderse que no había impedimento alguno para investigar y enjuiciar a las personas que “planearon, instigaron, ordenaron [...] o, de otro modo, ayudaron o fueron cómplices en la planificación, preparación o ejecución” de los crímenes (art. 6, Estatuto) desde fuera del territorio de Sierra Leona. Por ejemplo, se recuerda que las acusaciones que esgrimió el TESL contra Taylor se centraron en actuaciones llevadas a cabo desde Liberia y, cuya persecución penal implicó diversos esfuerzos en materia de cooperación y de asistencia judicial, e incluso de extradición (Williams, 2012: 179).

De hecho, Taylor (acusado de planear, instigar, ordenar, ayudar e incitar a cometer crímenes de guerra y otras violaciones graves del Derecho internacional humanitario (DIH) y del derecho de Sierra Leona cometidos por el AFRC y el RUF, o, de no evitar la comisión de tales crímenes por parte de las fuerzas del AFRC y del RUF bajo su mando y control), se exilió en Nigeria y fue capturado mientras cruzaba la frontera con Camerún. Sin embargo, Nigeria no tenía ninguna obligación de entregarlo (Barria & Roper, 2005: 121-122), porque el TESL no había sido establecido en virtud del capítulo VII de la Carta de las ONU y no existía un marco normativo bilateral entre Sierra Leona y Nigeria que sirviera de sustento jurídico para ello. Como resultado, su arresto y posterior entrega recibió tratamiento de asunto político, más allá del alcance y la jurisdicción del TESL (Barria & Roper, 2005: 249).

Por otro lado, las RPP del TESL disponían en la Parte II (reglas 8 a 13), titulada “[c]operación de los Estados y asistencia judicial”,

que Sierra Leona “cooperar[ía] con todos los órganos del Tribunal Especial en todas las etapas del procedimiento” (regla 8A), y que cualquier orden de una sala o juez del TESL “tendr[ía] la misma fuerza o efecto que si hubiera sido emitida por un Juez, Magistrado o Juez de Paz de un tribunal de Sierra Leona” (regla 8B). Además, sobre la cooperación de terceros Estados, el TESL “podr[ía] invitar a terceros Estados [...] a prestar asistencia sobre la base de un arreglo ad hoc y un acuerdo con dicho Estado o cualquier otra base apropiada” (regla 8C). Si aun así, el tercer Estado “falla[se] en cooperar”, las RPP preveían que “el presidente p[odía] tomar la acción apropiada” (regla 8D). Además, si el delito hubiera sido materia de investigación o enjuiciamiento en los tribunales de cualquier otro Estado, el Fiscal “pod[ía] solicitar al Estado que le remit[iese] toda la información pertinente al respecto”, teniendo Sierra Leona la obligación de “transmitirle dicha información de inmediato de conformidad con el artículo 17 del Acuerdo” (regla 8E).

Como se observa, las RPP del TESL establecían la obligación de Sierra Leona de cooperar, pudiendo existir, según explica Zack-Williams (2012: 373), dos mecanismos para la obtención de la cooperación. Conforme al primero, el TESL podía “emitir una solicitud al Fiscal General de Sierra Leona, quien luego esta[ba] obligado a garantizar [la satisfacción de] la solicitud” (*Ídem.*). Según el segundo, el TESL podía “dictar una orden que t[uviera] un efecto vinculante directo en el derecho interno. La capacidad de emitir tales órdenes vinculantes como un asunto de derecho nacional e[ra] lo que distingu[ía] al TESL del TPIY y del TPIR” (*Ídem.*).

De otro lado, respecto de los terceros Estados, si bien el Acuerdo no establecía obligaciones de cooperación, las RPP del TESL otorgaban a este último la facultad de invitarlos para proveer tal cooperación. Era por tanto el TESL quien decidía qué Estado (cómo y cuándo) era invitado a cooperar. Sin embargo, las RPP no especifican cuál sería la naturaleza y alcance de los “arreglos ad hoc” o “acuerdos”. Tampoco estaba claro el significado de la expresión “otra base apropiada”, si bien se entendía que solo el TESL tenía la capacidad alcanzar estos acuerdos, toda vez que operaba fuera del sistema jurídico interno de Sierra Leona (por lo que, no podía actuar con

base en los tratados que en materia de cooperación había celebrado Sierra Leona).

En este marco, Williams recuerda que el TESL tenía “personalidad jurídica internacional separada y ha[bía] podido negociar acuerdos bilaterales con Estados y organizaciones internacionales cuando [era] necesario” (Williams, 2012: 373). En efecto, según el art. 11 del Acuerdo, el TESL poseía la “capacidad jurídica” para “celebrar acuerdos con los Estados que [fueran] necesarios para el ejercicio de sus funciones y para el funcionamiento del Tribunal”. La Ley de ratificación del Acuerdo de Sierra Leona prevía lo mismo (art. 40). A este respecto, Williams (2012) señala lo siguiente sobre los argumentos esbozados por la SA del TESL en el caso Kallon, Norman y Kamara (Decision on Constitutionality and Lack of Jurisdiction):

En primer lugar, la Ley de ratificación establece que el TESL no formará parte del poder judicial de Sierra Leona. En segundo lugar, el TESL tiene capacidad judicial separada, incluida la facultad de celebrar tratados, facultad de la que no disponen los tribunales nacionales. En tercer lugar, como órgano basado en tratados, el TESL no opera dentro del sistema legal interno existente. En cambio, opera dentro del sistema legal internacional. Finalmente, el TESL está claramente establecido fuera del sistema judicial nacional (Zack-Williams, 2012: 279-280).

Por otra parte, si bien se consideraba la posibilidad de que tanto Sierra Leona como los terceros Estados incumplieran con sus obligaciones, no se especificaba cuál sería el procedimiento para seguir en estos casos. Así mismo, si bien se establecía que el presidente del TESL podía tomar acciones apropiadas, tampoco se precisaba cuáles serían estas acciones, como por ejemplo pedir explicaciones a la autoridad pertinente o informar de la situación al SGNU. Además, al no haber sido creado por el CSNU conforme al capítulo VII de la Carta de la ONU²¹, las controversias entre Sierra Leona y la ONU en materia de cooperación debían resolverse, según el Acuerdo, mediante negociación entre las partes.

²¹ Si bien hay que subrayar que el propio CSNU promovió la cooperación de los Estados con el TESL. *Vid.*: Resoluciones 1508 (2003), 1537 (2004). De hecho, la única resolución vinculante que el Consejo de Seguridad ha emitido respecto de la SCSL se relaciona con el traslado del expresidente de Liberia, Charles Taylor, a La Haya para ser juzgado (CSNU, 2006).

4.2. Las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya

Casi dos décadas después de la comisión de los crímenes de genocidio y lesa humanidad por los Jemeres Rojos (1975-1979) (Barria & Loper, 2005: 34-35), el gobierno de Camboya, en el contexto de la reciente creación del TPIY (1993) y del TPIR (1994) y del proceso de negociación de la CPI (1989-1998), solicitó asistencia a la ONU en 1997 para hacer comparecer a los responsables. Tras un complejo proceso de negociación²², se promulgó en 2001 la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya para el Procesamiento de los Crímenes cometidos en el período de la Kampuchea Democrática (la Ley)²³. Dos años después se celebró el Acuerdo de cooperación entre la ONU y Camboya (el Acuerdo) (2003), que, según su art. 2(2), sería implementado mediante la Ley.

Tras su ratificación por Camboya, las SETC, que, si bien fueron establecidas por la legislación nacional, tienen una composición híbrida (funcionarios y magistrados camboyanos e internacionales)²⁴ y

²² El Gobierno de Camboya solicitó asistencia para hacer comparecer a los responsables (1997). En respuesta, la ONU conformó un grupo de expertos que recomendó establecer un tribunal internacional, lo que no fue aceptado por Camboya. Posteriormente, el Gobierno de Camboya solicitó a la referida ONU asistencia, vía un grupo de expertos, para la redacción de una norma por la cual se estableciera un tribunal nacional especial (1999), lo que tampoco llegó a consolidarse. Es de tenerse en cuenta que, debido a la abolición de leyes y masacre de intelectuales y otros que tuvo lugar durante el régimen de Pol Pot, Camboya sufrió una grave carencia de leyes básicas, así como de profesionales del derecho capaces de interpretar y administrar la ley, lo que constituyó siempre un desafío que Camboya tuvo que abordar (Ministerio de Justicia de Japón, s.f.).

²³ La Ley que establecía, entre otras cosas, que la asistencia internacional para el establecimiento y funcionamiento de las Salas se prestaría a través de la ONU.

²⁴ A diferencia del Tribunal Especial para Sierra Leona donde los magistrados internacionales son elegidos por el Secretario General, en las Salas de Camboya, los jueces internacionales son nombrados por el Consejo Superior de la Magistratura a propuesta del SGNU (arts. 3, 5, 6, 7 y 8 del Acuerdo; arts. 9, 11, 13, 16, 18 y 22 de la Ley).

competencia exclusiva sobre los mencionados crímenes²⁵, iniciaron su funcionamiento efectivo en 2007²⁶, tras la adopción de un Reglamento Interno (equivalente a las RPP que se aplican en el TPIY y el TPIR)²⁷ y el establecimiento de un *Rules and Procedure Committee* (me-

²⁵ A diferencia de otros tribunales creados bajo auspicio del Consejo de Seguridad, las Salas Extraordinarias han sido creadas en los tribunales camboyanos en virtud de la legislación nacional de Camboya y, como tribunales nacionales que son, forman parte de la estructura judicial del referido Estado (Zack-Williams, 2012: 125; Fraschina, 2008). En efecto, la Ley previó que las SETC “se establecerán en la estructura judicial existente” (art. 2). Además, no existe disyuntivas en torno a la competencia entre los tribunales nacionales e internacionales, sino que se apuesta por la competencia exclusiva de las SETC para juzgar los crímenes previstos en la Ley (art. 2(1) del Acuerdo), que, según los arts. 3-8 de la Ley y el art. 9 del Acuerdo, están relacionados con: (a) los tratados internacionales de los que Camboya es Estado Parte (Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (1948); Estatuto de Roma (1998); Convenios de Ginebra (1949); Convención de La Haya sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (1954); Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (1961)); y (b) el Código Penal de Camboya de 1956 (homicidio, tortura y persecución religiosa).

²⁶ El funcionamiento efectivo de las SETC comenzó con la primera acusación de la Fiscalía centrada en cinco sospechosos (Donlon, 2013): (a) Kaing Guek Eav “Duch” (ex director del principal centro clandestino de interrogaciones y ejecuciones en Phnom Penh “S-21”); (b) Nuon Chea; (c) Leng Sary; (d) Leng Thirith; y (e) Khieu Samphan (Vid.: SETC, 2007a-e).

²⁷ A nivel procesal, las Salas aplican el procedimiento penal de Camboya (art. 12(1) del Acuerdo; art. 2 de la Ley); aunque, se adoptó un Reglamento Interno (Internal Rules) similar a las RPP que se aplican en el TPIY y el TPIR. El Reglamento Interno (sobre el cual se asienta la organización y procedimientos de las Salas) busca “consolidar el procedimiento camboyanos aplicable para los expedientes ante las SETC” y “adoptar las reglas adicionales cuando estos procedimientos existentes no se ocupan de un asunto en particular, o si existe incertidumbre sobre su interpretación o aplicación, o si hay dudas sobre su conformidad con los estándares internacionales” (como se establece en el preámbulo del Reglamento). En palabras de la SPI de las SETC, este instrumento “consolida los procedimientos camboyanos aplicables ante las SETC y adopta un procedimiento internacional para garantizar la justicia, la equidad y el debido proceso legal” (ECCC, en Jørgensen, 2018).

dian­te el cual se adoptan instrucciones prácticas relacionadas con el funcionamiento de las SETC)²⁸.

La Ley prevé que “[l]os jueces co-instructores llevarán a cabo investigaciones sobre la base de la información obtenida de cualquier institución, incluido el Gobierno, órganos de las Naciones Unidas u organizaciones no gubernamentales”; para lo cual “tendrán la facultad de interrogar a los sospechosos y las víctimas, escuchar a los testigos y reunir pruebas” (art. 23). Para llevar a cabo estas investigaciones, los jueces “pueden buscar la asistencia del Gobierno Real de Camboya, si dicha asistencia fuera útil para la investigación, y dicha asistencia sea proporcionada” (art. 23). Similar regla aplica respecto de los “Co-Prosecutors” (art. 20).

Por su parte, el art. 25 del Acuerdo prevé que Camboya debe cumplir sin demoras indebidas con cualquier solicitud de asistencia formulada por los jueces co-instructores, los co-fiscales y las Salas Extraordinarias para, entre otras cosas: (a) identificar y localizar personas; (b) dar servicio de documentos; (c) arrestar o detener personas; y (d) trasladar imputados. Es de notarse que, si las SETC no funcionan según lo previsto, puede terminar tal cooperación. De esta manera, si el gobierno camboyano cambia la estructura u organización de las Salas o su funcionamiento, la ONU “se reserva el derecho de dejar de prestar asistencia” (art. 28 del Acuerdo) porque esto impli-

²⁸ Junto al Reglamento Interno, se estableció también un Rules and Procedure Committee mediante el cual se adoptan instrucciones prácticas relacionadas con el funcionamiento de las SETC. No obstante, si tuviera lagunas, los órganos judiciales decidirán según la Ley y el Acuerdo. En este marco, Jørgensen (2018: 52) señala que “[l]as Reglas internas son, naturalmente, el primer punto de referencia en los procedimientos de las SETC, ya que están diseñadas para garantizar que las SETC cumplan expeditivamente su mandato de conformidad con la ley camboyana, al tiempo que mantienen los más altos estándares de juicio justo. Las lagunas o incertidumbres procesales pueden abordarse basándose en el CPC [Código de Procedimiento Penal de Camboya] y a través de un análisis comparativo de las reglas procesales pertinentes establecidas a nivel internacional.

caría *per se* la violación al Acuerdo a pesar de la flexibilidad que el mismo imprime en la rotación de personal²⁹.

Como se observa, mientras el Acuerdo prevé la obligación categórica de Camboya de cumplir con cualquier solicitud de asistencia, la Ley prescinde de ello, apostando por un verbo desiderativo (“*may seek*”) que queda en el dominio de los jueces coconstructores y los cofiscales. Así, la Ley no menciona obligación alguna de Camboya, y menos aún, la posibilidad de que se preste asistencia por terceros Estados, restringiendo su actuar a la mera provisión de información que también se espera venga de otros actores (organizaciones no gubernamentales y órganos de la ONU).

A pesar de esta disparidad entre la Ley y el Acuerdo, Zack-Williams (2012: 376) subraya que la obligación de cooperación es clara respecto de Camboya. Así, según el autor:

[...] el Acuerdo de las SETC requiere que el Gobierno coopere con las SETC. Esta obligación, que se basaba en las disposiciones de cooperación de los Estatutos del TPIY y el TPIR [...]. También tiene efecto directo en la legislación camboyana. La falta de cooperación podría resultar en que las Naciones Unidas afirmen que se ha violado el Acuerdo SETC, aunque como no existe un mecanismo de resolución de disputas de terceros, la única sanción parece ser el retiro del financiamiento y la asistencia de las Naciones Unidas.

Sin embargo, la situación es menos clara en relación con terceros Estados porque el Acuerdo, en cuanto que tratado internacional entre la ONU y Camboya, solo puede imponer obligaciones a quienes son parte del mismo. Sin embargo, la regla 5(1) del Reglamento Interno, faculta a las SETC a “invitar a los Estados no parte del Acuerdo” a prestar asistencia judicial sobre la base de acuerdos ad hoc o cualquier otro medio adecuado. Así mismo, cuando el Estado no proporcione la asistencia, los interesados (cofiscales, jueces coconstructores, salas) “pueden tomar las medidas apropiadas” a través de la Secretaría (Oficina de Administración), incluyendo la emisión de

²⁹ Es por ello que el art. 46 de la Ley “prevé una contingencia contra el colapso total de la institución, permitiendo varias etapas de retiro de los jugadores clave al mismo tiempo que asegura que el caparazón de las SETC sobreviva” (Jørgensen, 2018: 76).

una solicitud de asistencia al SGNU y/o al gobierno de Camboya (regla 5(2)).

Con respecto a las órdenes de arresto, el Reglamento Interno señala que pueden ser emitidas contra sospechosos, inculpados o acusados, con independencia de que se encuentren en Camboya, estén fugados, residan en un lugar desconocido o se encuentren en el extranjero (regla 42), y de ser necesario la orden “puede ser emitida internacionalmente con el apoyo de cualquier mecanismo efectivo” (Regla 44 párrafo 1). Sin embargo, al margen de Camboya, ningún otro Estado está obligado en asistir a las SETC en su ejecución. De esta manera, sólo cabe la posibilidad de invitarlos a brindar la cooperación a través de acuerdos “ad hoc” u “otro medio adecuado”, si bien no se precisa qué naturaleza tendrían tales acuerdos (si tratados o instrumentos internacionales de carácter meramente político). Así mismo, tampoco se establece qué se entiende por “medio adecuado”, ni se prevén las condiciones mínimas a considerar para llegar a tal estándar. Además, como las SETC no poseen personalidad jurídica, “[...] no puede[n] negociar acuerdos con terceros Estados para asegurar su cooperación. En cambio, depende[n] de los acuerdos bilaterales existentes de los que Camboya es parte y de las autoridades nacionales para emitir las solicitudes de asistencia necesarias” (Zack-Williams, 2012: 376).

Se observan, por tanto, elementos de internacionalización (en particular, cuando el acusado reside fuera de Camboya) que no se acompañan de los procedimientos necesarios para facilitar la cooperación o asistencia por parte de terceros Estados. A esto hay que sumar el hecho que los Códigos Penal (2010) y de Procedimiento Penal (2007) de Camboya no mencionan la cooperación y asistencia judicial en las investigaciones, a pesar de que uno esperaría que pudieran establecer la regulación interna en esta materia, además de implementar las obligaciones asumidas a este respecto por Camboya en ciertos tratados internacionales como la Convención de Palermo y el Tratado de Asistencia Judicial Mutua en Materia Penal (2004)³⁰.

³⁰ El Tratado de Asistencia Judicial Mutua en Materia Penal es un tratado regional que, bajo auspicio de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental, fue adoptado el 29 de noviembre de 2004 y ratificado por Camboya el 26

Pese a la inexistencia en Camboya de un marco jurídico en materia de cooperación y asistencia mutua en materia de búsqueda, identificación, detención y entrega de personas, sí existe un sistema de extradición, en el cual el cual la Dirección General de Investigación y Desarrollo Judicial del Ministerio de Justicia es la dependencia encargada de facilitar la asistencia judicial recíproca, el traslado de presos y la extradición. A ello se suma que Camboya tiene tratados vigentes en materia de extradición con Tailandia, República Democrática Popular de Laos, China, Corea del Sur y Vietnam, y cuenta con una práctica institucionalizada como Estado requerido y como Estado requirente a través de un procedimiento de cooperación internacional que considera, entre otros, los canales diplomáticos (Ku Khemlin). Estos canales podrían ser utilizados para tramitar las solicitudes de cooperación de las SETC, a lo que habría que sumar los procedimientos específicos previstos en materia anticorrupción.

Así, la Ley Anticorrupción (promulgada en Camboya el 17 de abril de 2010 y en vigor desde el 2 de agosto de 2011) establece un sistema más desarrollado de cooperación entre Camboya y terceros Estados con respecto a la extradición y el decomiso del producto de las prácticas corruptas (Kuy Chhay: 53). Además, en relación con la asistencia judicial recíproca en delitos de corrupción, los tribunales camboyanos (a los cuales pueden asimilarse las SETC en tanto que forman parte del sistema judicial camboyano) pueden “delegar poder en el tribunal competente de cualquier [E]stado extranjero y [...] recibir poder de la autoridad judicial de cualquier [E]stado extranjero, con el fin de recopilar pruebas e información relacionada con el delito”³¹. Además, Camboya es desde el 2007 un Estado Parte de la CNUCC (2003), que contiene un apartado específico sobre la asistencia judicial recíproca, cuya implementación en el ámbito interno podría permitir el recurso por las SETC a las medidas allí recogidas.

de enero de 2010, con el objeto de mejorar la eficacia de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley en la prevención, obstrucción, investigación y enjuiciamiento de delitos vía la cooperación y la asistencia judicial recíproca en materia penal.

³¹ Art. 51 de la Ley sobre Anticorrupción. *Vid.*: Ku Khemlin (2015).

En este sentido, las normas internas camboyanas (códigos penal y procesal penal), que han incorporado las obligaciones internacionales de Camboya, tienen una gran importancia en relación con la extradición (por delitos relacionados con la corrupción) y la recuperación de activos (mediante la incautación y decomiso del producto de las prácticas corruptas). Como las SETC forman parte de la estructura judicial de Camboya, podrían intentar aprovechar estos procedimientos de cooperación existentes en materia anticorrupción. Si ello no fuera posible, cabría en última instancia recurrir a la cooperación informal (asistencia de “policía a policía”), la cual no requiere una base normativa o de reciprocidad, al menos, en lo relativo al intercambio de información (Starygin, 2011: 35).

Sin embargo, y pese a lo señalado, las SETC tendrían un “[...] mayor riesgo de colapso institucional que cualquier otro tribunal penal internacional o híbrido” (Scheffer, 2012: 344-345), debido a la alta corrupción judicial en Camboya. Como señala Jørgensen (2018: 76), “la cooperación fue entusiasta en los primeros días de las SETC y con respecto a los arrestos iniciales, pero este entusiasmo se convirtió en frialdad cuando el Co-fiscal internacional propuso ampliar la lista de sospechosos más allá de los cinco originales”³². Así mismo, para Barria & Roper (2018:248), el problema es que, en general, es difícil establecer tribunales híbridos (THs) en países sin las instituciones y la cultura jurídica necesarias para sustentar el estado de derecho, lo que en el caso de Camboya “[...] se ha exacerbado porque el gobierno de turno está compuesto por ex miembros de los Jemeres Rojos. Debido a la relación de individuos como Hun Sen con los Jemeres Rojos, el gobierno ha intentado limitar el círculo de investigados y el alcance de la jurisdicción de la SETC (algunos argumentarían que incluso frustrando su creación)”.

³² Cabe recordar que, en marzo de 2008, los cofiscales presentaron una “*Supplementary Submission*” sobre la base de nuevas denuncias formuladas por las víctimas; y, por la cual, solicitaron una investigación judicial por actos delictivos adicionales.

4.3. *El Tribunal Especial para el Líbano*

El Tribunal Especial para el Líbano (TEL) se estableció en virtud de un acuerdo celebrado entre las Naciones Unidas y la República Libanesa (Acuerdo del 2007), que entró en vigor el 10 de junio de 2007, con la Resolución 1757 (2007), del Consejo de Seguridad, de 30 de mayo de 2007³³. El establecimiento del TEL nace con el esquema de los acuerdos que rigen para el TESL y las SETC³⁴, pero con las especificidades propias del caso libanés³⁵. Además, presenta claras diferencias respecto de los tribunales internacionales establecidos por el CSNU³⁶. De esta manera, “[e]n su condición de órgano basado en un tratado, el tribunal especial no es un órgano subsidiario de las Naciones Unidas ni forma parte del sistema judicial libanés” (Fraschina, 2008: 16; Informe del SGNU sobre el TEL, 2006: párr. 6).

³³ El atentado terrorista cometido el 14 de febrero de 2005 en Beirut, que causó la muerte del ex Primer Ministro del Líbano, Rafiq Hariri, provocó que, desde la ONU, se estableciera una “misión de investigación” y, luego, una “Comisión Internacional Independiente de Investigación”. No obstante, debido a hechos conexos que fueron desarrollándose a continuación, el Líbano solicitó al SGNU el establecimiento de un tribunal internacional encargado de enjuiciar a los responsables. Es así que, el CSNU expidió la Resolución 1664, del 29 de marzo de 2006, donde solicitó al SGNU “negociar un acuerdo con el Gobierno del Líbano destinado a establecer un tribunal de carácter internacional” para investigar y enjuiciar a los responsables de ataques ocurridos entre el 1 de octubre de 2004 y 12 de diciembre de 2005, o fecha posterior y que estuvieran conectados con el atentado (art. 1(1)).

³⁴ Si bien el Acuerdo del 2007 respondía a un esquema similar al previsto para Camboya y Sierra Leona, la imposibilidad de su ratificación al interior del Líbano provocó que el Consejo de Seguridad decidiera hacerlo entrar en vigor mediante la Resolución 1757 (2007), adoptada conforme al capítulo VII de la Carta de la ONU, tal como lo había hecho con el TPIR y TPIY.

³⁵ Por ejemplo, las reglas sobre la sede (fuera del Líbano en Leidschendam (Países Bajos)), financiación (el 49% de gastos a cargo del Líbano, y el 51% a cargo de contribuciones voluntarias de los Estados).

³⁶ El TEL se distingue también por la influencia del sistema penal francés como resultado de la aplicación de la normativa libanesa, y por las actuaciones previas de investigación llevadas a cabo por la Comisión Internacional Independiente de Investigación, que actuó como una especie de embrión de la fiscalía (SGNU, 2008). *Vid.*: Informe del SGNU sobre el TEL (2006: párrs. 8, 9).

Como señala el SGNU, aunque “[...] el tribunal especial tiene características internacionales, su competencia por razón de la materia o la legislación aplicable siguen siendo de carácter nacional” (Informe del SGNU sobre el TEL, 2006: párr. 7). En consecuencia, el Estatuto del TEL (E TEL), recogido en el Acuerdo de 2007, considera que la normativa penal aplicable es la contenida en el Código penal libanés en relación con el terrorismo, los delitos contra la vida y la integridad personal, la asociación ilícita y la omisión del deber de informar sobre los mismos, y en la Ley de 11 de enero de 1958 sobre el agravamiento de las penas para los delitos de sedición, guerra civil y lucha entre confesiones religiosas (arts. 2, 6 y 7 del E TEL). Asimismo, se prevé la competencia concurrente entre el TEL y los tribunales libaneses, teniendo el primero primacía sobre los segundos, de manera que el TEL tiene la capacidad de solicitar “a la autoridad judicial nacional que conoce del caso [...] que se inhiba”, teniendo esta última la obligación de remitir al TEL “los resultados de la investigación y una copia de los autos, en su caso”. Además, los determinados quedarán bajo la custodia del TEL (art. 4 del E TEL).

Según el Acuerdo de 2007, solo el Líbano tiene la obligación de cooperar con el TEL “en todas las etapas de las actuaciones” (art. 15 (1)) y cumplir, “sin demora indebida” las solicitudes de asistencia, incluyendo, entre otras, las relativas a: (a) la identificación y el paradero de personas; (b) la notificación de documentos; (c) la detención o captura de personas; y (d) el traslado de los acusados al TEL (art. 15 (2)) (Informe del SGNU sobre el TEL, 2006, párr. 52). A este respecto, Sluiter ha señalado lo siguiente:

Cabe señalar que, este Acuerdo nunca fue, de hecho, ratificado en el Líbano; en cambio, los términos del Acuerdo fueron “activados” —entraron en vigor— cuando el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 1757, el 30 de mayo de 2007. Esto ha generado la peculiar situación de que formalmente la fuente de las obligaciones de cooperar es la resolución del Consejo de Seguridad y todos los miembros de las Naciones Unidas están obligados a cumplir y aceptar esta resolución, de conformidad con el Art. 25 de la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, en esencia, la resolución —al referirse únicamente al Anexo y dotar al texto de ese Anexo de efectos jurídicos— no altera en modo alguno el contenido del Anexo, incluido el hecho de que, según sus

términos, solo el Líbano está obligado a cooperar con el TEL (Sluiter, 2014: 137)³⁷.

A este respecto, es importante tener en cuenta que, antes del TEL, el CSNU había creado, a través de su Resolución 1595 (2005), la “Comisión Internacional de Investigación” para que “ayud[ara] a las autoridades del Líbano a investigar todos los aspectos de este acto terrorista e incluso a identificar a sus autores, patrocinadores, organizaciones y cómplices” (párr. 1). Con este fin, se había habilitado a la Comisión a contar con la “plena cooperación de las autoridades del Líbano”, a acceder a información y pruebas, a tener plena libertad de desplazamiento en el territorio libanés y a gozar de privilegios e inmunidades (párr. 3). Además, con respecto a terceros Estados, la Resolución 1595 “[i]nsta[ba] a todos los Estados y a todas las partes a que cooper[asen] plenamente con la Comisión” (párr. 7).

Posteriormente, mediante la Resolución 1636 (2005), el CSNU ordenó a los Estados a adoptar medidas para impedir el ingreso o tránsito de los sospechosos por sus territorios y congelar sus activos (párrafo 3). Además, ordenó en particular a Siria detener a sus nacionales sospechosos para ponerlos a disposición de la Comisión, subrayando que esta tenía “los mismos derechos y atribuciones” del párrafo 3 de la Resolución 1595 (párrafo 11). Semanas después, en su Resolución 1644 (2005), el CSNU volvió a reiterar “la obligación y el compromiso de Siria de cooperar plena e incondicionalmente con la Comisión” (párrafo 4).

En consecuencia, si bien puede parecer desde una perspectiva jurídico formal que el sistema de cooperación previsto en la Resolución 1757 es suficiente, lo cierto es que el mismo supuso, en realidad, un auténtico retroceso con respecto a la normativa en vigor, que recogía obligaciones expresas de cooperación no solo para el Líbano, sino también para Siria y otros Estados. Como Sluiter ha señalado:

Es desconcertante que este llamado a todos los Estados para que cooperen con la UNIIIC desapareció cuando se creó el STL mediante la

³⁷ En consecuencia, a diferencia del TPIY y del TPIR, el régimen de cooperación del TEL tiene la limitación de no poder obligar a terceros Estados distintos del Líbano a cooperar con él (Korecki, 2009: 928-929).

Resolución 1757. Es un paso atrás, considerando que, habida cuenta de la naturaleza de la institución que se crea —un tribunal y no un organismo de investigación— uno hubiera esperado, como mínimo, que se repitiera este llamamiento a todos los Estados. Sin embargo, no está claro si la inclusión de obligaciones similares en la Resolución 1757 —es decir, obligaciones plenas que incumben al Líbano y Siria y obligaciones más limitadas a todos los Estados— habría marcado una gran diferencia desde una perspectiva práctica para el funcionamiento del STL (Sluiter, 2014: 138-139).

El TEL carece, por tanto, de un régimen de cooperación que alcance a terceros Estados distintos del Líbano (Swart, 2007: 1159), lo que se torna especialmente sensible en la recopilación de pruebas, el traslado de personas acusadas, y otras medidas³⁸. Si bien el CSNU puede requerir, conforme al capítulo VII de la Carta de la ONU, que un Estado asista al TEL, este último puede recibir también la cooperación de terceros Estados, vía la celebración de acuerdos de cooperación o de manera ad hoc. En el primer caso, los Estados se sujetan a la regla 21 (A) de las RPP del TEL sobre incumplimientos a las órdenes o solicitudes de asistencia del TEL³⁹, que incluye, entre otras cosas, el recurso a un mecanismo de solución de controversias (lo que no sucede cuando se trata de una asistencia voluntaria ad hoc) (Korecki, 2009: 932).

Además del Acuerdo y del ETEL, el sistema de cooperación entre el TEL y el Líbano se rige por los siguientes *Memorandum of Understanding* (MoU): (a) el MoU para el establecimiento de la oficina del TEL en el Líbano (2009); (b) el MoU sobre cooperación (2009); y (c) el MoU sobre modalidades de cooperación (2010). Si bien los MoUs buscan simplificar el procedimiento de cooperación, no establecen

³⁸ Por ejemplo, rastreo, congelamiento o incautación de bienes, productos o instrumentos del delito; movimiento temporal libre de interferencias en Estados de tránsito; reubicación de testigos, ejecución de sentencias.

³⁹ El TEL puede construir una red de cooperación sobre lo logrado por el TPIY y TPIR. Por ejemplo, el TPIY firmó 16 acuerdos (Italia, Finlandia, Noruega, Austria, Suecia, Francia, España, Dinamarca, Reino Unido, Bélgica, Ucrania, Portugal, Estonia, Eslovaquia, Polonia y Albania) y TPIR firmó ocho acuerdos sobre ejecución de sentencias (Mali, Benin, Swazilandia, Francia, Italia, Suecia, Ruanda y Senegal).

nuevas obligaciones para las partes y, en la práctica, presentan algunas deficiencias de carácter operativo.

Así, el MoU para el establecimiento de la oficina del TEL en Beirut, fija un centro desde donde se realizan las investigaciones u otras actividades relacionadas (art. 2). Así, se dispone que el Líbano debe “[...] cooperar con la Oficina y prestar toda la asistencia que sea necesaria para el desempeño de sus funciones. El Gobierno cumplirá con prontitud todas las solicitudes de asistencia” (art. 4). Ello incluye la obligación del Líbano (representado por su Ministro de Justicia, designado como tal en virtud del MoU) de ceder a la jurisdicción del TEL en caso de concurrencia y siempre que fuera solicitado por el TEL (así sucedió, por ejemplo, cuando el Líbano cumplió con la solicitud del TEL de liberar a cuatro generales detenidos en relación con las investigaciones de la policía libanesa sobre el ataque del 14 de febrero de 2005) (TEL, 2009c).

A través del MoU sobre cooperación celebrado entre la Fiscalía del TEL y el Líbano se establece que este último “garantizará que la Fiscalía del [TEL] esté libre de injerencias en el desarrollo de su investigación [...], y se le brinde toda la asistencia necesaria para el cumplimiento de su mandato”, incluyendo: (a) la provisión de información documental, testimonial y física, así como de evidencia; (b) la facilidad de acceder a lugares, personas y documentos con fines de investigación; (c) la facilidad en la conducción de entrevistas y reuniones con personas que puedan ayudar en la obtención de información, evidencia y testimonios (art. 3). Así mismo, se establece también que la Fiscalía del TEL puede realizar “solicitudes de asistencia de cualquier tipo o solicitudes de procedimientos judiciales o legales”, para lo cual debe ajustarse al Código de Procedimiento Penal del Líbano (art. 4). Según el MoU, las solicitudes de cooperación se tramitarán a través de la Fiscalía General del Tribunal de Casación del Líbano (art. 5).

Según el MoU sobre modalidades de cooperación (firmado entre la Oficina de la Defensa y el Líbano), la Defensa puede “[...] realizar libremente cualquier investigación dentro del territorio del Líbano” y el gobierno “se compromete a que los equipos de Defensa tengan la independencia necesaria para el desempeño de sus funciones” (art. 3). Además, se prevén dos procedimientos para que el Líbano brinde

la cooperación solicitada por la Defensa. El primero, que es aplicable en relación con las medidas no coercitivas (como, por ejemplo, brindar documentos, testimonios, facilitar el acceso a lugares y personas y garantizar investigaciones seguras), establece que el director de la Oficina de Defensa, a pedido de los abogados defensores, puede canalizar las solicitudes de cooperación a la autoridad libanesa competente: el director de la División de Litigios del Ministerio de Justicia (art. 4). Conforme al segundo, relativo a medidas coercitivas (tales como, convocar y trasladar personas o ejecutar registros e incautaciones), la Defensa puede solicitar una orden de cooperación y medidas coercitivas del juez de instrucción. Si este accede, transmitirá la orden al juez de enlace (el presidente del Tribunal de Casación del Líbano) para su ejecución, debiendo mantener la confidencialidad de la orden y garantizar su cumplimiento (art. 5)⁴⁰.

⁴⁰ Según la Sala de Primera Instancia del TEL:

26. [...] El Director es competente para dirigir las solicitudes a las autoridades correspondientes y empresas privadas, pero no para dictar órdenes vinculantes para obligar a la cooperación. En otras palabras, el artículo 4 no contiene ningún mecanismo de aplicación.

27. El artículo 5 del Memorándum 'Asistencia para medidas coercitivas', en cambio, se refiere a las órdenes de cooperación y medidas coercitivas que se tomen bajo la Regla 77 (A). [...]

28. El abogado defensor puede invocar el artículo 5 cuando las solicitudes de asistencia bajo el artículo 4 no tienen éxito —es decir, para obligar a las autoridades a cumplir con las solicitudes— o cuando se requieren medidas coercitivas como primera medida [...]. La intervención judicial de las Salas del Tribunal Especial, en virtud de la Regla 77 (A), es requerida para desencadenar las ejecuciones judiciales libanesas en virtud del Artículo 5 del Memorándum (TEL, 2014c).

En el referido caso, la Sala de SPI del TEL había recibido varias mociones de la Defensa en la que solicitaban, conforme a la regla 20 (A) de las RPP del TEL, la asistencia del Líbano en la ejecución de medidas coercitivas para la búsqueda, identificación y provisión de material relevante, que no habían sido reguladas en el MoU. De hecho, la SPI identificó diversas deficiencias en el MoU:

20. El Primer Presidente de la Corte de Casación del Líbano, en su carta al Presidente del 27 de noviembre de 2013, señaló que su función, de conformidad con el memorando, se limitaba a la de un 'Juez de Enlace' [...].

21. Hay algo de mérito en sus comentarios. Parece que el Primer Presidente no tiene la jurisdicción o el poder para obligar a la producción del material

En consecuencia, tanto la Fiscalía como la Defensa del TEL pueden realizar investigaciones autónomas dentro del Líbano (que se ajustarán a los estándares internacionales y procedimientos regulares), debiendo las autoridades libanesas facilitar el acceso a lugares, personas y documentos para la investigación (esto en contraste con la CPI, el TPIY y el TPIR, que no consideran a la defensa en su sistema de cooperación). Sin embargo, esto no incluye la adopción de medidas coercitivas como la detención de sospechosos o el allanamiento sus domicilios. Además, en todo caso, la Fiscalía y la Defensa han de solicitar la asistencia del Estado para poder ingresar al país y

solicitado por la Oficina de la Defensa. Su función judicial [...] parece estar limitada a ser enlace; en efecto, el Primer Presidente funciona como un ‘buzón de correos’ para recibir y transmitir estas solicitudes de asistencia a otras autoridades. [...] El Primer Presidente parece no tener poder para hacer lo que el Artículo 5 (3) (c) establece que debe hacer. El Primer Presidente tampoco tiene control sobre lo que sucede después de que transmite la solicitud a otro lugar.

22. La Sala de Primera Instancia no está convencida de que esta sea la forma más eficaz o rápida de transmitir una solicitud de asistencia a un Estado. Puede ser más práctico que las solicitudes de asistencia se dirijan directamente a una autoridad que tenga los medios para dictar órdenes compulsivas de presentación de documentos. La Fiscalía ha puesto en marcha tales arreglos. La Sala de Primera Instancia cree que el Jefe de la Oficina de la Defensa debería considerar la celebración de arreglos alternativos similares. La Sala de Primera Instancia también observa que el memorando, en el Artículo 5 y en sus definiciones en el Artículo 1 (i), se refiere únicamente al Juez de Instrucción y no a la Sala de Primera Instancia o la Sala de Apelaciones. La regla 130 (B), por el contrario, dispone que todas las reglas que rigen las actuaciones ante el Juez de Instrucción (con tres excepciones) se aplican por igual a las que se celebren ante la Sala de Primera Instancia después de que ésta reciba el expediente. El memorándum parece haber pasado por alto esta disposición (TEL, 2014a).

Según esto, se advierten inconsistencias entre el MoU, por un lado, y el marco interno libanés y las RPP del TEL, por otro lado. En efecto, el MoU considera la figura de un poderoso Presidente del Tribunal de Casación del Líbano que, en realidad, no puede imponerse ni controlar la atención y ejecución de las solicitudes de asistencia por la autoridad libanesa correspondiente; por lo que, en la práctica, solo desempeñaría un rol “visagra”. Así mismo, mientras el MoU solo se refiere al juez de instrucción, las RPP resultan ser más completas.

que se les garantice el desempeño de acciones de manera segura y sin interferencias (Sluiter, 2014:144-147).

La Fiscalía y la Defensa han pedido también en varias ocasiones la determinación del incumplimiento del Líbano. Sin embargo, el juez de instrucción y la SPI no lo han hecho por no encontrar suficientes razones que lo justificaran o porque el proceso aún estaba en trámite (TEL, 2011b). En este sentido, es importante tener en cuenta que la regla 20 (A) de las RPP habilita al juez de instrucción o a SPI a dictaminar un incumplimiento contra el Líbano, en caso de que la autoridad libanesa no cumpla en el plazo de 30 días con la solicitud u orden de cooperación. Además, según regla 20 (C), el juez de instrucción o la SPI “puede hacer una constatación en ese sentido” siguiendo un procedimiento que va desde el requisito de consultas internas (ausente en el TPIY, el TPIR y el TESL) hasta la remisión del asunto al CSNU para su acción (TEL, 2015). Al respecto, cabe notar que la SPI del TEL ha señalado que, al igual que ocurre en la CPI, “puede” hacer la determinación del incumplimiento de la orden directamente. Así, según la SPI, “[...] para una determinación de incumplimiento, tanto el Reglamento del Tribunal Especial como el Estatuto de Roma de la CPI establecen que la Sala puede hacer tal determinación después del incumplimiento de una orden; mientras que, las del TPIY, el TPIR y el TESL disponen que una Sala puede informar al Presidente si está convencida de que se ha producido un incumplimiento” (TEL, 2014a).

Si bien, el régimen de cooperación del TEL podría asimilarse a otros THs como el TESL o las SETC, existen diversos factores que complejizan su situación, como son, la escasa cooperación de terceros Estados (especialmente, Siria), la cual es necesaria en el arresto de los sospechosos y la recopilación de las pruebas, o la ausencia de ejecución de órdenes de arresto del TEL debido a que los sospechosos no pueden ser encontrados o arrestados fuera del Líbano, lo que ha llevado al TEL a realizar juicios en ausencia (Sluiter, 2014: 139).

Más allá de las resoluciones que pudiera adoptar el CSNU para imponer a terceros Estados la obligación de cooperar con el TEL o para promover la celebración de acuerdos de cooperación con el este último, cabe preguntarse si el TEL podría solicitar la cooperación de terceros Estados a través del Líbano, con base en los trata-

dos internacionales ratificados por este último en materia de persecución del terrorismo y las resoluciones en esta materia del CSNU. Todo ello, a la luz de la jurisdicción material del TEL sobre el crimen internacional de terrorismo, tal y como ha sido calificado por la SA del TEL (2011a). Sobre esta cuestión Swart ha señalado lo siguiente:

En lo que respecta a los tratados internacionales, uno puede pensar en particular en las convenciones multilaterales más importantes sobre terrorismo, así como en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000. Es relevante señalar aquí que estas convenciones no contienen una obligación incondicional para las partes de extraditar personas. En cambio, han establecido obligaciones de extraditar o de enjuiciar. En segundo lugar, en una resolución y en varias declaraciones presidenciales sobre la situación en el Líbano, el Consejo de Seguridad se ha referido en varias ocasiones a las obligaciones de los Estados miembros de cooperar con las autoridades libanesas en virtud de tres resoluciones generales del Consejo sobre terrorismo: Resoluciones 1373 (2001), 1566 (2004) y 1624 (2005). Las dos primeras resoluciones fueron adoptadas bajo el Capítulo VII (Swart, 2007: 1157-1158).

En consecuencia, como señala Sluiter:

Surge la pregunta de si el STL podría solicitar la cooperación de terceros Estados a través del Líbano. La idea sería que la STL solicite al Líbano que haga uso de su red de relaciones de cooperación con otros Estados —regulada en tratados multilaterales o bilaterales— con vistas a ‘reenviar’ la ayuda recibida de terceros Estados a la STL. Esta idea parece razonable. [...] Este argumento, sin embargo, no es sencillo (Sluiter, 2014: 142).

La Convención de las Naciones Unidas para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas (1997) presenta un ámbito material que se corresponde con los ataques terroristas acaecidos en el Líbano que determinan la jurisdicción del TEL. Además, impone la obligación a los Estados Parte de cooperar en el arresto, extradición y recopilación de pruebas con respecto a actos de terrorismo. Sin embargo, la ejecución de las solicitudes de cooperación se supedita a los tratados preexistentes en materia de extradición y asistencia judicial mutua, o a las normas internas de los Estados Parte afectados, sin que en ningún momento se haga referencia a la cooperación con un tribunal internacional o híbrido, o a que este pudiera ser parte del tratado. Además, en ninguno de estos tratados

se permite que los funcionarios de un tercer Estado (o de un tribunal internacional o híbrido) puedan realizar diligencias de investigación en un tercer Estado sin su consentimiento.

En todo caso, conviene recordar que el Líbano no es un Estado Parte de la Convención de 1997, aunque sí lo es del Acuerdo Árabe de Riyadh para la Cooperación Judicial de 1983, que recoge reglas para la asistencia judicial en asuntos penales pudiendo constituirse en una base normativa entre Estados árabes. No obstante, este tratado también habilita a los Estados a negarse a cumplir con las solicitudes de asistencia. Además, siendo que el TEL está fuera de la estructura judicial nacional libanesa, no está claro que pueda solicitar al Líbano acceder a su red de cooperación con terceros Estados, o que los Estados eventualmente requeridos puedan considerar obligados a atender sus solicitudes. De hecho, en virtud del Acuerdo del 2007, el Líbano solo tiene obligación de brindar formas directas de cooperación cuando se le solicite realizar actos de investigación. Además, aún si el Líbano estuviera dispuesto a usar su red de cooperación para facilitar las actuaciones del TEL, tampoco hay certeza de si tal asistencia pudiera ser efectiva, ya que, en general, los tratados de asistencia jurídica se centran en procesos penales en curso en el Estado requirente (*Ibid.*: 142-143). Así, como señala Sluiter, “[...] en el contexto de la extradición, la regla de la especialidad puede ser un impedimento explícito para solicitar la cooperación de un estado para avanzar en los procesos penales en otros lugares”. En consecuencia, y más allá de las medidas que pueda adoptar el CSNU (como, por ejemplo, imponer que las reglas sobre cooperación y asistencia judicial en los tratados antiterrorismo apliquen *mutatis mutandis* al TEL), parece ser que la cooperación voluntaria con el TEL es la única alternativa viable, si bien sujeta a la decisión política de los terceros Estados requeridos (Sluiter, 2014: 144)⁴¹.

⁴¹ Como última opción, surge, teóricamente, la posibilidad de que en los casos en los que terceros Estados no brinden su cooperación, la Fiscalía y la Defensa del TEL puedan realizar, en el territorio de estos Estados, investigaciones autónomas no autorizadas por los mismos. Sin embargo, por las razones antes expuestas no parece esta una alternativa viable, sobre todo en el caso de la Defensa porque mientras todas las diligencias de investigación de los miembros de la Fiscalía son atribuibles al TEL, las actuaciones de

4.4. *Las Salas Especializadas de Kosovo*

Los hechos sobre los que las SEK ejercen su competencia material se remontan a las acciones del Ejército de Liberación Kosovar (ELK) y de los grupos militares y paramilitares serbios o de la República Federal de Yugoslavia (RFY), que acabaron traducándose en una confrontación armada entre los mismos a partir de 1998: el EKL buscaba consolidar la autonomía de Kosovo y, por lo tanto, su independencia de Serbia, mientras que los segundos, trataban de mantener el *status quo*⁴². Se han dado diversos intentos para investigar, enjuiciar y san-

los abogados de la Oficina de la Defensa no lo son (y esto a pesar de que la Oficina de la Defensa es un órgano del TEL). Además, en el territorio de terceros Estados, los abogados defensores, o sus investigadores, no se benefician de privilegios e inmunidades, lo que puede generar riesgos para su seguridad. En todo caso, aún cuando hubiere de por medio alguna violación a la soberanía estatal o a la normativa nacional, ello no supondría automáticamente un obstáculo para la admisibilidad de las pruebas, a menos que haya dudas en torno a su confiabilidad o integridad (Sluiter, 2014: 144-147).

⁴² Ante esta situación, la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) inició el 24 de marzo de 1999 bombardeos aéreos contra la RFY en Kosovo, respondiendo esta última a través de nuevos ataques (Simma, 1999: 1-22). En estas circunstancias, los Ministros de Relaciones Exteriores del Grupo de los Ocho aprobaron el 6 de mayo de 1999 siete principios para la solución política de la crisis de Kosovo (CSNU, 1999). Este “plan de paz” —aceptado por la RFY y aprobado por el Parlamento serbio el 3 de junio de 1999— implicó la adopción de, entre otros, el despliegue de una presencia civil y de seguridad internacional conforme a una resolución del CSNU. Así, se adoptó la Resolución 1244 del CSNU, del 10 de junio de 1999, por la cual se decidió desplegar en Kosovo fuerzas internacionales (párr. 5) y se solicitó al SGNU designar un “Representante Especial” (RESG) que controlase su despliegue (párr. 6). La presencia civil de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK) serviría para que “Kosovo [uviera] una administración provisional bajo la cual [...] pued[iera] gozar de una autonomía sustancial en la [RFY]” (párr. 10) pudiendo cumplir funciones civiles, organizar instituciones, proteger derechos humanos y mantener el orden público (párr. 11 literales a, b, c, i y j); por lo que, en este marco, se emitió el Reglamento 1999/1, del 25 de julio de 1999 —enmendado en varias ocasiones, y vigente desde el 10 de junio de 1999, fecha de adopción de la Resolución 1244—, según el cual “[t]oda autoridad legislativa y ejecutiva con respecto a Kosovo, incluida la adminis-

cionar los delitos sobre los que las SEK tienen jurisdicción, lo que llevó en última instancia a su creación en 2016⁴³.

tración del poder judicial, corresponde a la UNMIK y la ejerce el [RESG]” (sec. 1).

⁴³ Cabe notar, como antecedente que, ni la Resolución 1244 (1999) del CSNU ni el Reglamento 1999/1 de la UNMIK precisan los procedimientos para los crímenes internacionales cometidos en territorio kosovar. Como mucho, la Resolución 1244 “exig[ía] la plena cooperación de todos [...] con el [TPIY]” (párr. 14). Para entonces, el TPIY ya operaba, teniendo, además, una jurisdicción temporal indefinida lo que le permitía conocer los hechos acontecidos en Kosovo. En efecto, el TPIY procesó varios casos relacionados con los sucesos en Kosovo (Milošević, Milutinović, Haradinaj, Đorđević, Limaj), aunque, debido a ciertas limitaciones materiales y presupuestarias, la mayoría terminaron siendo investigados por la Sala de Crímenes de Guerra de Serbia (establecida en el 2003) y por los tribunales instaurados por la UNMIK. A través de la primera, se buscó juzgar crímenes con el apoyo de Estados Unidos y del TPIY (Human Rights Watch, 2007); vía los segundos, la UNMIK apostó por restablecer el sistema judicial y de aplicación de la ley (incluyendo el arresto de personas, el aseguramiento de la prueba y en general, cualquier medida coercitiva que se requiriera), más aún considerando que, con el retiro de la autoridad serbia de Kosovo, proliferó el crimen organizado. Ambas iniciativas se gestaron sobre la base de fiscales y jueces nacionales; no obstante, no prosperaron por la carencia de imparcialidad e independencia de jueces y fiscales albanokosovares frente a los acusados serbios y falta de experiencia) (Zack-Williams, 2012: 83). Luego, se pensó instaurar un tribunal penal internacionalizado concurrente con el TPIY (Tribunal de Crímenes Étnicos y de Guerra de Kosovo, KWECC), conformado por jueces nacionales e internacionales y ubicado fuera de la estructura judicial existente, lo que tampoco progresó por los nuevos actos terroristas (Cady & Booth, 2004: 60). En este marco, la UNMIK emitió el Reglamento 2000/6 —enmendado por el Reglamento 2000/64— por el cual se instauró el “Programa Internacional de Jueces y Fiscales” que consistía en nombrar jueces y fiscales internacionales ubicándolos en tribunales nacionales de Kosovo (Amnistía Internacional, 2008) para conocer crímenes de guerra, terrorismo y crimen organizado. Sobre lo último, Cady & Booth (2004: 61) afirmaron que “la lucha contra el crimen organizado se ha convertido ahora en una de las principales prioridades de la UNMIK” (Cady & Booth, 2004: 67).

Conforme lo señalado por el Reglamento 1999/1 (sec. 4), en la práctica aplicó: (a) el Reglamento de la UNMIK; (b) el Código Penal de Kosovo de 1977; y (c) supletoriamente, el Código Penal de FRY. Luego, el SRSR promulgó, en el 2003, el Código Penal Provisional (CC) y el Código de Proce-

dimiento Penal Provisional (CPC). Pese a las críticas, estas normas modernizaron el derecho penal y procesal en Kosovo, y su correspondencia con los estándares del derecho internacional (Murati, 2005: 115-116). El CPC dispuso el vínculo entre la obligación de asistencia judicial, la implementación de tratados y el marco constitucional de Kosovo (art. 506); y, precisó el trámite para la solicitud de asistencia de un tribunal nacional a agencias extranjeras, y viceversa, fijándose el principio de reciprocidad (arts. 509, 510, 511 y 512). Si bien excluye toda cooperación con otros tribunales (*v. gr.*: la CPI, el TPIY, el TPIR y otros tribunales internacionales (art. 516) (y, obvia toda mención a la cooperación con terceros Estados), en virtud de lo dispuesto en la Resolución 1244 (párrs. 14 y 18), la UNMIK “trabaj[ó] en estrecha coordinación con el TPIY, que tiene sus propias oficinas en Kosovo” (Cady & N. Booth, 2004: 66) y los Estados de la región debían también cooperar en la implementación “de todos los aspectos” de la referida resolución.

Si bien, la obligación de los Estados de ayudar a la UNMIK no implicaba explícitamente una obligación de cooperar y asistir en materia de búsqueda, identificación, detención y entrega de personas (Sluiter, 2004: 385-386), puede interpretarse en el CSNU la intención que todo el sistema UNMIK que operó sobre tribunales nacionales debía sostenerse sobre la exigencia (a todos los Estados) de asistir y cooperar en la implementación de la Resolución; y, por tanto, colaborar con la UNMIK en el cumplimiento de su mandato (el cual incluía la administración de justicia). Si bien esto parece ser lógico, en la práctica fue complejo, ya que, antes que Kosovo fuera independiente, era parte de la RFY/Serbia, por lo que, cualquier solicitud de asistencia y cooperación judicial que se formulara era entendida como procedente de dicha jurisdicción (Sluiter, 2004: 385-390). Así, aún cuando RFY y la UNMIK acordaron realizar la cooperación sobre la base de tratados, en la práctica existía la idea de que Serbia no era un tercer Estado. Por ejemplo, en el 2004, el Fiscal de Crímenes de Guerra de Serbia y la Fiscalía de UNMIK firmaron un acuerdo para: (a) la cooperación y asistencia en la investigación (por la autoridad serbia) de testigos ubicados en Kosovo; y, (b) la investigación por la UNMIK de testigos ubicados en Serbia. Ello supuso, en la práctica, dos sistemas judiciales diferenciados que no funcionaron (Sluiter, 2004: 390). Similar complejidad surgió respecto de terceros Estados quienes no tenían obligación de cumplir con el requerimiento de cooperación y asistencia de la UNMIK, y, sin la actuación de Serbia, tampoco había obligación jurídica pendiente derivada de tratados que tuvieran a Serbia como Parte. Así, la única posible alternativa para las solicitudes de asistencia, cooperación o de extradición que implicaran el territorio de Kosovo fue la relación directa entre la UNMIK y el Estado en cuestión. Por ejemplo, esta recibió solicitudes de extradición de Macedonia y Ruanda y

Las SEK son un organismo híbrido de justicia penal establecido en virtud de un acuerdo internacional entre la Unión Europea y la República de Kosovo (2014), que fue ratificado por su Asamblea Parlamentaria y que vino acompañado de la aprobación de una enmienda a la Constitución de la República de Kosovo (2015)⁴⁴ y de la Ley 05/L-053 (Ley de las Salas Especializadas y de la Oficina del Fiscal Especializado de Kosovo (Ley de las SEK) (2015)), que se adoptó para permitir la implementación del acuerdo entre UE y Kosovo.

emitió solicitudes de extradición a Austria (Sluiter, 2004: 393). Posteriormente, con el Reglamento 2003/34 se dispuso que “la ley aplicable relativas a la transferencia a una jurisdicción extranjera se aplicar[ían] a un residente de Kosovo, si su transferencia est[aba] permitida por un acuerdo entre la UNMIK y el Estado pertinente” (sec. 2); por lo que, la UNMIK celebró memorandos con Albania y la República Federal Yugoslava de Macedonia, entre otros.

Finalmente, en el marco de la declaración de independencia de Serbia el 17 de febrero de 2008, Kosovo aceptó la Misión de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Kosovo (EULEX) cuyo mandato fue asistir en el desarrollo y fortalecimiento de un sistema judicial independiente (art. 2) encargándose de “vela[r] por la correcta investigación, enjuiciamiento, sentencia y ejecución de las causas por crímenes de guerra, terrorismo, delincuencia organizada, corrupción, delitos entre étnicas, delitos económicos y financieros y otros delitos graves [...]”; y, “contribuí[r] al fortalecimiento de la cooperación y coordinación a lo largo de todo el procedimiento judicial, en particular cuando se trate de delincuencia organizada” (art. 3 lit. d y e). Si bien la EULEX opera bajo las premisas de la Resolución 1244, en la práctica, asumió varias tareas de la UNMIK; por lo que, esta terminó sus funciones judiciales y transfirió los casos a la EULEX, la misma que se encargó de la asignación de jueces y fiscales internacionales, conforme a las directrices adoptadas por la Asamblea de Jueces de la EULEX en el 2008; y, recibió la transferencia de casos penales, los que, como señala San Juan (2018), por errores de procedimiento en las investigaciones y presentaciones de cargos, fueron sobreseídos o desestimados en apelación. Según un informe de organizaciones locales de lucha contra la impunidad, entre agosto de 2008 y agosto de 2015 concluyeron 70 casos (47 por corrupción y 23 por crimen organizado) con 24 condenas (Calpin & Crossley, 2016). Esta ha sido, sin duda, una de las razones que motivaron la creación de las SEK en 2014 con el Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Kosovo.

⁴⁴ Vid.: art. 162 de la Constitución de Kosovo que autoriza la creación de un órgano judicial *ad hoc* dentro del ordenamiento jurídico interno.

Las SEK tienen un carácter temporal y un mandato específico, para cuyo cumplimiento se le ha atribuido jurisdicción sobre las personas físicas (quedando, por tanto, excluidas las personas jurídicas)⁴⁵, responsables de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otros crímenes bajo la ley de Kósovo (expresamente previstos en la Ley de las SEK)⁴⁶, iniciados o cometidos en el territorio de Kosovo, por o contra ciudadanos kosovares o de la RFY entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2000⁴⁷.

Las SEK operan conforme a la Ley de las SEK (principal instrumento constitutivo que rige su mandato y funcionamiento de las Salas y Fiscalía Especializadas, y que contiene también disposiciones penales específicas, sujetas a los principios y salvaguardias previstos en la Constitución de Kosovo)⁴⁸, la legislación kosovar (en la medida en que esté expresamente incorporada en la Ley de las SEK), las RPP de las SEK, el derecho internacional consuetudinario y el derecho internacional de los derechos humanos⁴⁹ (Cataleta, 2022: 6). Como las SEK son parte del sistema judicial kosovar, la Ley de las SEK les atribuye poderes que pueden ejercitarse directamente en territorio de Kosovo, garantizando de esta manera un sistema de cooperación sólido (Cross, 2016).

Así, el art. 53(1) de la Ley de las SEK establece que todas las entidades y personas en Kosovo deben cooperar con las SEK y con su Fiscalía Especializada, y acatar sin dilaciones indebidas todas sus solicitudes de asistencia, órdenes, y decisiones (todo ello con pleno respeto a los derechos del acusado previstos en el art. 21 de la Ley de las SEK), incluyendo, entre otras las siguientes: (a) la identificación y ubicación de personas o bienes; (b) la toma de testimonios (también bajo juramento) y la producción de pruebas (incluidos los dictámenes e informes periciales); (c) el interrogatorio de cualquier persona que esté siendo investigada o procesada; (d) facilitar el interrogatorio y comparecencia de personas como testigos o peritos

⁴⁵ *Vid.*: arts. 9(1) de la Ley de las SEK.

⁴⁶ *Vid.*: arts. 6(2) y 15(2) de la Ley de las SEK.

⁴⁷ *Vid.*: arts. 6(1), 7, 8, 13, 14 y 15(1) de las SEK.

⁴⁸ SEK, PTJ 2021, párr. 89.

⁴⁹ SEK, PTJ 2021, párr. 79.

ante las Salas Especializadas; (e) la protección de las víctimas, los posibles testigos y sus familias; (f) el examen de lugares o sitios, las investigaciones de la escena del crimen, y la exhumación y examen de las tumbas; (g) el suministro de registros y documentos (como los registros y documentos oficiales); (h) la preservación de la evidencia; (i) el servicio de documentos (también los judiciales); (j) el arresto o detención de personas; (k) la entrega o traslado de personas a las Salas Especializadas; (l) la identificación, rastreo y congelamiento o incautación de productos, bienes y activos o instrumentos de delitos con el fin de su eventual decomiso, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe; y (m) cualquier otro tipo de asistencia que no esté prohibida por la ley, con miras a facilitar la investigación y persecución de delitos de competencia de las Salas Especializadas.

Según el art. 38(2) de la Ley de las SEK, la Fiscalía Especializada, en el desarrollo de las diligencias de investigación y la preparación de la acusación, tiene la facultad de interrogar a los posibles sospechosos, víctimas y testigos, recoger pruebas y realizar investigaciones en el terreno, para lo cual puede buscar la asistencia de las autoridades estatales competentes conforme a los arts. 53 a 55 de la Ley. La Fiscalía tiene también la facultad, conforme al art. 35(2)(d), de solicitar la cooperación de cualquier Estado u organización intergubernamental, internacional o nacional de conformidad con su respectiva competencia y/o mandato, y celebrar los arreglos o acuerdos que sean necesarios a ese respecto. Así mismo, según el art. 39 (11) y (12), el Juez de Instrucción es competente para: (a) adoptar medidas para la protección y privacidad de las víctimas y testigos, la preservación de los elementos de prueba, la protección de personas e información clasificada (como la considerada de seguridad nacional) y la preservación de bienes que puedan estar sujetos a decomiso; y (b) solicitar la cooperación de los Estados u organizaciones intergubernamentales, internacionales o nacionales, según sea necesario para cualquiera de estos fines.

Por su parte, el capítulo 13 de las RPP de las SEK (sobre cooperación y asistencia judicial) establece que las solicitudes de información, cooperación y asistencia a las autoridades de Kosovo son mediadas por un panel de las SEK que es competente para emitir una orden a cualquier autoridad de Kosovo (que tendrá que ser ejecutada

sin dilaciones) sobre las modalidades de cooperación previstas en el art. 53.1 de la Ley, pudiendo imponer las condiciones que considere necesarias para su ejecución (tales como el nivel de confidencialidad y la adopción de ciertas medidas de protección) (reglas 201 y 202).

Pese al marco normativo descrito, las SEK (ubicadas en La Haya, financiado por la UE y atendido exclusivamente por ciudadanos no kosovares), cuyo establecimiento fue inicialmente apoyado bajo la aspiración de lograr la integración de Kosovo a la comunidad internacional (Visoka, 2017: 24), no parece tener gran apoyo del Gobierno kosovar y de su población, lo que dificulta la implementación de su marco normativo y de los procedimientos que este plantea, en casi todas las etapas de la investigación, arresto y procedimientos judiciales (Ochs & Walters, 2022: 270; Subotić, 2009a: 363).

Según Hehir, las SEK “están encargados de tratar un tema particularmente emotivo que va al corazón de la identidad albanesa de la Kosovo contemporánea, a saber, la guerra “heroica” librada por el ELK contra los opresores serbios. La narrativa nacional popular, y respaldada oficialmente, comprende un marcado binario entre el agresor, Serbia, y las víctimas, los albanokosovares, que está profundamente arraigado en la psique popular” (Hehir, 2019: 281). De ahí, la complejidad de sus actuaciones cuando estas se dirigen contra los jefes de estado y líderes parlamentarios de Kosovo, como ocurrió en 2020 cuando la Fiscalía Especializada acusó al entonces presidente en ejercicio, Hashim Thaçi, al líder del Partido Democrático de Kosovo, Kadri Veseli, al diputado parlamentario de Kosovo, Rexhep Selimi, y al veterano político kosovar, Jakup Krasniqi, de crímenes de lesa humanidad y de guerra por haber administrado centros de detención ilegales donde los opositores del movimiento fueron mantenidos en condiciones inhumanas y torturados, y por haber cometido cerca de 100 asesinatos de civiles durante la guerra de 1998-1999 cuando Thaçi era comandante del ELK y luchaba contra la policía y el ejército serbios (Reuters, 2020).

Si bien es clara la necesidad de hacer justicia, tener un tribunal híbrido que opera, en parte, con el apoyo de los tribunales locales, es difícil. En efecto, al acusar a los líderes en funciones, las SEK han reducido las posibilidades de recibir algún tipo de cooperación en sus investigaciones y enjuiciamientos (Ochs & Walters, 2022: 272), aun

cuando los procedimientos se lleven a cabo de acuerdo con los más altos estándares judiciales. A esto se suman las importantes barreras al aseguramiento del testimonio de los testigos debido al sistema de honor dentro de la sociedad albanesa y a la probabilidad de recibir amenazas (Crosby & Zejneli, 2019).

Además, Kosovo no es parte en la mayoría de los tratados multilaterales que rigen la cooperación judicial mutua, ni tampoco tiene relación con organizaciones internacionales que podrían coadyuvar a los esfuerzos de cooperación (como INTERPOL o EUROPOL). En consecuencia, su cooperación internacional en asuntos penales se basa en la Ley de Cooperación Jurídica en Asuntos Penales de 2013, que fue enmendada por la Asamblea Parlamentaria, así como en 38 tratados bilaterales y el principio de reciprocidad⁵⁰, lo que favorece

⁵⁰ Respecto de los tratados, y a modo de antecedente, cabe también recordar que, a través del párrafo 9 de la Declaración de Independencia, Kosovo se comprometió a asumir las obligaciones internacionales derivadas de los acuerdos celebrados por la entonces RFRY y UNMIK. Posteriormente, ciertos Estados, como Reino Unido o Bélgica se han referido a ello en su declaración de reconocimiento de la independencia de Kosovo ello, confirmando la continuación de la vigencia de los tratados en cuestión (Maxhuni, 2016: 4). En general, los acuerdos de cooperación jurídica internacional en materia penal contienen disposiciones estándar, sin embargo, no son idénticas. Mientras que en los tratados de extradición con los Estados Unidos y Albania las partes acuerdan extraditar a sus ciudadanos, en los tratados con Macedonia, Italia y Turquía se reservan el derecho a denegar la extradición de sus ciudadanos. Además, si bien, los acuerdos de asistencia judicial con Hungría y Croacia no incluyen ni la extradición ni el traslado de personas condenadas, el acuerdo con Suiza prevé el traslado de las personas condenadas. También se verifica que el interés de los Estados por combatir el COT es predominante en la celebración de estos tratados, como se deriva de sus objetivos y fines (Maxhuni, 2016: 6).

En este marco, Kosovo ha tenido casos complejos de cooperación internacional en materia penal sobre la base de acuerdos en materia de extradición, asistencia judicial recíproca y traslado de personas condenadas. Por ejemplo, en el caso Baki Sadiku, este fue extraditado a Eslovaquia, país que, si bien no reconoce a Kosovo como Estado, si mostró con este acto un interés de enfrentar el COT. También se tiene el caso de los “ladrones de relojes Rolex”, relativo a cinco ciudadanos kosovares que cometieron el delito en territorio del Reino de Bahrein pero que fueron detenidos en Kosovo, pudiendo ser juzgados y condenados allí como resultado de la presentación

la falta de cooperación con algunos Estados que no reconocen a Kosovo (en particular, Serbia), resultando en la evasión de la justicia de numerosas personas acusadas (Comisión Europea, 2022: 52).

A esto hay que sumar que existe la percepción de que Kosovo todavía se encuentra en una etapa temprana en el desarrollo de un sistema judicial operativo. De hecho, “la administración de justicia

de pruebas que, en el marco de la asistencia legal mutua, brindara Bahrein a Kosovo (a pesar de que el primero no había reconocido a este último como Estado). También se tiene el caso de Agron Latifi, extraditado desde Hungría que reconoció a Kosovo como tal, pero con quien no se tenía un acuerdo de extradición, o el caso de Uke Rugova, en el que Italia presentó las pruebas para el juicio sobre la base de un tratado de extradición (Maxhuni, 2016: 8-9).

En 2020, se emitieron a través del Departamento de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia de Kosovo 101 solicitudes en materia penal, recibándose 127 respuestas. Además, de las 341 solicitudes recibidas, se proporcionaron 224 respuestas. La mayoría de los países que no reconocen a Kosovo han aceptado el papel facilitador del Representante Especial de la UE en Kosovo en la transmisión de solicitudes judiciales (incluidas las relativas a la extradición). Sin embargo, la falta de cooperación por algunos Estados que no reconocen a Kósovo es evidente (Comisión Europea, 2022: 52). Así, según la División de Cooperación Jurídica Internacional de Kosovo, las dificultades que presentan los casos de extradición con Serbia se deben a que ambos países se niegan a extraditar personas entre sí, convirtiéndose así en paraísos seguros para los delincuentes. Así, Serbia no acepta ningún documento de los tribunales kosovares porque no reconoce su autoridad, se niega a cooperar cuando los sospechosos kosovares buscados por la Interpol se esconden en Serbia, y también cuando los criminales serbios se esconden en Kosovo. Por ejemplo, Predrag Vulicevic, nacional serbio, detenido en el 2015 por la policía de Kosovo en el norte de Mitrovica con una orden de detención de la Interpol emitida por Serbia. Vulicevic había escapado de Serbia para evitar una sentencia de prisión de tres años por tráfico ilícito de drogas. No obstante, Serbia nunca solicitó su extradición porque no reconoce las decisiones judiciales de Kosovo, por lo que, Vulicevic tuvo que ser liberado. Otro caso es Leme Xhema, exdirector de Correos y Telecomunicaciones de Kosovo. Fue solicitada por Interpol y condenado por abuso de cargo oficial, pero escapó a Serbia, y no fue extraditada a Kosovo (Maxhuni, 2016: 11). Además, qued por resolver la cuestión de la doble nacionalidad, ya que muchos nacionales de Kosovo poseen también la nacionalidad Serbia, pudiendo ser inmunes a nivel de todo procedimiento.

en general sigue siendo lenta, ineficiente y vulnerable a influencias indebidas” (Comisión Europea, 2022: 16). Algunos autores subrayan también la fragilidad del estado de derecho y la baja credibilidad o confianza en el sistema de justicia (Maxhuni, 2016: 1). Similar percepción existe en torno a la lucha contra el crimen organizado donde solo se registran avances limitados en la investigación y el enjuiciamiento, ya que las herramientas previstas por el Código Penal aún no se utilizan plenamente debiéndose reforzar la capacidad de la Fiscalía Especial para investigar y enjuiciar casos de delincuencia organizada de alto perfil y para realizar investigaciones financieras, confiscar activos y proteger de manera efectiva a los testigos, entre otros (Comisión Europea, 2022: 43).

En suma, a pesar del optimismo que prevaleció (al menos entre la comunidad albanesa) cuando Kosovo declaró su independencia en 2008, Kosovo sigue sufriendo problemas que han contribuido a un aumento constante de la frustración y la inquietud popular. En este contexto, “los procedimientos y sentencias de la SEK son potencialmente incendiarios. La justicia transicional es, en última instancia, disruptiva en el sentido de que está orientada a “avanzar en la transformación política”; sin embargo, dada la inquietud social subyacente y la naturaleza altamente emotiva de los asuntos bajo la jurisdicción de la corte, es discutible si cualquier “transformación política” generada en Kosovo por las SEK será necesariamente positiva” (Hehir, 2019: 282).

Sin embargo, no es menos cierto que si se mantuviese una administración judicial netamente kosovar, ciertas situaciones objetivas (como el no reconocimiento de Kosovo como Estado, la carencia (o insuficiente número) de marcos normativos bilaterales que puedan facilitar la cooperación, y, en última instancia, el tratamiento de las nacionalidades, sobre todo en el caso de la relación con Serbia), generarían obstáculos y dificultades para que las instituciones de Kosovo procesen a las personas que han cometido delitos durante y después de la guerra (incluyendo el COT), cuando estos delincuentes se encuentran fuera del territorio de Kosovo.

En consecuencia, las normas internas sobre cooperación jurídica internacional (la Constitución de Kosovo, el Código de Procedimiento Penal de Kosovo y la Ley de Cooperación Jurídica Internacional

en Materia Penal) sin acuerdos bilaterales o multilaterales, seguirán siendo solo una expresión de deseos. Por eso, para Kosovo, es importante incrementar el número de acuerdos bilaterales en materia de justicia penal lo que incrementaría la legitimación de Kosovo frente la comunidad internacional y el resto de países que aún no han reconocido su independencia. Todo ello al margen de que la cooperación horizontal, asumida exclusivamente de manera técnica, pueda llevar en ocasiones a buenos resultados, como ocurrió en el caso, sin precedentes en la cooperación serbo-kosovar, de la investigación del líder del partido político serbo-kosovar Oliver Ivanovic, asesinado en Mitrovica.

4.5. Análisis comparado

Los THs analizados tienen jurisdicción más allá de los crímenes internacionales tradicionales, incluyendo delitos relacionados con la corrupción asociada al COT. Así, el TESL aborda la investigación y enjuiciamiento de los delitos previstos en la legislación de Sierra Leona, las SETC prevén el enjuiciamiento de los delitos previstos en el Código penal de Camboya, el TEL puede tratar “casos sensibles” (como los crímenes de guerra y el genocidio) y “delitos comunes” (asesinato, posesión ilegal de armas y tráfico de drogas), y las SEK tienen competencia para aplicar el Código Penal de Kosovo y supletoriamente el Código Penal de FRY (además del Código de Procedimiento Penal Provisional de Kosovo).

Asimismo, los THs resultan ser diversos según sus mecanismos de creación. Así, mientras que el TESL, las SETC y el TEL fueron creados por acuerdos internacionales entre la ONU y los respectivos Estados (aunque ante el rechazo del Parlamento del Líbano a su ratificación, el acuerdo para el establecimiento del TEL requirió finalmente de una resolución del CSNU), las SEK se crearon por medio de un acuerdo entre la Unión Europea y Kosovo.

En cuanto a su naturaleza, mientras las SETC y las SEK forman parte del sistema doméstico nacional, el TESL funciona como una jurisdicción separada y el TEL sigue un modelo mixto. En consecuencia, si bien el TESL y SETC fueron creados mediante acuerdos internacionales entre la ONU y los Estados afectados, su distinta na-

turaliza hace variar notablemente su modelo de cooperación internacional. De esta manera, el TESL es un nuevo órgano que tiene personalidad jurídica internacional y no está formalmente integrado en el sistema de la ONU (a pesar de haber sido creado a solicitud del CSNU), ni en el ordenamiento jurídico nacional, lo favorece la existencia de un modelo vertical de cooperación jurídica internacional con Sierra Leona. Por el contrario, las SETC no se crearon a solicitud del CSNU, sino por iniciativa del gobierno camboyano, con el fin de que la ONU reforzase la autoridad del sistema judicial nacional mediante la provisión de “jueces internacionales”, para un tribunal que forma parte de la estructura judicial nacional, lo que parece encajar mejor con la existencia de un modelo de cooperación horizontal con Camboya.

Estos THs poseen características sustantivas que hacen factible la respuesta a la cuestión de si podrían ser adecuados para la persecución eficaz de la corrupción transnacional (especialmente, cuando está vinculada al COT). Así, estos tribunales parten de los principios de imparcialidad, independencia y legalidad fortaleciendo, en general, la legitimidad social (a pesar de los problemas de los que hemos visto adolece las SEK a este respecto). Así mismo, refuerzan la idea de estado de derecho y la necesidad de hacer justicia, y poseen un mínimo nivel de eficacia en sus procedimientos (en virtud de la experiencia ganada y buenas prácticas identificadas, estos tribunales pueden aplicar sus procedimientos para la búsqueda, identificación, detención y entrega de personas lo que facilita el curso de la investigación), y, en ciertos casos, el poder para justificar reformas normativas. Además, como el derecho aplicable es el resultado de la combinación de normas del derecho internacional y derecho interno, hace más fácil que se amplíe su jurisdicción material, pudiendo allí incorporar de manera expresa la corrupción transnacional y otros tipos penales relacionados con la misma.

No obstante, los THs son mecanismos jurisdiccionales que no están exentos de limitaciones. En este sentido, destaca que su dependencia de la permanente colaboración entre el ámbito nacional e internacional, lo que, implica, entre otras cosas, el riesgo de infiltración de los intereses nacionales. A esto se suma, la falta de formación profesional por parte de los jueces y fiscales nacionales en torno a

los estándares internacionales, así como la falta de conocimiento por parte de los jueces y fiscales internacionales sobre el derecho interno.

El elemento interno incluso puede llegar a ser neurálgico en aquellos casos en que los THs carecen de legitimidad o apoyo de las autoridades nacionales y de la misma población, o se encuentre en medio de una sociedad altamente polarizada. Además, los sistemas de justicia interno, sobre los cuales, directa o indirectamente, se apoyan los THs, no necesariamente desempeñan un rol eficiente en la búsqueda de la justicia. Así mismo, no todos los Estados sobre los que actúan los THs son Estados parte de tratados de donde deriven la obligación internacional de cooperación.

En consecuencia, a fin de lograr que los THs puedan ser funcionales para la persecución con cierto éxito de (los máximos responsables) de la corrupción transnacional (especialmente cuando se encuentra asociada al COT), se recomienda analizar cada tribunal en su dimensión real (a fin de reducir las brechas que pudieran tener en el marco político, jurídico y práctico), tanto desde una perspectiva interna como internacional. Además, es importante tener en cuenta que, más allá de la obligación de cooperar que pueda recogerse en el mandato de los THs, están las obligaciones que se derivan de los tratados temáticos que siguen resultando aplicables a los Estados parte. Por ello, es importante contar con definiciones de los delitos que, aunque de manera general, puedan recibir el reconocimiento por parte del Estado en cuestión, cuenten a su vez con un reconocimiento internacional.

5. CONCLUSIONES

En general, el poder que tienen los TIPs (CPI, TPIY, TPIR) deriva del apoyo de la comunidad internacional, con base en la creencia de que la investigación y enjuiciamiento de crímenes internacionales contribuye a la paz y la seguridad internacionales. En efecto, los TPIY y TPIR fueron instaurados por el CSNU con este propósito y similar fundamento se encuentra en el preámbulo del ECPI. En este marco, se espera exista una relación estrecha y vertical de cooperación con los Estados parte de la Carta de la ONU o del ECPI. Por su parte,

los THs (TESL, SETC, TEL, SEK) también reciben apoyo de la comunidad internacional —incluida, la ONU— de distintas maneras y según los contextos nacionales políticos y jurídicos particulares. Por lo que cabría que exista una relación vertical-horizontal de cooperación (Sluiter, 2004: 384-385).

A nivel regional, el Protocolo de Malabo (aún no vigente) y el ante proyecto de Estatuto de la COPLA apuestan por mecanismos de cooperación que se asientan sobre estructuras de cooperación pre-existentes (la CAJDH y la CIAMMP), si bien presentan notables contrastes. Así mientras el Protocolo de Malabo alude a la cooperación de los Estados con la CAJDH, aunque obviando menciones a la CPI o a la cooperación recíproca de Estados entre sí, el anteproyecto de Estatuto de la COPLA construye su sistema de cooperación sobre las obligaciones asumidas por los Estados en tratados vigentes, como son la CIAMMP o la Convención de Palermo. Siendo ello así, podría considerarse un relación horizontal-vertical de cooperación, quedando las relaciones directas entre los Estados en el estricto escenario de la cooperación horizontal.

Además, mientras los TIPS se centran en la mención expresa y taxativa de crímenes internacionales, los THs también contemplan diversos delitos, entre los cuales se podría, expresa o implícitamente, hacer referencia a la corrupción asociada al COT, si así se prevé en la respectiva norma interna (v. gr., códigos penales, códigos procesales). Similar situación ocurre con los instrumentos regionales que aluden a “delitos transnacionales” incluyendo, entre otros, a la corrupción directamente (Malabo) o indirectamente (COPLA).

Por otro lado, cualquier relación de cooperación depende de la confianza en la calidad del proceso penal y de los altos estándares de justicia penal que la parte requirente siga. Ningún tratado de cooperación que se plantee aludir, ni el principio de reciprocidad o de *aut dedere aut judicare*, son fundamento jurídico suficiente si existe riesgo en un proceso sin debidas garantías o influenciado por entornos políticos que pongan en riesgo la independencia e imparcialidad. Además, y aun habiendo jueces internacionales que podrían neutralizar estas situaciones negativas, existen otros obstáculos propios del sistema particular que corresponda.

A ello se suma la fragilidad en la cooperación en relación con la localización, el rastreo, la detención y la entrega de los presuntos acusados, elementos claves en la lucha contra la criminalidad. Los tribunales no tienen competencia para imponer consecuencias tangibles a los Estados por la falta de cooperación dejando la ejecución de la coerción al dominio reservado de los Estados. En tal sentido, es preciso considerar la posibilidad de otorgar a los jueces la capacidad de imponer sanciones a los Estados, en caso de que persistan en la falta de cooperación. Esto deberá especialmente considerarse en caso de que se requiera adoptar políticas, normativas o práctica en materia de cooperación, cuando los tribunales estudiados coadyuven a los esfuerzos internacionales en la construcción de una respuesta más eficaz a los crímenes internacionales, y, en su caso, al fenómeno de la corrupción transnacional (incluso cuando está asociada al COT).

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

Jurisprudencia internacional

Corte Penal Internacional

- CPI. (2007). *Fiscal c. Kony et al.*, Decision to Terminate the Proceedings Against Raska Lukwiya, Caso No. ICC-02/04-01/05-248.
- CPI. (2009a). *Fiscal c. Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest Against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Caso No. ICC-02/05-01/09-3.
- CPI. (2010a). *Fiscal c. Harun y Abd-Al-Rahman*, Document Informing the United Nations Security Council About the Lack of Cooperation by the Republic of the Sudan, Caso No. ICC-02/05-01/07-57, 25 mayo 2010.
- CPI. (2010b). *Fiscal c. Al Bashir*, Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, Caso No. ICC-02/05-01/09-94, 12 julio 2010.
- CPI. (2010c). *Fiscal c. Al Bashir*, Supplementary Request to all States Parties to the Rome Statute for the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Caso No. ICC-02/05-01/09-96, 21 julio 2010.

- CPI. (2011a). *Fiscal c. Muthaura et al.*, Decision on the Prosecutor's Application for Summonses to Appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Mui-gai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Caso No. ICC-01/09-02/11-01, 8 de marzo de 2011.
- CPI. (2011b). *Situación en la Jamahiriya Árabe Libia*, Decision on the "Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi", Caso No. ICC-01/11-01/11-1, 27 junio 2011.
- CPI. (2011c). *Fiscal c. Muthaura et al.*, Decision on the "Preliminary Motion Alleging Defects in the Documents Containing the Charges (DCC) and List of Evidence (LoE) and Request that the OTP be Ordered to Re-File an Amended DCC & LoE" and the "Defence Request for a Status Conference Concerning the Prosecution's Disclosure of 19th August 2011 and the Document Containing the Charges and Article 101 of the Rome Statute", Caso No. ICC-01/09-02/11-315, 12 de septiembre de 2011.
- CPI. (2011d). *Fiscal c. M. Gaddafi et al.*, Decision to Terminate the Case Against Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Caso No. ICC-01/11-01/11-28, 22 noviembre 2011.
- CPI. (2011e). *Fiscal c. M. Gaddafi et al.*, Decision to Terminate the Case Against Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Caso No. ICC-01/11-01/11-28, 22 noviembre 2011.
- CPI. (2011f). *Fiscal c. L. Gbagbo*, Warrant of Arrest for Laurent Koudou Gbagbo, Caso No. ICC-02/11-01/11-1, 23 noviembre 2011.
- CPI. (2011g). *Fiscal c. Al Bashir*, Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Caso No. ICC-02/05-01/09-139-Corr, 13 de diciembre de 2011.
- CPI. (2011h). *Fiscal c. Mbarushimana*, Decision on the Confirmation of Charges, Caso No. ICC-01/04-01/10-465-Red, 16 diciembre 2011.
- CPI. (2012a). *Fiscal c. S. Gbagbo*, Warrant of Arrest for Simone Gbagbo, Caso No. ICC-02/11-01/12-1, 29 febrero 2012.
- CPI. (2012b). *Fiscal c. S. Gaddafi y Al-Senussi*, Decision on Libya's Submissions Regarding the Arrest of Saif Al-Islam Gaddafi, Caso No. ICC-01/11-01/11-72, 7 de marzo de 2012.
- CPI. (2012c). *Fiscal c. S. Gaddafi y Al-Senussi*, Decision Regarding the Second Request by the Government of Libya for Postponement of the Surrender of Saif Al-Islam Gaddafi, Caso No. ICC-01/11-01/11-100, 4 de abril de 2012.

- CPI. (2012d). *Fiscal c. S. Gaddafi y Al-Senussi*, Decision on “Government of Libya’s Appeal Against the ‘Decision Regarding the Second Request by the Government of Libya for Postponement of the Surrender of Saif Al-Islam Gaddafi’” of 10 April 2012, Caso No. ICC-01/11-01/11-126, 25 de abril de 2012.
- CPI. (2012e). *Fiscal c. S. Gaddafi y Al-Senussi*, Decision on the Postponement of the Execution of the Request for Surrender of Saif Al-Islam Gaddafi Pursuant to Article 95 of the Rome Statute, Caso No. ICC-01/11-01/11-163, 1 junio 2012.
- CPI. (2013a). *Fiscal c. S. Gaddafi y Al-Senussi*, Decision on the “Urgent Application on behalf of Abdullah Al-Senussi for Pre-Trial Chamber to order the Libyan Authorities to comply with their obligations and the orders of the ICC”, Caso No. ICC-01/11-01/11-269, 6 de febrero de 2013.
- CPI. (2013b). *Fiscal c. Al Bashir*, Decision on the Non-Compliance of the Republic of Chad with the Cooperation Requests Issued by the Court Regarding the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Caso No. ICC-02/05-01/09-151, 26 de marzo de 2013.
- CPI. (2013c). *Fiscal c. S. Gaddafi y Al-Senussi*, Decision on the Admissibility of the Case Against Saif Al-Islam Gaddafi, Caso No. ICC-01/11-01/11-344-Red, 31 de mayo de 2013.
- CPI. (2013q). *Fiscal c. S. Gaddafi y Al-Senussi*, Decision on Libya’s Postponement of the Execution of the Request for Arrest and Surrender of Abdullah Al-Senussi Pursuant to Article 95 of the Rome Statute and Related Defence Request to Refer Libya to the UN Security Council, Caso No. ICC-01/11-01/11-354, 14 de junio de 2013.
- CPI. (2013d). *Fiscal c. S. Gaddafi y Al-Senussi*, Decision on the Request for Suspensive Effect and Related Issues, Caso No. ICC-01/11-01/11-387, 18 de julio de 2013.
- CPI. (2013e). *Fiscal c. S. Gaddafi y Al-Senussi*, Decision on the Request of the Defence of Abdullah Al-Senussi to Make a Finding of Non-Cooperation by the Islamic Republic of Mauritania and Refer the Matter to the Security Council, Caso No. ICC-01/11-01/11-420, 28 de agosto de 2013.
- CPI. (2013f). *Fiscal c. Al Bashir*, Decision on the Cooperation of the Federal Republic of Nigeria Regarding Omar Al-Bashir’s Arrest and Surrender to the Court, Caso No. ICC-05/05-01/09-159, 5 de septiembre de 2013.
- CPI. (2013g). *Fiscal c. Al Bashir*, Decision Regarding Omar Al-Bashir’s Potential Travel to the United States of America, Caso No. ICC-02/05-01/09-162, 18 de septiembre de 2013.

- CPI. (2013h). *Fiscal c. Banda y Jerbo*, Public Redacted Decision Terminating the Proceedings Against Mr Jerbo, Caso No. ICC-02/05-03/09-512-Red, 4 de octubre de 2013.
- CPI. (2013i). *Fiscal c. Al Bashir*, Decision Regarding Omar Al-Bashir's Potential Travel to the Federal Republic of Ethiopia and the Kingdom of Saudi Arabia, Caso No. ICC-02/05-01/09-164, 10 de octubre de 2013.
- CPI. (2013j). *Fiscal c. S. Gaddafi y Al-Senussi*, Decision on the Admissibility of the Case Against Abdullah Al-Senussi, Caso No. ICC-01/11-01/11-466-Red, 11 de octubre de 2013.
- CPI. (2013k). *Fiscal c. Hussein*, Decision on the Cooperation of the Republic of Chad Regarding Abdel Raheem Muhammad Hussein's Arrest and Surrender to the Court, Caso No. ICC-02/05-01/12-20, 13 de noviembre de 2013.
- CPI. (2013l). *Fiscal c. Hussein*, Decision on the Cooperation of the Central African Republic Regarding Abdel Raheem Muhammad Hussein's Arrest and Surrender to the Court, Caso No. ICC-02/05-01/12-21, 13 de noviembre de 2013.
- CPI. (2013m). *Fiscal c. S. Gaddafi y Al-Senussi*, Decision on the "Defence Application on Behalf of Mr. Abdullah Al Senussi for Leave to Appeal Against the 'Decision on the Request of the Defence of Abdullah Al-Senussi to Make a Finding of Non-Cooperation by the Islamic Republic of Mauritania and Refer the Matter to the Security Council'", Caso No. ICC-01/11-01/11-477, 13 de noviembre de 2013.
- CPI. (2013n). *Fiscal c. Al Bashir*, Decision Regarding Omar Al-Bashir's Potential Travel to the State of Kuwait, Caso No. ICC-02/05-01/09-169, 18 de noviembre de 2013.
- CPI. (2013o). *Fiscal c. S. Gbagbo*, Decision on the Conduct of the Proceedings Following Côte d'Ivoire's Challenge to the Admissibility of the Case against Simone Gbagbo, Caso No. ICC-02/11-01/12-15, 15 de noviembre de 2013.
- CPI. (2014a). *Fiscal c. Al Bashir*, Decision on the "Prosecution's Urgent Notification of Travel in the Case of *The Prosecutor v Omar Al Bashir*", Caso No. ICC-ICC-02/05-01/09-180, 30 enero 2014.
- CPI. (2014b). *Fiscal c. Al Bashir*, Decision on the "Prosecution's Urgent Notification of Travel in the Case of *The Prosecutor v Omar Al Bashir*", Caso No. ICC-02/05-01/09-184, 17 de febrero de 2014.
- CPI. (2014c). *Fiscal c. Al Bashir*, Decision Regarding Omar Al-Bashir's Potential Travel to the State of Kuwait, Caso No. ICC-02/05-01/09-192, 24 de marzo de 2014.

- CPI. (2014d). *Fiscal c. Al Bashir*, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court, Caso No. ICC-02/05-01/09-195, 9 de abril de 2014.
- CPI. (2014e). *Fiscal c. Al Bashir*, Decision Regarding the Visit of Omar Hassan Ahmad Al Bashir to the Federal Republic of Ethiopia, Caso No. ICC-02/05-01/09-199, 29 de abril de 2014.
- CPI. (2014f). *Fiscal c. S. Gaddafi y Al-Senussi*, Judgment on the Appeal of Libya Against the Decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled "Decision on the Admissibility of the Case Against Saif Al-Islam Gaddafi", Caso No. ICC-01/11-01/11-547-Red, 21 de mayo de 2014.
- CPI. (2014g). *Fiscal c. Al Bashir*, Decision on the "Prosecution's Urgent Notification of Travel in the Case of *The Prosecutor v Omar Al Bashir*", Caso No. ICC-02/05-01/09-204, 7 de julio de 2014.
- CPI. (2014h). *Fiscal c. Bemba et al.*, Decision on "Narcisse Arido's Request for an Order Rejecting the Prosecution's Document Containing the Charges (ICC-01/05-01/13-526- AnxB1) and for an Order to the Prosecution to File an Amended and Corrected Document Containing the Charges", Caso No. ICC-01/05-01/13-567, 15 de julio de 2014.
- CPI. (2014i). *Fiscal c. S. Gaddafi y Al-Senussi*, Judgment on the Appeal of Mr Abdullah Al-Senussi Against the Decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled "Decision on the Admissibility of the Case Against Abdullah Al-Senussi", Case No. ICC-01/11-01/11-565, 24 de julio de 2014.
- CPI. (2014j). *Fiscal c. S. Gaddafi y Al-Senussi*, Decision Following the Declaration of Inadmissibility of the Case Against Abdullah Al-Senussi Before the Court, Caso No. ICC-01/11-01/11-567, 7 de agosto de 2014.
- CPI. (2014k). *Fiscal c. Al Bashir*, Decision on the "Prosecution's Notification of Travel in the Case of *The Prosecutor v Omar Al Bashir*", Caso No. ICC-02/05-01/09-208, 1 de octubre de 2014.
- CPI. (2014l). *Fiscal c. Al Bashir*, Decision on the "Prosecution's Notification of Travel of Suspect Omar Al Bashir in the Case of *The Prosecutor v Omar Al Bashir*", Caso No. ICC-02/05-01/09-211, 14 de octubre de 2014.
- CPI. (2014m). *Fiscal c. Al Bashir*, Decision on the "Prosecution's Urgent Notification of Travel in the Case of *The Prosecutor v Omar Al Bashir*", Caso No. ICC-02/05-01/09-215, 4 de noviembre de 2014.
- CPI. (2014n). *Fiscal c. Al Bashir*, Decision on the "Prosecution's Notification of Travel in the Case of *The Prosecutor v Omar Al Bashir*", Caso No. ICC-02/05-01/09-218, 8 de diciembre de 2014.

- CPI. (2014o). *Fiscal c. S. Gaddafi y Al-Senussi*, Decision on the Non-Compliance by Libya with Requests for Cooperation by the Court and Referring the Matter to the United Nations Security Council, Caso No. ICC-01/11-01/11-577, 10 de diciembre de 2014.
- CPI. (2014p). *Fiscal c. S. Gbagbo*, Decision on Côte d'Ivoire's Challenge to the Admissibility of the Case Against Simone Gbagbo, Caso No. ICC-02/11-01/12-47-Red, 11 de diciembre de 2014.
- CPI. (2015a). *Fiscal c. S. Gbagbo*, Decision on Côte d'Ivoire's Request for Suspensive Effect of its Appeal Against the "Decision on Côte d'Ivoire's Challenge to the Admissibility of the Case Against Simone Gbagbo" of 11 December 2014, Caso No. ICC-02/11-01/12-56, 20 de enero de 2015.
- CPI. (2015b). *Fiscal c. Al Bashir*, Decision on the "Prosecution's Notification of Travel in the Case of *The Prosecutor v Omar Al Bashir*", Caso No. ICC-02/05-01/09-222, 23 de enero de 2015.
- CPI. (2015c). *Fiscal c. Al Bashir*, Decision Regarding Omar Al Bashir's Travel to the United Arab Emirates and his Potential Travel to the Kingdom of Saudi Arabia, the State of Kuwait and the Kingdom of Bahrain, Caso No. ICC-02/05-01/09-224, 24 de febrero de 2015.
- CPI. (2015d). *Fiscal c. Al Bashir*, Decision on the Prosecutor's Request for a Finding of Non-Compliance Against the Republic of the Sudan, Caso No. ICC-02/05-01/09-227, 9 de marzo de 2015.
- CPI. (2015e). *Fiscal c. Al Bashir*, Decision Regarding Omar Hassan Ahmad Al Bashir's Travel to the Kingdom of Saudi Arabia and the Arab Republic of Egypt, Caso No. ICC-02/05-01/09-232, 24 de marzo de 2015.
- CPI. (2015f). *Fiscal c. Al Bashir*, Request for Arrest and Surrender for Omar Hassan Ahmad Al Bashir to the Republic of Indonesia, Caso No. ICC-02/05-01/09-236, 16 abril 2015.
- CPI. (2015g). *Fiscal c. S. Gbagbo*, Judgment on the Appeal of Côte d'Ivoire Against the Decision of Pre-Trial Chamber I of 11 December 2014 entitled "Decision on Côte d'Ivoire's Challenge to the Admissibility of the Case Against Simone Gbagbo", Caso No. ICC-02/11-01/12-75-Red.
- CPI. (2015h). *Fiscal c. Hussein*, Decision on the Prosecutor's Request for a Finding of Non-Compliance Against the Republic of the Sudan, Caso No. ICC-02/05-01/12-33.
- CPI. (2015i). *Fiscal c. Ongwen*, Decision on the Applicability of Article 101 of the Rome Statute in the Proceedings Against Dominic Ongwen, Caso No. ICC-02/04-01/15-260.
- CPI. (2015j). *Fiscal c. Kony et al.*, Decision Terminating Proceedings Against Okot Odhiambo, Caso No. ICC-02/04-01/05-431.

- CPI. (2015k). *Fiscal c. Banda*, Decision on the Prosecution's Request for a Finding of Non-Compliance, Caso No. ICC-02/05-03/09-641.
- CPI. (2016a) *Fiscal c. Al Bashir*, Decision on the Non-Compliance by the Republic of Djibouti with the Request to Arrest and Surrender Omar Al-Bashir to the Court and Referring the Matter to the United Nations Security Council and the Assembly of the State Parties to the Rome Statute, Caso No. ICC-02/05-01/09-266.
- CPI. (2016b). *Fiscal c. Al Bashir*, Decision on the Non-Compliance by the Republic of Uganda with the Request to Arrest and Surrender Omar Al-Bashir to the Court and Referring the Matter to the United Nations Security Council and the Assembly of State Parties to the Rome Statute, Caso No. ICC-02/05-01/09-267.
- CPI. (2017a). *Fiscal c. Al Bashir*, Decision Under Article 87(7) of the Rome Statute on the Non-Compliance by South Africa with the Request by the Court for the Arrest and Surrender of Omar Al-Bashir, Caso No. ICC-02/05-01/09-302.
- CPI. (2017b). *Fiscal c. Al Bashir*, Request to the Republic of Kazakhstan for Cooperation in the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Caso No. ICC-02/05-01/09-304.
- CPI. (2017c). *Situación en la República de Burundi*, Public Redacted Version of "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 de octubre de 2017, Caso No. ICC-01/17-9-Red.
- CPI. (2017d). *Fiscal c. Al Bashir*, Decision Under Article 87(7) of the Rome Statute on the Non-Compliance by Jordan with the Request by the Court for the Arrest and Surrender of Omar Al-Bashir, Caso No. ICC-02/05-01/09-309.
- CPI. (2017e). *Fiscal c. Al Bashir*, Submission from the Government of the Republic of South Africa for the Purposes of Proceedings under Article 87(7) of the Rome Statute, Caso No. ICC-02/05-01/09-290.
- CPI. (2018a). *Fiscal c. Al Bashir*, The Hashemite Kingdom of Jordan's Appeal Against the "Decision under Article 87(7) of the Rome Statute on the Non-Compliance by Jordan with the Request by the Court for the Arrest and Surrender [of] Omar Al-Bashir", Caso No. ICC-02/05-01/09-326.
- CPI. (2018b). *Fiscal c. S. Gbagbo*, Order to the Registrar to Request Information from the Competent National Authorities of the Republic of Côte d'Ivoire, Caso No. ICC-02/11-01/12-84.

- CPI. (2018c). *Fiscal c. Al Bashir*, Request to the Republic of Belarus for Cooperation in the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Caso No. ICC-02/05-01/09-395.
- CPI. (2019a). *Fiscal c. Al Bashir*, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, Caso No. ICC-02/05-01/09-397-Corr.
- CPI. (2019b). *Fiscal c. Al Bashir*, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal – Joint Concurring Opinion of Judges Eboe-Osuji, Morrison, Hofmański and Bossa, Caso No. ICC-02/05-01/09-397-Anx1-Corr.
- CPI. (2019c). *Fiscal c. Al Bashir*, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal – Joint Dissenting Opinion of Judges Ibáñez Carranza and Bossa, Caso No. ICC-02/05-01/09-397-Anx2.
- CPI. (2019d). *Fiscal c L. Gbagbo y Blé Goudé*, Reasons for Oral Decision of 15 January 2019 on the *Requête de la Défense de Laurent Gbagbo afin qu'un jugement d'acquiescement portant sur toutes les charges soit prononcé en faveur de Laurent Gbagbo et que sa mise en liberté immédiate soit ordonnée*, and on the Blé Goudé Defence No Case to Answer Motion, Caso No. ICC-02/11-01/15-1263.
- CPI. (2019e). *Fiscal c. S. Gbagbo*, Transmission of Information from the Authorities of the Republic of Côte d'Ivoire, Caso No. ICC-02/11-01/12-86.
- CPI. (2021a). *Fiscal c L. Gbagbo y Blé Goudé*, Judgment in the Appeal of the Prosecutor Against Trial Chamber I's Decision on the No Case to Answer Motions, Caso No. ICC-02/11-01/15-1400.
- CPI. (2021b) *Fiscal c. S. Gbagbo*, Decision on the Prosecutor's Request to Vacate the Effect of the Warrant of Arrest Issued Against Ms Simone Gbagbo, Caso No. ICC-02/11-01/12-90.
- CPI. (2022a) *Fiscal c. Al-Werfalli*, Decision Terminating Proceedings Against Mr Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli, Caso No. ICC-01/11-01/17-24.
- CPI. (2022b) *Fiscal c. Khaled*, Decision Terminating the Proceedings Against Mr Al-Tuhamy Mohamed Khaled, Caso No. ICC-01/11-01/13-38.

Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales.

- MRITP. (2015). *En el Caso Contra Florence Hartmann*, Caso No. MICT-15-87-ES, Warrant of Arrest and Order for Surrender of Florence Hartmann, 14 de abril de 2015.
- MRITP. (2018a). *Fiscal c. Jović and Radeta*, Caso No. MICT-17-111-R90, Decision on Jurisdiction.

- MRITP. (2018b). *Fiscal c. Jojić and Radeta*, Caso No. MICT-17-111-R90, Public Redacted Version of the 12 June 2018 Order Referring a Case to the Republic of Serbia, 12 de junio de 2018.
- MRITP. (2018c). *Fiscal c. Jojić and Radeta*, Caso No. MICT-17-111-R90, Decision on *Amicus Curiae's* Appeal Against the Order Referring a Case to the Republic of Serbia, 12 diciembre 2018.
- MRITP. (2019). *Fiscal c. Jojić and Radeta*, Caso No. MICT-17-111-R90, Decision Re-Examining the Referral of a Case to the Republic of Serbia, 13 de mayo de 2019.
- MRITP. (2020a). *Fiscal c. Jojić and Radeta*, Caso No. MICT-17-111-R90-AR14.1, Decision on Republic of Serbia's Appeal Against the Decision Re-Examining the Referral of a Case, 24 de febrero de 2020.
- MRITP. (2020b). *Fiscal c. Jojić and Radeta*, Caso No. MICT-17-111-R90, Decision Concerning the Referral of a Case to the Republic of Serbia, 8 diciembre 2020.
- MRITP. (2021). *Fiscal c. Jojić and Radeta*, Caso No. MICT-17-111-R90, Decision on Failure of the Republic of Serbia to Execute Arrest Warrants, 16 de abril de 2021.

Salas Especializadas de Kósovo

- SEK, *The Prosecutor v. Hashim Thaçi, Kadri Veseli, Rexhep Selimi, and Jakup Krasniqi, Pre-Trial Judge*, Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers, 22 de julio de 2021, KSC-BC-2020-06/F00412.

Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya

- SETC. (2007a). *Prosecutor v. Kaing Guek Eav, alias 'Duch'*. Order of Provisional Detention.
- SETC. (2007b). *Prosecutor v. Nuon Chea*. Provisional Detention Order.
- SETC. (2007c). *Prosecutor v. Ieng Sary*. Police Custody Decision.
- SETC. (2007d). *Prosecutor v. Ieng Sary*. Provisional Detention Orden.
- SETC. (2007e). *Prosecutor v. Ieng Thirith*. Police Custody Decision (Ieng Thirith).
- SETC. *Prosecutor v. Khieu Samphan*. Provisional Detention Order (Khieu Samphan).

Tribunal Especial para el Líbano

- TEL. (2009c). Orden relativa a la detención de personas detenidas en el Líbano en relación con el caso del ataque contra el primer ministro Rafiq Hariri y otros, Asunto CH/PTJ/2009/06, 29 de abril de 2009.
- TEL. (2011a). Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging, Case No STL-11-01/I/AC/R176bis, Cámara de Apelaciones, 16 de febrero de 2011.
- TEL. (2011b). STL-11-01/PT/PTJ, Decision on Prosecution's Confidential and *Ex Parte* request for a judicial finding that the Lebanese authorities have failed to comply with the arrest warrants pursuant to Rule 20(c) of the Rules, 22 de diciembre de 2011.
- TEL. (2014a). STL-II-01/PT/TC, Decision on Motion Filed by Counsel for Mr. Badreddine and Order to Lebanon to Cooperate with the Special Tribunal, 13 de enero de 2014.
- TEL. (2014b). *Prosecutor v. Ayyash, Badreddine, Merhi, Oneissi, and Sabra*, Further Decision on Motions under Rule 20 (a) by Counsel for Assad Hassan Sabra and Four Orders to Lebanon to Cooperate with the Tribunal, 31 de marzo del 2014, para. 26.
- TEL. (2014c). *Prosecutor v. Ayyash, Badreddine, Merhi, Oneissi, and Sabra*, Clarification regarding Orders to Lebanon to Cooperate with the Special Tribunal, 23 de junio de 2014.
- TEL (2015). *Prosecutor v. Ayyash, Badreddine, Merhi, Oneissi, and Sabra*; STL-11-01/T/TC, Decision on Updated Request for a Finding of Non-Compliance, 27 de marzo de 2015.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

- TPIR. (1999). *Barayagwiza c. El Fiscal*, Caso No. ICTR-97-19-AR72, Decision.
- TPIR. (2000). *Barayagwiza c. El Fiscal*, Caso No. ICTR-97-19-AR72, Decision (Prosecutor's Request for Review or Reconsideration), 31 marzo 2000.
- Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia
- TPIY. (1995). *Fiscal c. Nikolić*, Caso No. IT-94-2-R61, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 20 octubre 1995.
- TPIY. (1996a). *Fiscal c. Martić*, Caso No. IT-95-11-R61, Review of Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 8 marzo 1996.

- TPIY. (1996b). *Fiscal c. Mrksić et al.*, Caso No. IT-95-13-R61, Review of Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 3 abril 1996.
- TPIY. (1996c). *Fiscal c. Karadžić y Mladić*, Caso No. IT-95-5-R61 y IT-95-18-R61, Review of the Indictments Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 11 julio 1996.
- TPIY. (1996d). Third Annual Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991, ONU Doc. A/51/292, S/1996/665, 16 agosto 1996, Annex II: Detailed Survey of Instances of Failure to Execute Arrest Warrants.
- TPIY (1996e). *Fiscal c. Rajić*, Caso No. IT-95-12-R61, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 13 septiembre 1996.
- TPIY. (1997). Fourth Annual Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991, ONU Doc. A/52/375, S/1997/729, 18 septiembre 1997, Annex II: Detailed Survey of Execution or Non-Execution of Arrest Warrants by States, Entities and International Organizations on the Territory of the former Yugoslavia.
- TPIY. (1998). Fifth Annual Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991, ONU Doc. A/53/219, S/1998/737, 10 agosto 1998, Annex III: Detailed Survey of Execution or Non-Execution of Arrest Warrants by States, Entities and International Organizations on the Territory of the former Yugoslavia.
- TPIY. (2009). *En el Caso Contra Florence Hartmann*, Caso No. IT-02-54-R77.5, Judgment on Allegations of Contempt, 14 septiembre 2009.
- TPIY. (2011a). *En el Caso Contra Florence Hartmann*, Caso No. IT-02-54-R77.5-A, Appeal Judgment, 19 julio 2011.
- TPIY. (2011b). *En el Caso Contra Florence Hartmann*, Caso No. IT-02-54-R77.5-A, Second Order on Payment of Fine Pursuant to Rule 77 *bis* and Warrant of Arrest, 16 noviembre 2011.
- TPIY. (2016). *En el Caso Contra Jojić et al.*, Caso No. IT-03-67-R77.5, Decision in Relation to the Cooperation of the Government of the Republic of Serbia with the Tribunal, 1 agosto 2016.

TPIY. (2017). *En el Caso Contra Jojić and Radeta*, Caso No. IT-03-67-R77.5, Order of Transfer to the International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, 29 noviembre 2017.

Jurisprudencia nacional

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

US District Court – Southern District of Texas, *In the Matter of the Surrender of Elizaphan Ntakirutimana* 988 F. Supp. 1038 (1997), 17 diciembre 1997.

US Court of Appeals – 5th Circuit, *Ntakirutimana v. Reno* 184 F.3d 419 (1999), 5 agosto 1999.

SUDÁFRICA

Alta Corte de Sudáfrica (Gauteng). (2017). *Democratic Alliance v. Minister of International Relations and Cooperation and Others* [2017] ZAGPPHC 53, 22 febrero 2017.

Corte Suprema de Apelaciones de Sudáfrica (2016). *Minister of Justice and Constitutional Development and Others v. Southern Africa Litigation Centre* [2016] ZASCA 17, 15 marzo 2016; Court of Appeal of Kenya (Nairobi), *Attorney General and Others v. Kenya Section of International Commission of Jurists*, Civil Appeal No. 105 of 2012, 16 febrero 2018.

UGANDA

Alta Corte de Uganda (División de Crímenes Internacionales). (2019). *Uganda Victims Foundation v. Attorney General and Another*, Miscellaneous Criminal Application No. 0006/2017, 19 diciembre 2019.

Doctrina

Barria, L. & Roper, S. (2005). “Providing justice and reconciliation: the criminal tribunals for Sierra Leone and Cambodia”. En: *Human Rights Review*. Vol. 7. Pp. 5-26.

Bassiouni, M.C. (2014). *International Extradition: United States Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press.

Bonilla Tóvar, V., Buitrago-Rey N.E. & Canosa-Cantor, J. (2018). “Alcance y limitaciones de los Tribunales Híbridos I: Corte Especial para Sierra Leona, Salas Especiales en los Tribunales de Camboya y Tribunal Especial para el Líbano”. En: Olasolo, H., Buitrago, N., Bonilla, V. & Canosa, J. (2018). *Alcance y Limitaciones de la Justicia Internacional*. Tirant lo Blanch,

- Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humano y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores: Valencia (España). Pp. 531-574.
- Bitié, A.K. (2017). "L'africanisation de la justice pénale internationale entre motivations politiques et juridiques". En: *Revue Québécoise de Droit International*. Vol. 1.
- Cady, J. & Booth, N. (2004). "Internationalized Courts in Kosovo: An UNMIK Perspective". En: Romano, C. et. al. (eds.) *Internationalized Criminal Courts: Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*. Oxford: Oxford University Press.
- Cataleta, M.S. (2022). "The Kosovo Specialist Chambers, an international tribunal inside the national judicial sistema". *SWD* (2022) 334 final. En: *Journal of International Criminal Law*. Vol. 3. Pp. 1-9.
- Cartes Rodríguez, J.B. (2017). "El Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos: ¿hacia un África en paz?". En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. 17. Pp. 251-289.
- Cryer, R. (2005). *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Currie, R.J. & Leon, J. (2019). "COPLA: A Transnational Criminal Court for Latin America & the Caribbean". En: *Nordic Journal of International Law*. Vol.88.
- Del Ponte, C. (2009). *Madame Prosecutor: Confrontations with Humanity's Worst Criminals and the Culture of Impunity*. New York: Other Press.
- Donlon, F. (2013). "The Transition of Responsibilities from the Special Court to the Residual Special Court for Sierra Leone: Challenges and Lessons Learned for Other International Tribunals". En: *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 11(4).
- Du Plessis, M. (2012). "Implications of the AU Decision to Give the African Court Jurisdiction over International Crimes", En: *Institute for Security Studies*. Vol. 235. <https://issafrica.s3.amazonaws.com/site/uploads/Paper235-AfricaCourt.pdf>
- Fraschina, A. V. (2008). *Análisis comparativo de la competencia de los distintos Tribunales Penales Internacionales e Internacionalizados*. Colección Veracruz. Vol. 21.
- Fraschina, A. V. (2008). "Una nueva jurisdicción penal de carácter internacional: El Tribunal Especial para el Líbano". En: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 16.
- Iglesias, F. (2016). "La Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el crimen transnacional organizado. Una propuesta institucional regional

- para un problema de toda América Latina”. En: *Debates Latinoamericanos*. Año 14, No. 29. Pp. 124-125.
- Iglesias, M. (2020). “África y la Justicia Internacional: una agitada relación”. En: *Deusto Journal of Human Rights*. Vol. 6. Pp. 153-177.
- Hehir, A. (2019). “Lessons Learned? The Kosovo Specialist Chambers’ Lack of Local Legitimacy and Its Implications”. En: *Human Rights Review*. Vol. 20. Pp. 267-287.
- Ivković, S.K. & Hagan, J. (2011). *Reclaiming Justice: The International Tribunal for the former Yugoslavia and Local Courts*. Oxford: Oxford University Press.
- Jørgensen, N.H.B. (2018). *The Elgar Companion to the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Kerr, R. (2014). “Introduction: Trials and Tribulations at the ICTY”. En: Gow, J., Kerr, R. & Pajić, Z. (eds.). *Prosecuting War Crimes: Lessons and Legacies of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. London/Nueva York: Routledge.
- Korecki, L. (2009). “Procedural Tools for Ensuring Cooperation of States with the Special Tribunal for Lebanon”. En: *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 7(5). Pp. 927-944.
- Kreß, C. (2019). “Preliminary Observations on the ICC Appeals Chamber’s Judgment of 6 May 2019 in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal”. Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher.
- Ku Khemlin. (2015). “Mutual Legal Assistance and Recovery of Proceeds of Corruption”. https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/GG9/12_GG9_IP_Cambodia1.pdf
- Maxhuni, B. (2016). “Situación de la cooperación jurídica internacional de Kosovo”. En: Centro de Estudios de Seguridad de Kosovo (KCSS).
- Murati, R. (2005). “Protection of Human Rights under Kosovo’s Criminal Code and Criminal Procedural Code”. En: *Chicago-Kent Law Review*. Vol. 80(1).
- Ndouba, K.T. (2020) “El andamiaje del regionalismo internacional penal africano: problemas y perspectivas”. En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. 20.
- Ochs, S. & Walters, k. (2022). “Forced Justice: The Kosovo Specialist Chambers”. En: *Duke Journal of Comparative & International Law*. Vol. 32. Pp. 239-285.
- Paulussen, C. (2016). “Arrest and Transfer”. En: de Brouwer, A.M. & Smeulers, A. (eds). *The Elgar Companion to the International Criminal Tribunal for Rwanda*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing.

- Peskin, V. (2008). *International Justice in Rwanda and the Balkans: Virtual Trials and the Struggle for State Cooperation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- San Juan, C. (2018). "Alcance y Limitaciones de los tribunales híbridos II: Salas Especiales para Crímenes Graves en Timor Oriental, Salas de la Norma 64 en Kosovo, Salas Extraordinarias de África (SEA) y Tribunal Especial para Kosovo". En: Olasolo, H., Buitrago, N., Bonilla, V. & Canosa, J. (2018). *Alcance y Limitaciones de la Justicia Internacional*. Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humano y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores: Valencia (España). Pp. 675-602.
- Schabas, W.A. (2006). *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schabas, W.A. (2008a). *War Crimes and Human Rights: Essays on the Death Penalty, Justice, and Accountability*. London: Cameron May.
- Schabas, W.A. (2008b). "The Special Tribunal for Lebanon: Is a 'Tribunal of an International Character' Equivalent to an 'International Criminal Court'". En: *Leiden Journal of International Law*. Vol. 21 (2). Pp. 523 et.seq.
- Sillitti, O. & López, M.P. (2021). "El Proyecto COPLA para el establecimiento de una Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Organizado Transnacional", En: Olasolo et.al.. *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la Corrupción*. Volumen 12 de la Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Sluiter, G. (2014). "Responding to cooperation problems at the STL". En: Alamuddin, A., et. al. (eds.). *The Special Tribunal for Lebanon: Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press.
- Sluiter, G. (2004). "Legal Assistance to the Internationalized Criminal Tribunals". En: Romano, CPR.; Nollkaemper, P.A., & Kleffner, J.K. (eds.). *Internationalized Criminal Courts and Tribunals. Sierra Leone, East-Timor, Kosovo and Cambodia*. Oxford: Oxford University Press.
- Subotić, J. (2009a). "The Paradox of International Justice Compliance". *International Journal of Transitional Justice*. Vol. 3(3). Pp. 362-383.
- Starygin, S. (2011). "Internal rules of the extraordinary chambers in the courts of Cambodia (ECCC): Setting an example of the rule of law by breaking the law?". En: *Journal of Law and Conflict Resolution*. Vol. 3 (2). Pp. 20-42.
- Swart, B. (2007). "Cooperation Challenges for the Special Tribunal for Lebanon". En: *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 5. Pp. 1157 - 1158.

- Tladi, D. (2019). "Article 46L: Promoting and Effective Cooperation Regime". En: Jalloh, C.C., Clarke, K.M. & Nmehielle, V.O. (eds.). *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Torres Pérez, M. (2021). "El Tribunal Especial para el Líbano y su contribución al fin de la impunidad: una mirada crítica." En: *Confluencias*. Vol. 23(2). Pp.148 et. seq.
- Ventura, M.J. (2015). "Escape from Johannesburg? Sudanese President Al-Bashir Visits South Africa, and the Implicit Removal of Head of State Immunity by the UN Security Council in light of Al-Jedda". En: *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 13(5). Pp. 995-1025.
- Visoka, G. (2017). 'Assessing the Potential Impact of the Kosovo Specialist Court', Impunity Watch/PAX. Disponible en: <https://www.paxforpeace.nl/publications/all-publications/assessing-the-potential-impact-of-the-kosovo-specialist-court>
- Venturini, G. (2007). "Rwanda's Unanswered Screams: Still Seeking Justice after the Seromba Trial". En: *Hague Justice Journal*. Vol. 2(1). Pp. 50-53.
- Wilkitzki, P., Kreß, C. & Prost, K. (2022). "Article 101: Rule of Specialty". En: Ambos, K. (ed.). *Rome Statute of the International Criminal Court: Article-by-Article Commentary*. Múnich/Oxford/Baden-Baden: C.H.Beck/Hart/Nomos. Pp. 2685-2687.
- Zack-Williams, T. (2012). *When the State Fails: Studies on Intervention in the Sierra Leone Civil War*. Londres: Pluto Press.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Amnistía Internacional. (2008). Kosovo (Serbia): The Challenge to Fix a Failed UN Justice Mission. <https://www.amnesty.org/en/documents/eur70/001/2008/en/>
- Amnesty International. (2016). "Malabo Protocol: Legal and Institutional Implications of the Merged and Expanded African Court".
- Calpin, S. & Crossley, G.D. (2016). "EULEX: Anti-corruption and the Limits of a Eulex Quantitative Assessment". Disponible en: <http://levizjafol.org/folnew/wp-content/uploads/2016/02/EULEX-EN.pdf>.
- Chhay, K. "International cooperation: Mutual legal assistance and extradition". Disponible en: https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/GG6/05-1_Cambodia.pdf
- Comisión Europea (2022). Documento de trabajo "Kosovo 2022 Report", 12 de octubre de 2022. Disponible en: <https://neighbourhood-enlarge->

- ment.ec.europa.eu/system/files/2022-10/Kosovo%20Report%202022.pdf
- Corte Penal Internacional. (2019f). “Q&A Regarding Appeal Chamber’s 6 May 2019 Judgment in the Jordan Referral Re Al-Bashir Appeal”, mayo 2019, publicado en: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/190515-al-bashir-qa-eng.pdf>
- Crosby, A. & Zejneli, A. (2019). ‘Explainer: New Hague Tribunal Looks To Avoid Mistakes Of Past Kosovar Prosecutions. Radio Free Europe’. 18 de enero. <https://www.rferl.org/a/explainer-new-hague-tribunal-looks-to-avoid-mistakes-of-past-kosovo-prosecutions/29718149.html>
- Desalegn, H. (2013). “African Union accuses ICC of ‘hunting’ Africans”. *BBC*. <http://www.bbc.com/news/world-africa-22681894>
- Unión Africana. (2010). Decision on the Progress Report of the Commission on the Implementation of Decision Assembly/AU/DEC.270(XIV) on the Second Ministerial Meeting on the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) UA Doc. Assembly/AU/10(XV), UA Doc. Assembly/AU/Dec.296(XV), 27 julio 2010.
- Unión Africana. (2017). Decision on the International Criminal Court Doc. EX.CL/1006(XXX), UA Doc. Assembly/AU/Dec.622(XXVIII), 31 enero 2017.
- Tribunal Especial para el Líbano. (2009a). “Memorandum of Understanding between Lebanon and the Special Tribunal for Lebanon concerning the Office of the Special Tribunal in Lebanon”.
- Tribunal Especial para el Líbano. (2009b). “Memorandum of Understanding between Lebanon and the Office of the Prosecutor of the Special Tribunal for Lebanon on cooperation”.
- Tribunal Especial para el Líbano. (2010). “Memorandum of understanding between the government of the Lebanese Republic and the Defence Office on the modalities of their cooperation”.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (1994). Reunión 3453. Doc. S/PV.3453.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (1999). Carta de 6 de mayo de 1999 dirigida al presidente del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente de Alemania ante las Naciones Unidas (S/1999/516).
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2003). Resolución 1508. Doc S/RES/1508.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2004). Resolución 1537. Doc S/RES/1537.

- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2005a). Resolución 1595. Doc. RES/SC/1595.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2005b). Resolución 1636. Doc. RES/SC/1636.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2005c). Resolución 1644. Doc. RES/SC/1636.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2006). Resolución 1688. Doc. RES/SC/1688.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2008). Reunión 5904. Doc. S/PV.5904.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2017). Letter Dated 1 March 2017 from the President of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 addressed to the President of the Security Council, ONU Doc. S/2017/180, 2 marzo 2017.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2019). Reunión 8681. Doc. S/PV.8681.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2020). Letter dated 18 December 2020 from the President of the Security Council addressed to the Secretary-General and the Permanent Representatives of the members of the Security Council, ONU Doc. S/2020/1236, 21 diciembre 2020, Annex 2: Statement by the Prosecutor of the International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, Serge Brammertz.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2021). Reunión 8927. Doc. S/PV.8927.
- TPIR. (2002). Letter Dated 26 July 2002 from the President of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States between 1 January and 31 December 1994 Addressed to the President of the Security Council, ONU Doc. S/2002/847, 29 julio 2002.
- MRITP. (2016). "Mechanism arrests contempt convict", 24 marzo 2016. Disponible en: <https://www.irmct.org/en/news/mechanism-arrests-contempt-convict>

- MRITP. (2021). Letter dated 11 May 2021 from the President of the International Residual Mechanism for Criminal Tribunals addressed to the President of the Security Council, ONU Doc. S/2021/452, 11 mayo 2021.
- Open Society Justice Initiative. Modelos de Justicia. Manual para el Diseño de Mecanismos de Responsabilización Penal para Crímenes Graves. Disponible en: <https://www.justiceinitiative.org/uploads/42f6368f-53cc-480f-9b12-895b49c28679/options-justice-esp-intro-analysis-20180501.pdf>
- Reuters (2020). El presidente de Kosovo, Thaci, arrestado y trasladado a La Haya para enfrentar cargos por crímenes de guerra (5 de noviembre de 2020). Disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-warcrimes-kosovo-thaci-idUSKBN27L1DO>
- Secretario General de las Naciones Unidas. (2008). Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un tribunal especial para el Líbano.

Capítulo 10

*Las solicitudes de cooperación: especial atención a los órganos responsables de los tribunales, los canales nacionales de comunicación y el idioma de las solicitudes de cooperación**

BEATRIZ GASPARIAN*

ANTÔNIA PEREIRA DE SOUSA*

OSVALDO ZAVALA GILER*

1. INTRODUCCIÓN

Los tribunales internacionales penales (TIPs) de ámbito universal (Corte Penal Internacional (CPI) y Tribunales para la ex Yugoslavia

* Las opiniones expresadas en este capítulo corresponden a las de sus autores y no reflejan necesariamente las opiniones de la Corte Penal Internacional.

* Abogada egresada de la Universidad de São Paulo y tiene una Maestría en Derecho Internacional Público con especialización en Derecho Penal Internacional de la Universidad de Leiden desde 2020. Ha realizado trabajos de ayuda humanitaria y voluntariado dentro de diferentes organizaciones en Brasil, Benin y Holanda para apoyar a grupos vulnerables como presos y refugiados. Tiene experiencia profesional en relaciones exteriores, representación legal de víctimas, investigación y promoción de derechos de su tiempo en la CPI, TEL y REDRESS.

* Tras sus estudios en Asistencia Internacional Humanitaria en Aix-en-Provence, trabajó con una organización de ayuda humanitaria en Sudáfrica y como investigadora académica en estudios legales en la Universidad de Montreal. Lidera grupos defensores de los derechos de las personas LGBTQI+, como el International Social Club of the COC Haaglanden y la red

(TPIY) y Ruanda (TPIR)) y regional (Sección Especializada en DIP de la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos (CAJDH) y Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Transnacional Organizado (COPLA)), así como los tribunales híbridos (THs) (Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL), Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya (SETC), Tribunal Especial para el Líbano (TEL) y Salas Especializadas de Kosovo (SEK)), analizados en la presente obra colectiva, tienen jurisdicción material sobre los delitos más graves de trascendencia para la comunidad internacional (en particular, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión).

En el marco de las negociaciones del Estatuto de la CPI, e incluso con posterioridad, hubo iniciativas dirigidas a ampliar la jurisdicción de la CPI para que su competencia pudiera ir más allá de los crímenes internacionales, y extenderse a delitos característicos del crimen organizado transnacional (COT), tales como el narcotráfico, el tráfico de armas y el lavado de dinero¹. De hecho, tras décadas de iniciativas frustradas después del final de la segunda guerra mundial, las discusiones que impulsaron la creación de lo que hoy es la CPI se dieron gracias al pedido de Trinidad y Tobago en 1989 para que la Asamblea General de la ONU (AGNU) explorase la posibilidad de

ICCQ dentro de la CPI; y forma parte de la junta directiva de Women in International Law. Desde el 2008, ha ocupado puestos en la Fiscalía y en el Secretariado de la CPI como asesora en temas de relaciones exteriores y cooperación. El 8 de marzo de 2021 fue nombrada al puesto de Punto Focal para la Igualdad de Género en la CPI.

* Egresado de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Del 2006 al 2010 ocupó puestos de asesoría legal en la Coalición para la CPI (CICC) en La Haya y Nueva York. Se ha desarrollado en el Secretariado de la CPI, como Asistente Especial del Secretario, Jefe de Oficina junto a las Naciones Unidas y Jefe de la Sección de Presupuesto. Además, es miembro fundador del ICCQ. Zavala Giler ha publicado artículos académicos sobre temas relacionados a la CPI. En diciembre 2021 recibió en Santa Elena, Ecuador, el Premio de Ciudadano Ejemplar por la corporación Mochica Sumpa. En febrero 2023, fue elegido Secretario de la CPI, puesto que comenzará a ocupar en abril 2023.

¹ Ver Kittichaisaree (2001); Schabbas (2004).

crear un TIP que se ocupara del crimen de narcotráfico². Sin embargo, durante la Conferencia de Roma (1998), prevaleció el entendimiento de que una CPI permanente debería ocuparse solamente de los crímenes más graves de carácter internacional, de tal manera que pudiera dedicarse exclusivamente a su investigación y enjuiciamiento sin extrapolar su capacidad y recursos, ni la soberanía de los Estados³.

En este contexto, y sujetos al marco jurisdiccional sustantivo en el que operan los TIPs y los THs, el análisis sobre la cooperación internacional aquí desarrollada no incluye aspectos directamente relevantes o específicos a las formas cooperación judicial de carácter horizontal, es decir, entre Estados (asistencia legal mutua). Como resultado, el enfoque del análisis se centra en la cooperación judicial de naturaleza vertical aplicada en el marco del derecho internacional penal (DIP) entre los TIPs y los THs por un lado, y los Estados por otro.

Además, si se atribuye a los TIPs y los THs jurisdicción material sobre la corrupción transnacional, nada impediría recurrir al modelo vertical de cooperación analizado en este trabajo para perseguir la misma, aplicando sus distintos mecanismos *mutatis mutandi* a este tipo de delitos (aunque en la actualidad los TIPs y los THs no contengan disposiciones que aborden de manera específica la cooperación internacional en el contexto de la corrupción transnacional, ya que ésta no se recoge en sus respectivos estatutos).

La cooperación judicial en el contexto de los TIPs y los THs es esencial para su efectivo funcionamiento y, consecuentemente, para

² *Letter dated 21 August 1998 from the Permanent Representative of Trinidad and Tobago to the United Nations Addressed to the Secretary-General*, UN Doc A/44/195 (1989).

³ United Nations Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, *Summary of the Proceedings of the Preparatory Committee during the period 25 March-12 April 1996*, [paras 71-72], UN Doc A/AC.249/CRP.3/Rev.2 (1996) as cited in Neil Boister, *Penal Aspects of the UN Drug Conventions* (Kluwer Law, 2001) 27, 541. Ver A. Schloenhardt, *Transnational Organised Crime and the International Criminal Court Developments and Debates* [2005] UQLawJl 4; (2005) 24(1) University of Queensland Law Journal 93.

asegurar que los responsables de los crímenes más graves puedan ser sometidos de manera efectiva a la acción de la justicia. La ausencia de territorio, de policía o fuerzas armadas, y de poderes propios de ejecución hace a estas instituciones dependientes de la cooperación externa, principalmente estatal, para poder cumplir con sus mandatos. Al examinar esta realidad en relación con TPIY, Cassese (1998) acuñó una célebre metáfora que ilustra con claridad esta particularidad, la cual es compartida por los demás TIPs y THs:

El TPIY sigue siendo en gran medida como un gigante sin brazos ni piernas —necesita extremidades artificiales para andar y trabajar. Y estas extremidades artificiales son las autoridades estatales. Sin la cooperación de los Estados, el TPIY no puede cumplir con sus funciones. No tiene a su disposición los medios para compeler a los Estados a cooperar con éste.

Frente a esta necesidad tan primordial de asegurar la cooperación judicial para su efectivo funcionamiento, los estatutos y/o reglas de procedimiento y prueba (RPP) de los distintos TIPs y THs incluyen disposiciones que determinan el alcance, contenido y fundamento jurídico de la cooperación, así como aspectos procedimentales aplicables a las distintas modalidades de cooperación requerida. Pese a que compartan semejanzas, existen también ciertas particularidades y diferencias entre los mismos⁴.

A la luz de lo anterior, la sección 2 realiza una primera aproximación a los sistemas de cooperación de los TIPs y los THs, analizando el fundamento jurídico, alcance y contenido de las obligaciones estatales de cooperación con los mismos, y los mecanismos que pueden amplificar la eficacia de la cooperación estatal con los TIPs y los THs. A continuación, la sección 3 se enfoca en los órganos de los TIPs y los THs que son responsables de efectuar y transmitir las solicitudes de cooperación. Posteriormente, la sección 4 estudia los canales nacionales de comunicación relativos a la recepción de solicitudes de cooperación y asistencia, mientras que la sección 5 analiza los idiomas empleados en el diálogo cooperativo. Hecho esto, la sección 6 analiza las fortalezas y debilidades del sistema de cooperación judi-

⁴ Se refiere a Cfr. Nouwen, S. (2006: 208), donde se comparan de manera general las RPP entre el TESL y las SETC.

cial internacional desde la perspectiva de los órganos responsables, los canales nacionales de comunicación y los idiomas. El capítulo finaliza con la sección 7 donde se recogen las conclusiones.

2. PRIMERA APROXIMACIÓN AL SISTEMA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES PENALES Y LOS TRIBUNALES HÍBRIDOS

2.1. El fundamento jurídico de la cooperación

Al analizar los TIPs y los THs objeto de este estudio, se pueden encontrar las siguientes fuentes de las obligaciones estatales de cooperación con los mismos (que pueden ser reforzados por las legislaciones nacionales): (a) resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU) adoptadas conforme al Capítulo VII de la Carta de la ONU; y (b) convenios o tratados internacionales (incluyendo acuerdos bilaterales entre organismos internacionales y Estados).

La fuente principal de la obligación estatal de cooperar con el TPIY y el TPIR son las resoluciones del CSNU por las que se crean ambos tribunales⁵. Ambas resoluciones fueron adoptadas conforme al Capítulo VII de la Carta de la ONU, que define los poderes del CSNU para mantener la paz y la seguridad internacional (incluyendo tomar medidas para su restablecimiento)⁶, configurándose así como acciones coercitivas del CSNU⁷, cuyo cumplimiento es de carácter obligatorio para todos los Estados miembros de la ONU⁸.

⁵ *Vid.*: Resoluciones 827 (1993) para el TPIY y 955 (1994) para el TPIR. Ambas fueron adoptadas por el CSNU de conformidad con el capítulo VII de la Carta de la ONU.

⁶ Cryer, R., Friman, H., Robinson, D., & Wilmschurt, E. (2012).

⁷ Los arts. 39-42 de Carta de la ONU otorgan al CSNU, como órgano encargado de mantener y reestablecer la paz y seguridad internacional, el poder para adoptar medidas coercitivas.

⁸ Aun constituyendo obligaciones directas, ambas resoluciones requieren de manera expresa que los Estados adopten medidas con arreglo a su derecho

Como se afirma expresamente en las Resoluciones 827 (1993) y 955 (1994) por las que se establecen el TPIY y el TPIR, el CSNU:

Decide que todos los Estados deberán cooperar plenamente con el Tribunal Internacional y sus órganos de conformidad con la presente resolución y el Estatuto del Tribunal Internacional y que, en consecuencia, todos los Estados deberán adoptar las medidas necesarias con arreglo a su derecho interno para aplicar las disposiciones de la presente resolución y el Estatuto, incluida la obligación de los Estados de acceder a las solicitudes de asistencia y cumplir las resoluciones de una Sala de Primera Instancia con arreglo al artículo 29 del Estatuto.

En el caso de la CPI, su Estatuto (ECPI), en tanto que tratado internacional multilateral, constituye el fundamento jurídico de la obligación de cooperación impuesta a los Estados parte de cooperar con la CPI. Así, según el art. 86 del ECPI, recogido en la parte IX sobre la cooperación internacional y la asistencia judicial, establece que: “[...] Los Estados Partes, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia”.

Si bien en principio esta obligación general de cooperación está destinada sólo a los Estados parte del ECPI, existen tres supuestos en que dicha obligación puede ser extendida a Estados no parte. En primer lugar, el art. 12 (3) del ECPI prevé que los Estados no parte puedan aceptar la jurisdicción de la CPI mediante una declaración depositada con el Secretario de la CPI, lo que acarrea la obligación de cooperar con la CPI sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX del ECPI⁹. En segundo lugar, el art. 13(b) del ECPI, que

interno para cumplir con esta obligación. *Vid.*: cláusula operativa 4 de la Resolución 827 (1993) y cláusula operativa de la Resolución 955 (1994).

⁹ Como el ECPI es un tratado internacional, se requiere el consentimiento estatal para que el ECPI pueda imponer obligaciones a un Estado no parte. El principio jurídico que regula este tipo de situaciones está recogido el artículo 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “[un] tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento”.

Anello, C. (2013). Desafíos de la Corte Penal Internacional en torno a la cooperación con los Estados, p. 48.

hace referencia al ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre las situaciones remitidas a la CPI por el CSNU con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de la ONU, deja abierta la posibilidad a que este último imponga a los Estados no parte la obligación de cooperar con la CPI en los términos previstos en la resolución de remisión¹⁰. Finalmente, el art. 87(5) (a) del ECPI prevé que la CPI pueda

¹⁰ La primera de estas remisiones se realizó con respecto a la situación en Darfur (Sudán) mediante la Resolución 1593 (2005) del CSNU, en la que este último estableció que “[...] el Gobierno de Sudán y todas las demás partes en el conflicto de Darfur deben cooperar plenamente con la Corte [...]”. Es interesante ver que el mismo párrafo operativo que establece esta obligación con respecto del gobierno de Sudán, “reconoce que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen una obligación alguna con arreglo a dicho Estatuto”. Sin embargo, pese a no extender a otros Estados miembros de la ONU dicha obligación, el CSNU decidió “exhortar a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que también cooperen plenamente” con la CPI. En el caso contra el ex presidente de Sudán, Omar Al Bashir, la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) II, en su decisión sobre el viaje de Al-Bashir a los Emiratos Árabes y sus potenciales viajes a Arabia Saudita, Kuwait y Bahreín cuando todavía era presidente de Sudán, subrayó que tan solo los Estados parte del ECPI están sujetos a una obligación de cooperar con la CPI y que, con base en la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, solamente con el consentimiento de los Estados afectados el ECPI podría imponer obligaciones a un Estado no parte. Sin embargo, a continuación, la SCP II subrayó que este principio puede ser alterado por el CSNU por medio de la adopción de una resolución sujeta al Capítulo VII de la Carta la ONU creando una obligación de cooperación con la CPI para los Estados miembros de la ONU que no sean parte del ECPI, en cuyo caso, la obligación de cooperar emanaría directamente de la Carta. Así mismo, la SCP II continuó su análisis afirmando que, si bien la Resolución 1593 (2005) no impone a otros Estados no parte del ECPI la obligación de cooperar con la CPI, sí les exhorta a que cooperen plenamente con esta última. Como resultado, la SCP decidió en la parte dispositiva de su decisión “invitar” a las autoridades competentes de estos Estados a cooperar con el arresto y entrega de Al Bashir a la CPI. *Vid.*: ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber II, Situation in Darfur, Sudan, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision regarding Omar Al Bashir’s Travel to the United Arab Emirates and his Potential Travel to the Kingdom of Saudi Arabia, the State of Kuwait and the Kingdom of Bahrain, 24 February 2015; Anello, C. (2013: 49-50); Cárdenas Aravena, (2010: 294).

invitar a cualquier Estado no parte a prestar asistencia sobre la base de un arreglo especial o acuerdo con ese Estado, en cuyo caso las condiciones y parámetros aplicables a la prestación de asistencia a la CPI estarán sujetas a lo acordado (Anello, 2013:48; Wenqi, 2006) ¹¹.

Con respecto a los THs, en el caso del TESL y el TEL el fundamento jurídico de la obligación estatal de cooperación se encuentra en los acuerdos entre la ONU y los gobiernos de Sierra Leona¹² y Líbano¹³, respectivamente, por los cuales dichos tribunales fueron establecidos (si bien el acuerdo con Líbano tuvo que entrar en vigor mediante resolución del CSNU)¹⁴.

En cuanto a las SETC, es de destacar que estas se crearon mediante una ley nacional (adoptada por el Parlamento de Camboya conforme a su Constitución), que fue seguida por un acuerdo entre la ONU y el gobierno de Camboya cuyo propósito era reglar la cooperación entre las dos partes, determinado el fundamento jurídico y las modalidades de cooperación necesarias para posibilitar el funcionamiento de las SETC¹⁵.

¹¹ On co-operation by states not party to the International Criminal Court, p. 89.

¹² El TESL fue creado a través del Acuerdo de 16 de enero de 2002 entre la ONU y Sierra Leona, el cual fue acompañado del Estatuto del TESL (ETESL).

¹³ El TEL se estableció en virtud de un Acuerdo celebrado entre las Naciones Unidas y la República Libanesa, que entró en vigor el 10 de junio de 2007 tras aprobarse la Resolución 1757 (2007) del CSNU. Aunque el Acuerdo respondía un esquema similar al previsto para Sierra Leona y Camboya, las dificultades para su ratificación por el Parlamento libanés provocaron que el CSNU adoptara la decisión de hacerlo entrar en vigor mediante resolución adoptada de conformidad con el capítulo VII de la Carta de la ONU (este tipo de resoluciones son también el fundamento del TPIY y TPIR).

¹⁴ *Vid.*: Resolución 1757 (2007) del CSNU, de 30 de mayo de 2007.

¹⁵ En 2001 se promulgó la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya para el Procesamiento de los Crímenes cometidos en el período de la Kampuchea Democrática, que, establecía, entre otras cosas, que la asistencia internacional para el establecimiento y funcionamiento de las Salas se prestaría a través de la ONU. Dos años después se celebró el Acuerdo de cooperación entre la ONU y Camboya (2003), que, según su art. 2(2), sería implementado mediante la Ley de 2001.

Un caso particularmente interesante es el de las SEK, que fueron establecidas en virtud de un tratado internacional bilateral entre la Unión Europea y la República de Kosovo (2014), y que, tras su ratificación por la Asamblea Parlamentaria de Kosovo, requirieron para su puesta en marcha que la Asamblea aprobara una enmienda a la Constitución kosovar (2015: art. 162) y la Ley de las Salas Especializadas y de la Oficina del Fiscal Especializado de Kosovo (2015), donde se regula el sistema de cooperación con las SEK.

Finalmente, los TIPs de ámbito regional están conformados por dos instituciones que todavía no son operativas, pero que, una vez entren en funcionamiento, tendrá como fundamento jurídico de la cooperación estatal un tratado internacional multilateral: (a) la Sección Especializada en DIP de la CAJDH, prevista en el Protocolo de Malabo de 2014 (cuya entrada en vigor requiere quince ratificaciones sin que todavía se haya depositado ninguna)¹⁶; y (b) la COPLA, cuyo status es aún más embrionario, pues se limita a un anteproyecto de Estatuto¹⁷.

2.2. Alcance y contenido de la cooperación

La cooperación judicial es una expresión amplia cuyo contenido sustancial abarca en el ámbito de los TIPs y los THs las investigaciones y enjuiciamientos penales y la ejecución de penas (Stroh, 2001: 253). Dentro de estas áreas generales, las solicitudes de cooperación corresponden a encargos determinados que deben ser ejecutados por las autoridades competentes en el ámbito doméstico (o regional/internacional si la solicitud es dirigida a una organización internacional). Su gran importancia es consecuencia directa de la naturaleza de los TIPs y los THs, que, en tanto que instituciones internacionales, desplazadas geográficamente del conflicto que las originó o activó,

¹⁶ Protocolo Sobre Enmiendas Al Protocolo del Estatuto De La Corte Africana De Justicia Y Derechos Humanos (Protocolo de Malabo). Aprobado por la Unión Africana el 27 de junio de 2014.

¹⁷ El anteproyecto del Estatuto se puede encontrar en la página web de COPLA, https://www.coalicioncopla.org/_files/ugd/4da135_535a880687d942818c39b6e896d6eb6f.pdf.

y “desprovista de brazos y piernas” (Cassese, 1998), requieren de la cooperación estatal (así como de otros actores con presencia sobre el terreno como organizaciones internacionales y ONGs) para poder desempeñar con éxito sus funciones (Oosterveld, Perry & McManus, 2001).

Los estatutos de los TIPs y los THs, así como otros instrumentos internacionales de cooperación que puedan haber concluido con base en sus estatutos, contienen disposiciones donde se recogen las principales modalidades de cooperación y asistencia judicial que pueden solicitar a los Estados. Estas disposiciones difieren en lo que respecta al nivel de detalle con que se determinan las actividades sujetas a cooperación estatal. Así, en los estatutos del TPIY, el TPIR, el TESL, la SETC y el TEL las listas son casi idénticas, breves, con cuatro o cinco modalidades generales, mientras que en el ECPI y en los estatutos de las SEK y la Sección Especializada en DIP de la CA-JDH las enumeraciones son más extensas y descriptivas, incluyendo otros tipos de cooperación cuya relevancia ha sido constatada por la práctica del DIP, tales como la identificación, el congelamiento y el decomiso de activos o la protección de testigos (Rastan & Turlan, 2017: 42)¹⁸.

Sin embargo, ninguna de las disposiciones que recogen las modalidades de cooperación y asistencia judicial tiene un carácter exhaustivo. Así, los estatutos del TPIY, el TPIR, el TESL, las SETC, el TEL y las SEK aclaran esta naturaleza no exhaustiva mediante el uso de la

¹⁸ Los siguientes ejemplos de solicitudes de cooperación suelen ser los más comúnmente requeridos por los TIPs, muchos de los cuales aparecen también en el marco de la asistencia judicial interestatal mutua: órdenes de arresto y entrega; protección de testigos; identificación, congelamiento y decomiso de activos; identificación y búsqueda de personas u objetos; la práctica de pruebas, incluidos los testimonios bajo juramento, y la producción de pruebas, incluidos dictámenes e informes periciales; la interrogación a personas objeto de una investigación o enjuiciamiento; la notificación de documentos; facilitar la comparecencia voluntaria ante el tribunal de testigos o expertos; proceder al traslado provisional de personas; realizar inspecciones, practicar allanamientos y decomisos; transmitir registros y documentos; proteger a víctimas y preservar pruebas. *Vid.*: Rastan & Turlan (2017: 42).

expresión “en relación con, entre otras cosas, [...]”¹⁹. Por su parte, el ECPI y los estatutos de las SEK y de la Sección Especializada en DIP de la CAJDH optan por incluir al final de sus listados una cláusula general para “abarcar cualquier otro tipo de asistencia no prohibida por la legislación” y “destinada a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia”²⁰.

El régimen de cooperación internacional y asistencia judicial previsto en la parte IX del ECPI es particularmente detallado en su regulación y permite distinguir adecuadamente entre las tres formas más conocidas de cooperación: (a) obligaciones de resultado que requieren apoyo sustantivo a la CPI y están fundamentadas en derecho (cooperación *stricto sensu*); (b) obligaciones de medio, las cuales, aunque no sean siempre obligaciones jurídicas, son igualmente necesarias para cumplir la obligación general de cooperar plenamente con la CPI y presuponen el aporte de apoyo logístico, físico o procedimental (asistencia); y (c) cooperación voluntaria conforme a la cual los Estados parte pueden decidir extender su cooperación con la CPI más allá de las obligaciones impuestas por el ECPI (Rastan & Turlan (2017)²¹. Además, según el art. 88 del ECPI, los Estados parte tienen el deber de garantizar que sus legislaciones domesticas incluyen procedimientos que viabilicen la cooperación efectiva con la CPI, manteniendo de esta manera una cierta discrecionalidad para establecerlos en conformidad con su derecho interno (Parenti, 2007:

¹⁹ Art. 53, Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor’s Office; Art. 15, Estatuto TEL; Art. 28 Estatuto TPIR; Art. 29, Estatuto TPIY; Art. 25, Agreement Between the United Nations and the Royal Government of Cambodia Concerning the Prosecution Under Cambodian Law of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea; Artículo 17, Agreement Between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court or Sierra Leone.

²⁰ Parte IX, Art. 93, Estatuto de Roma; Art. 53, Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor’s Office; art. 22, Anexo al Protocolo de Malabo (lo que sería el art. 46L del Estatuto de la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos si el Protocolo de Malabo estuviera en vigor).

²¹ Las modalidades más comunes de cooperación voluntaria incluyen la reubicación internacional de testigos y víctimas, la ejecución de penas y la libertad provisional o definitiva de las personas enjuiciadas. *Vid.*: Rastan & Turlan (2017).

23). Finalmente, como hemos visto, los Estados que no son parte del ECPI, pese no tener ninguna obligación *prima facie* de cooperar con la CPI, pueden también decidir voluntariamente aportar asistencia de forma *ad hoc* en respuesta a una invitación de la CPI (art. 87(5) del ECPI) (Anello, 2013: 48; Oosterveld, Perry, & McManus, 2001: 788).

2.3. Los mecanismos para complementar y reforzar la cooperación internacional

Basándose en la experiencia y mejores prácticas del TPIY y el TPIR, la CPI ha promovido dos tipos de mecanismos adicionales para reforzar la eficacia del sistema de cooperación previsto en el ECPI: (a) la aprobación de leyes nacionales de cooperación; y (b) la conclusión de acuerdos bilaterales con ciertos Estados o de acuerdos marco regionales. Esta práctica puede ser también de utilidad para los TIPs de ámbito regional, una vez entren en funcionamiento, o incluso para algunos THs.

3.2.1. La importancia de las leyes nacionales de cooperación

Como no tiene un territorio propio, ni una fuerza de policía, la CPI no tiene facultades propias para la ejecución de su mandato y depende de la cooperación de los Estados durante las distintas etapas del procedimiento (ya sea para la detención y entrega de sospechosos, la congelación de activos, la protección de testigos y víctimas o la ejecución de las penas) (Oosterveld, Perry, & McManus, 2001). Ante esta situación, la regulación de las modalidades de cooperación con el fin de establecer procedimientos claros y una división de responsabilidades bien definida entre las autoridades es de suma importancia para el adecuado funcionamiento de la CPI²² por las siguientes razones: (a) evita que los Estados parte se vean en la posición de no tener la capacidad de cooperar con la CPI; (b) ayuda a que los Estados puedan responder de forma expedita a las solicitudes de asistencia

²² Párrafos 60-63, Informe anual de la Corte penal internacional sobre la cooperación, ICC-ASP/21/24 (para el 2022).

de la CPI; y (c) ofrece mayor seguridad jurídica a quienes pueden estar implicados en las actuaciones ante la CPI (sospechosos, testigos, o agencias estatales, entre otros)²³.

Una manera de llevar a cabo esta regulación es mediante el desarrollo y la adopción de una legislación nacional que implemente el ECPI de manera integral, tanto en lo que se refiere a la tipificación de los delitos como a la aplicación del régimen de cooperación con la CPI. Por ello, la CPI recomienda a los Estados parte que adopten este tipo de legislación con el fin de agilizar la cooperación, a pesar de lo cual menos de la mitad de los 123 Estados parte han realizado este esfuerzo²⁴.

2.3.2. Los acuerdos bilaterales o regionales

Si bien el ECPI regula las relaciones entre la CPI y los Estados parte, no cubre la totalidad de las contingencias que pueden surgir a partir del desempeño de sus funciones. Por ello, además de las leyes nacionales de implementación del ECPI²⁵, se han previsto acuerdos marco, de carácter bilateral o regional, negociados entre la CPI y los Estados parte, a efectos de regular temas que son esenciales para asegurar el buen funcionamiento, la eficiencia y la legitimidad de la CPI²⁶.

Existen cuatro tipos de acuerdos marco de cooperación voluntaria, que refuerzan la acción de la CPI en materia de cooperación. Estos acuerdos incluyen la protección de los testigos y de las víctimas, el respeto de los derechos de los sospechosos o de los acusados a la

²³ Cfr. p. ej., Aponte (2007: 199-200), en donde se resalta la iniciativa legislativa para una ley de armonización entre una posible ley de cooperación y el régimen procesal penal en Colombia.

²⁴ Recomendaciones 20, 30, 36, 37 y 42, Informe anual de la Corte penal internacional sobre la cooperación, ICC-ASP/20/25 (para el 2021).

²⁵ *Vid.*: por ejemplo, la Ley de Costa Rica sobre la Promoción de la Cooperación y Asistencia Judicial con la Corte Penal Internacional, Ley núm. 9570, 17 de mayo de 2018.

²⁶ Acuerdos de cooperación, CPI. *Vid.*: https://www.icc-cpi.int/news/seminarBooks/Cooperation_Agreements_Spa.pdf

libertad provisional, así como a la libertad definitiva, y la ejecución de las penas²⁷. Con base en su experiencia y en dialogo con los Estados parte, la CPI ha elaborado modelos de acuerdos para los cuatro tipos de cooperación voluntaria (disponibles también en español), que no son rígidos sino más bien flexibles²⁸. Estos modelos constituyen una base para la negociación con los Estados interesados, dentro del marco del ECPI y de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP); es decir, que el contenido de los acuerdos puede ser modificado en el caso de que alguna de sus cláusulas no sea aceptable por el Estado y tal modificación sea permitida por el marco jurídico operativo de la CPI²⁹.

A través de estos acuerdos marco, las solicitudes de la CPI a los Estados parte se benefician de mayor claridad a nivel operativo ya que siguen un procedimiento de negociación y comunicación previamente acordado³⁰. Los acuerdos no crean, por tanto, una obligación de aceptar una solicitud cooperación específica, sino más bien establecen el marco procesal y operativo necesario para su consideración. Como resultado, un Estado que formalice un acuerdo de cooperación con la CPI no está obligado a aceptar a cualquier persona (víctima, testigo, persona condenada, liberada o en libertad condicional) en su territorio, porque dichos acuerdos se basan en el principio del “doble consentimiento”; es decir que, en primer lugar, los Estados deben declarar su disposición para aceptar a tales categorías de personas en general, y posteriormente también deben hacerlo en el caso concreto de una solicitud para que tal persona sea trasladada al territorio del Estado. De esta manera, la soberanía de los Estados es plenamente respetada, ya que gozan de total discreción para decidir en cada caso concreto si aceptan o no a una determinada persona en su territorio nacional³¹. Además, cuando la CPI se acerca a un Estado para saber si este se encuentra en condiciones de aceptar a una persona protegida, lo hace de manera discreta y confidencial.

²⁷ Folleto sobre los acuerdos de cooperación entre la CPI y los Estados Parte.
Vid.: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2022-04/Cooperation_Agreements_Spa.pdf, p. 5.

²⁸ *Vid.*: pp. 22-43.

²⁹ *Vid.*: 9, 17.

³⁰ *Vid.*: p. 5.

³¹ *Vid.*: pp. 13, 17.

Una de las principales preocupaciones con relación a estos acuerdos (cuya negociación y firma también es confidencial por regla general, a no ser que los Estados parte los hagan públicos)³² es el costo que puede significar para un país recibir por ejemplo a testigos de la CPI en su territorio. Al respecto, es importante tener en cuenta que existe un Fondo Especial para la Reubicación de Testigos. Este fondo está financiado por contribuciones voluntarias de los Estados parte y aporta una solución exenta de costos para aquellos países que estén dispuestos a recibir víctimas y testigos, pero no puedan asumir los costos financieros de su reubicación³³.

3. ÓRGANOS DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES PENALES E HÍBRIDOS CON RESPONSABILIDAD SOBRE LAS SOLICITUDES DE COOPERACIÓN

Las solicitudes de cooperación dirigidas a autoridades estatales, u organizaciones internacionales o regionales, pueden emanar de, y ser transmitidas por, distintos órganos de los TIPs y los THs. Cabe destacar que no siempre es el mismo órgano o parte procesal el responsable de la producción y comunicación de una solicitud en los distintos tribunales, ya que, por un lado, estos tienen estructuras propias para emitir estas solicitudes, y por otro, los distintos órganos que pueden solicitar la cooperación estatal y de entidades externas tienen mandatos y objetivos propios dentro de la institución³⁴.

³² *Vid.*: p. 11.

³³ *Vid.*: pp. 10-11. En consecuencia, estos mecanismos no establecen nuevas obligaciones (ni sustantivas, ni financieras) para los Estados parte, sino que detallan y clarifican los aspectos procedimentales y operacionales de la cooperación en áreas fundamentales para la implementación del mandato de la CPI que no habían sido reguladas en el ECPI o las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP).

³⁴ *Vid.*: regla 176 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI; reglas 8(a) y 8(e) de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TESL; regla 113(3) de las Reglas Internas del SETC.

Con respecto a la CPI, si bien el art. 87(1) del ECPI se limita a establecer que “[I]a Corte estará facultada para formular solicitudes de cooperación a los Estados Partes”, un análisis más detallado su marco normativo permite afirmar que las solicitudes de cooperación por parte de la CPI pueden ser emitidas tanto por la Fiscalía³⁵, como por la Secretaría en nombre de las Salas³⁶ (estas últimas tienen, a su vez, la prerrogativa de ordenar a la Secretaría que emita una solicitud por cuenta propia³⁷, o a petición de la Fiscalía³⁸ o de la defensa³⁹ (Rastan & Turlan, 2017: 36).

De manera similar a la CPI, las disposiciones legales del TPIY, el TPIR, el TESL, las SETC, el TEL y las SEK también prevén la posibilidad de que la Fiscalía, por su propia cuenta, o la Secretaría, en nombre de las Salas, y, a la vez, en respuesta a una petición de la Fiscalía o la defensa, emitan solicitudes de cooperación⁴⁰. El TEL, por su parte,

³⁵ Art. 54(3), Estatuto de Roma; Regla 176(2), Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI.

³⁶ *Vid.*: regla 176(2), Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI.

³⁷ *Vid.*: arts. 56(3) (a), 57(3) (c), 57(3) (e) y 64(6) (b) del ECPI.

³⁸ *Vid.*: arts. 57(3) (a), 57(3) (d), y 58 del ECPI.

³⁹ *Vid.*: art. 57(3) (b) del ECPI.

⁴⁰ Con relación al TPIY, *vid.*: Arts. 20 y 29, Estatuto; Reglas 8, 33 (A), 39(iii), 39(iv), 40 (A), 40 bis, 54, 55 (D), 59 bis, 60, 61 (D), 90 bis (C), 105 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Con relación al TPIR, ver e.g. Arts. 28 y 19; Reglas 8, 39 (iii), 39 (iv), 33(A) 40 (A), 54, 55 (B), 55 bis, 61 (D), 90 bis (C), 105 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Con relación al TEL, ver e.g. Artículo 18, Estatuto; Reglas 16, 18 (A), 17, 18 (B), 76 (D), 76 bis, 78 (C), 79 (D), 82 (A), 82 (B), 84, 151 (C) de las Reglas de Procedimiento y Prueba; para 4 del Memorandum of understanding between Lebanon and the Office of the Prosecutor of the Special Tribunal for Lebanon on cooperation. Con relación al KSC, ver e.g. Arts. 35 (2) (d), 39 (12), 42 (6), 53 (1), 55, Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor’s Office, Reglas 23, 55 (1), 198 (1), 198 (2), 202. Con relación al SETC, ver Art. 25, Agreement Between the United Nations and the Royal Government of Cambodia Concerning the Prosecution Under Cambodian Law of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea; Artículos 20 new, 23 new, Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers, with inclusion of amendments as promulgated on 27 October 2004 (NS/RKM/1004/006).; Rules 9, 55, Internal Rules. Con relación al TESL, ver Art. 15, Estatuto; Reglas 8, 33, 39, 40 bis, 55, 56 Reglas de Procedimiento y Prueba.

presenta una singularidad en comparación con los otros tribunales: la autonomía otorgada a la defensa para emitir solicitudes de cooperación⁴¹ dada por su calidad de órgano independiente dentro de la estructura del TEL⁴².

Finalmente, en lo que se refiere a los TIPs de ámbito regional, el anteproyecto de Estatuto de la COPLA no hace menciones específicas sobre cuáles son los órganos aptos para emitir solicitudes de cooperación, sino que determina de manera general que los Estados parte “cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de la competencia de la Corte”⁴³. Por su parte, en relación con la Sección Especializada en DIP de la CAJDH, su Protocolo no designa a ningún órgano en específico para la tramitación de solicitudes de cooperación a Estados Parte u organizaciones. La regla 21(2) de las Reglas de la Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos indica las diversas obligaciones del Secretario, y aunque la regla 21(2)(1) establezca su responsabilidad de transmitir documentos a Estados Parte y/o a la Unión Africana cuando sea necesario, no se le otorga al Secretario la responsabilidad ni el poder de transmitir solicitudes de cooperación. Además, la regla 33(2) establece que la Corte puede solicitar a los Estados parte tomar medidas que garanticen la seguridad de las partes participantes, testigos, expertos, u otros. Sin embargo, la regla 33(4) especifica que quien tramita las solicitudes de cooperación es el Presidente. Estas reglas aún no se ven reflejadas en el Protocolo de la CAJDH, aunque el art. 38 de dicho documento establezca que todo tipo de cuestiones relativas a los procedimientos han de ser definidos en las Reglas de la Corte.

Con respeto a la CPI y de manera general, la Fiscalía, como órgano independiente que tiene a cargo las investigaciones y el enjuicia-

⁴¹ Ver e.g. Regla 16 (C), Reglas de Procedimiento y Prueba, Arts. 4 (1), 5 (2) del Memorandum of understanding between the Government of the Lebanese Republic and the Defence Office on the modalities of their cooperation.

⁴² Art. 7, Estatuto del TEL.

⁴³ Art. 35, Anteproyecto de Estatuto. *Vid.*: <https://www.coalicioncopla.org/documentos>.

miento de los presuntos responsables de los crímenes definidos por el ECPI, agiliza su trabajo de investigación gracias a las solicitudes de cooperación que remite a los Estados parte, así como a organizaciones regionales o internacionales. La Fiscalía tiene capacidad propia para emitir estas solicitudes, así como para darles seguimiento a efectos de movilizar así el apoyo de los respectivos Estados y entidades externas. De acuerdo con lo expresado por la Fiscalía de la CPI, esta se ha beneficiado de manera general de una buena cooperación (ICC-ASP, 2021: párr. 12)⁴⁴, presentado estadísticas que muestran que, entre el 2020 y el 2021, más del 50 por ciento de sus solicitudes de cooperación han sido ejecutadas (ICC-ASP, 2021: 3)⁴⁵.

Por su parte, la Secretaría, al ser el órgano neutral del tribunal que apoya la labor judicial y a todas las partes y participantes del proceso, no solo transmite solicitudes de cooperación en nombre de las Salas (como las órdenes de detención y de entrega), también las solicitudes relativas a distintas funciones que son parte de su mandato, como la protección de testigos y víctimas, la participación de víctimas a los procesos, o las investigaciones financieras para los fines de la asistencia judicial o la reparación de las víctimas⁴⁶. Pueden tratarse de solicitudes bastante simples, como informar a un Estado de la visita de una delegación de la Secretaría o de la CPI, o de solicitudes mucho más complejas, como las solicitudes de cooperación en materia de investigaciones financieras y de rastreo de bienes⁴⁷.

Como hemos visto, las experiencias previas del TPIY y del TPIR, han impulsado a la a la Secretaría de la CPI a coordinar con los Estados parte formas voluntarias de cooperación en el contexto de los llamados “acuerdos de cooperación”⁴⁸. Por su parte, en el TEL, se

⁴⁴ Informe anual de la Corte penal internacional sobre la cooperación.

⁴⁵ *Ibid.*: 3.

⁴⁶ Arts. 87(4), 87(6), 92(1) y 93(1) del ECPI.

⁴⁷ Art. 93(1)(k) del ECPI.

⁴⁸ Como hemos visto, la experiencia de la CPI, así como las experiencias previas del TPIY y del TPIR, han impulsado a la Secretaría a coordinar con los Estados parte formas voluntarias de cooperación en el contexto de los llamados “acuerdos de cooperación”. Los acuerdos incluyen formas de cooperación que pese a no estar previstas en los textos legales de los tribunales, son esenciales para garantizar aspectos esenciales del buen funcionamiento

han firmado memorandos de entendimiento entre el Gobierno de Líbano y la Fiscalía, así como con la Oficina de la Defensa, sobre diversas modalidades de cooperación⁴⁹. Dichos acuerdos representan una evolución muy importante en materia de igualdad de las armas entre las partes procesales.

Las Fiscalías o Secretarías de los TIPs y de los THs cuentan con unidades encargadas de coordinar estas solicitudes, que son articuladas con base en las disposiciones jurídicas de sus respectivos estatutos, las lecciones aprendidas y los requerimientos específicos de los distintos Estados parte, en caso de ser aplicables. La creación de dichas unidades es una evolución organizacional producto de la experiencia del TPIY y el TPIR, en los que la Fiscalía no contaba con esas secciones dedicadas a la cooperación⁵⁰.

Así, cuando se estableció la CPI, el primer Fiscal de la CPI, Luis Moreno-Ocampo, organizó a su oficina creando un pilar central especializado en materia de cooperación judicial y complementariedad (CPI-AEP, 2004: 67-73)⁵¹. Asimismo, la reorganización de la Secretaría de la CPI que se llevó a cabo en el 2015 también reforzó y centralizó el mandato de cooperación y de relaciones exteriores de la Secretaría por medio del establecimiento de una división respon-

to del proceso judicial, como el respeto de la presunción de inocencia y la imparcialidad de los procesos. Estos acuerdos marco buscan establecer procedimientos prácticos conducentes a agilizar la comunicación con cada Estado y la consecuente cooperación en temas como la reubicación de testigos y víctimas para su protección, la ejecución de sentencias en los sistemas penitenciarios nacionales, y la libertad provisional o definitiva de las personas enjuiciadas. *Vid.*: Acuerdos de cooperación: https://www.icc-cpi.int/news/seminarBooks/Cooperation_Agreements_Spa.pdf.

⁴⁹ *Vid.*: https://www.stl-tsl.org/sites/default/files/documents/legal-documents/cooperation/6305_100728_1104_MoU_with_MoJ_on_Defence_Investigations_signed_by_MoJ_and_HDO_Eng_translation.pdf; https://www.stl-tsl.org/sites/default/files/documents/legal-documents/cooperation/mou_otp_lebanon_en.pdf

⁵⁰ Las solicitudes de cooperación eran emitidas en la Fiscalía por la División de investigaciones, donde después de algunos años se creó una pequeña unidad para centralizar a los pedidos.

⁵¹ *Vid.*: https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/library/asp/ICC-ASP3-2_budget_English.pdf

sable de operaciones externas, incluyendo una unidad especializada en cooperación estatal y relaciones exteriores (CPI-AEP, 2015: 10)⁵². Estas unidades organizacionales trabajan también en conjunto para reforzar la coordinación entre Fiscalía y Secretaría en temas de cooperación, cuando dicha coordinación sea apropiada y no afecte las responsabilidades específicas de estos órganos. Dicha coordinación existe por ejemplo en temas relativos a arrestos (CPI-AEP, 2019: párr. 28) y a investigaciones financieras (CPI-AEP, 2019: párrs. 31-32), ya que son temas donde los dos órganos tienen mandatos complementarios. La importancia de la cooperación entre la Fiscalía y la Secretaría fue recientemente notada por los Expertos Independientes en su Reporte como una forma de evitar duplicaciones y errores⁵³.

Más concretamente, las experiencias de todos los TIPs y los THs coinciden en la necesidad de darles el debido seguimiento a las solicitudes de cooperación como un aspecto esencial para asegurar su éxito. La práctica actual de estos tribunales incluye mantener una comunicación abierta y directa con las autoridades nacionales incluso con anterioridad a la emisión de la solicitud de cooperación a efectos de permitir y alentar consultas previas con las autoridades competentes nacionales sobre la formulación que mejor se ajuste a los procesos internos, así como la definición de los recipientes de la solicitud con el fin de garantizar una mejor recepción y respuesta a la solicitud⁵⁴. Mantener consultas sobre las solicitudes de cooperación están previstas en los textos legales de los tribunales, como por ejemplo en el art. 97 del ECPI. Sin embargo, estas disposiciones solo consideran las consultas iniciadas por el Estado una vez recibida una solicitud de la

⁵² Vid.: https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP14/ICC-ASP-14-19-ENG.pdf

⁵³ ICC-ASP/19/16, párrs. 763-774.

⁵⁴ CPI-AEP. (2007); ICC-ASP/6/Res.2. Vid.: Sección C: Cooperación e Implementación; recomendación 10, recomendación 23, recomendación 32, recomendación 53, recomendación 63 y recomendación 66. https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/Resolutions/ICC-ASP-ASP6-Res-02-ENG.pdf; CPI-AEP. (2022). ICC-ASP/21/24 – Informe de la Corte sobre cooperación; para. 22 (recomendaciones 2, 3, 4 y 5), para. 40 (recomendación 32). Vid.: <https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/2022-12/ICC-ASP-21-24-SPA.pdf>

CPI. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que para evitar un juego de “ping-pong” entre las autoridades nacionales y el respectivo tribunal internacional, se puede adelantar estas consultas informales para ganar tiempo y reforzar la efectividad de la cooperación judicial (Pereira de Sousa & Turlan, 2015: 1399).

Una vez que la solicitud de cooperación formal ha sido emitida, el tribunal le da seguimiento por medio de comunicaciones escritas y orales con las autoridades respectivas⁵⁵. De considerarse apropiado, y dependiendo de la complejidad o lo delicado de la solicitud, podrían también organizarse encuentros o discusiones técnicas con las autoridades nacionales que están a cargo de implementar la solicitud, así como con un acercamiento pedagógico para que la solicitud sea entendida y aplicable dentro del marco legal al nivel nacional⁵⁶. Así mismo, compilaciones de mejores prácticas han sido desarrolladas, y algunas se encuentran en los reportes recientes de la CPI sobre la cooperación⁵⁷.

4. LOS CANALES NACIONALES DE COMUNICACIÓN

Tal como ocurre con todo tipo de comunicación, cualquiera que sea su contenido o el medio empleado, el éxito de la transmisión de las solicitudes de cooperación depende, ante todo, de la existencia

⁵⁵ Regla 176 de las RPP de la CPI; ICC-ASP/6/Res.2, recomendación 3, recomendación 7, recomendación 8, recomendación 9, recomendación 23.

⁵⁶ ICC-ASP/6/Res.2, recomendación 20; ICC-ASP/21/24 para. 22 (recomendación 6), para. 40 (recomendación 28), para. 50 (recomendación 41).

⁵⁷ Todos los informes sobre la cooperación y sobre las actividades de la Corte se pueden encontrar en la página de la Asamblea de los Estados partes, específicamente debajo de cada sección que recopila todos los documentos emitidos en el marco de cada sesión anual de la AEP. *Vid.*; CPI-AEP. (2021). ICC-ASP/20/25 https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP20/ICC-ASP-20-25-SPA.pdf; CPI-AEP. (2020). ICC-ASP/19/25. https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP19/ICC-ASP-19-25-SPA-Cooperation-Report-%2028oct20-1830.pdf; CPI-AEP. (2018). ICC-ASP/17/16 https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP17/ICC-ASP-17-16-SPA.pdf

de interlocutores aptos para entregar y recibir el mensaje. Por ello, de la misma manera en que es necesario definir los órganos responsables en los tribunales para emitir las solicitudes de comunicación, es fundamental también saber a quién dirigirlas⁵⁸. En esta sección, se abordará la discusión sobre los canales de comunicación.

En primer lugar, se tiene que notar que, de manera global, la definición de cuál será el canal de comunicación dedicado para recibir las solicitudes de los tribunales es una decisión soberana de cada Estado. La experiencia muestra que algunos Estados prefieren un canal de comunicación centralizado, por ejemplo, en el Ministerio de Justicia o el Ministerio de Relaciones Exteriores, con la identificación de un punto focal formal (oficina o persona)⁵⁹, mientras que otros Estados identifican a la representación diplomática del país ante los Países Bajos para ser el punto focal formal que coordinará las solicitudes con las autoridades competentes al nivel nacional⁶⁰. En algunas leyes nacionales de implementación de la parte sobre la cooperación del ECPI, se identifican de manera directa los canales de comunicación⁶¹.

⁵⁸ El art. 87(1)(a) del ECPI establece que las solicitudes de cooperación se “transmitirán por vía diplomática o por cualquier otro conducto adecuado que haya designado cada Estado Parte”. Además, la regla 176(3) de las RPP de las CPI define al Secretario como el encargado de recibir cualquier notificación de cambios relativos a los puntos focales o autoridades nacionales encargadas de tratar con las solicitudes de cooperación de la CPI.

⁵⁹ Recomendaciones 7 y 8.

⁶⁰ Recomendación 9.

⁶¹ P. ej., en España, la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, designa al Ministerio de Justicia como el “único órgano de relación a la Corte”. La ley también designa al Ministerio de Justicia como el encargado de acusar recibo de las solicitudes de cooperación y aquel encargado de transmitir solicitudes a otros órganos internos relevantes. De manera similar, en Costa Rica, la ley 9570 de Promoción de la Cooperación y Asistencia Judicial con la Corte Penal Internacional, establece que la Corte “deberá comunicar sus solicitudes de cooperación y asistencia judicial a la Corte Suprema de Justicia [...] y al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, los cuales son reconocidos como órganos centrales de la cooperación con la [CPI]”.

En el contexto de la CPI, los Estados conservan la prerrogativa de determinar el punto focal a nivel nacional que hará las veces de canal de comunicación con la Corte (art. 87(1) del ECPI). La determinación de esta prerrogativa es una obligación para los Estados que desean utilizar un conducto adicional o distinto a la vía diplomática. El ECPI y las RPP indican específicamente la obligación de proveer a la CPI la información necesaria sobre las autoridades nacionales relevantes a la fecha de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión⁶². Está igualmente especificado que los Estados deben informar a la Secretaría sobre cualquier eventual cambio en los canales de comunicación⁶³.

Los respectivos marcos normativos de otros tribunales no poseen disposiciones semejantes, haciendo el requerimiento de establecer canales de comunicación una necesidad implícita para garantizar el proceso de cooperación judicial. Este es el caso, por ejemplo, del TPIY, el TPIR y el TESL, cuyos textos legales simplemente establecen de manera general que las solicitudes de cooperación deberán ser dirigidas a las “autoridades nacionales competentes”⁶⁴ o a las “autoridades estatales pertinentes”⁶⁵.

Dentro del marco legal del TEL, tampoco se establece dicha obligación. Sin embargo, al contrario de lo que se pasa en el TESL, el TPIY, el TPIR y la CPI, existen disposiciones en memorandas de entendimiento suplementarias en las que, aunque no sean vinculantes, se nombran autoridades libanesas específicas para el cumplimiento de ciertas funciones. Por ejemplo, la Oficina del Fiscal General en la Corte de Casación es designada como el órgano responsable para asegurar la coordinación adecuada entre la Fiscalía del TEL y las autoridades libanesas pertinentes⁶⁶. De forma similar, pero aún más específica, la Directora o el Director de la División de

⁶² Art. 87, Estatuto de Roma; Regla 177, Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

⁶³ Reglas 176 y 180, Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

⁶⁴ Art. 25 del Estatuto del TEL.

⁶⁵ Art. 18 del Estatuto del TPIY, Art. 17 del Estatuto del TPIR, Art. 15 del Estatuto del TESL, Arts. 4 y 1 del Estatuto del TEL.

⁶⁶ Para 1, Memorandum of understanding between Lebanon and the Office of the Prosecutor of the Special Tribunal for Lebanon on cooperation.

Litigios de esta Oficina es la persona designada como punto focal para recibir solicitudes de cooperación del Jefe de la Oficina de Defensa del TEL⁶⁷.

A su vez, los textos legales de las SEK emplean de manera general formulaciones amplias como “autoridades estatales” para referirse al canal de comunicación⁶⁸, pero, en ciertas partes, se hace mención específica a algunas autoridades, tales como la policía en Kosovo. Así, esta última es designada como la encargada, por ejemplo, de notificar documentos a nombre de las Salas de las SEK⁶⁹.

Con relación a las SETC, mientras el acuerdo entra la ONU y Camboya se refiere de manera general al “Gobierno Real de Camboya” como receptor de la obligación de cooperar con las solicitudes de cooperación de las Salas⁷⁰, las Reglas Internas determinan la existencia de dos figuras que sirven a las SETC para cumplir con las mismas, a saber, la Policía Judicial y los Investigadores⁷¹. Lo interesante es que estos actores, cuya función es ejecutar tareas pertinentes al mandato de las SETC, son en parte asociados a las Salas y en parte asociados al Gobierno de Camboya. Por ejemplo, la Policía Judicial, descrita como *auxiliary officers*⁷² de las SETC, responde a las autoridades competentes de Camboya en caso de mala conducta⁷³. Los investigadores son designados, a su vez, internamente por las SETC, pero son enseguida acreditados por el Ministerio de la Justicia de Camboya⁷⁴. Así que las SETC presentan la particularidad de disponer de canales de comunicación asociados a la vez con el Estado y las propias SETC.

⁶⁷ Art. 4, Memorandum of understanding between the Government of the Lebanese Republic and the Defence Office on the modalities of their cooperation.

⁶⁸ Art. 38, Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor’s Office.

⁶⁹ Art. 34, Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor’s Office.

⁷⁰ Art. 25, Agreement Between the United Nations and the Royal Government of Cambodia Concerning the Prosecution Under Cambodian Law of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea.

⁷¹ *Vid.*: e.g., Reglas 15(1), 15(4), 50(4), 51(1), Reglas Internas.

⁷² Regla 15(1), Reglas Internas.

⁷³ Regla 15(4), Reglas Internas.

⁷⁴ Regla 16, Reglas Internas.

En la práctica, si bien un Estado puede identificar un canal de comunicación oficial, los TIPs y los THs pueden identificar, por medio de su experiencia y lecciones aprendidas, así como en consulta con las autoridades estatales, tipos específicos de solicitudes para las cuales se podrían utilizar canales de comunicación adicionales con el fin de promover una comunicación más eficaz, que resulte en una cooperación más efectiva⁷⁵. Para dichos efectos, puntos focales adicionales dentro de la autoridad nacional originalmente designada, pueden ser consolidados. Con el tiempo, y con el aumento de las complejidades de las solicitudes de cooperación, los canales de comunicación también han evolucionado, ya sea reforzando la especialización de las personas u oficinas a cargo en los distintos Estados parte, ya sea permitiendo mayor flexibilidad en la práctica, dependiendo de los tipos de solicitudes, y siempre asegurando la coordinación a nivel estatal⁷⁶. Esas formas de buenas prácticas en materia de cooperación judicial han sido adelantadas por la CPI en sus informes y documentos en materia de cooperación, como por ejemplo en sus informes anuales a la Asamblea de Estados Parte⁷⁷, pero también en sus Recomendaciones sobre la Cooperación Estatal con la CPI⁷⁸.

Cabe recalcar que existen diferencias importantes entre la cooperación judicial de los tribunales con Estados y la cooperación de los primeros con organismos internacionales y regionales. Al contrario de los Estados parte, la cooperación entre tribunales y organismos internacionales no es obligatoria. El proceso de comunicación es más fácil, ya que la mayoría de estos organismos necesitan ellos mismos de la cooperación de otros actores para ejecutar sus mandatos, así que cuentan ya con estructuras de comunicación y coordinación, así como por lo general con un amplio entendimiento sobre las ne-

⁷⁵ ICC-ASP/6/Res.2, recomendación 25; ICC-ASP/17/16, para. 16; ICC-ASP/20/25, para. 20 (recomendación 3), para. 47 (recomendación 40).

⁷⁶ ICC-ASP/21/24, para. 40 (recomendación 32).

⁷⁷ Por ejemplo, para solicitudes de cooperación en materia de investigaciones financieras (recomendación 26) – Informe anual de la Corte penal internacional sobre la cooperación, ICC-ASP/120/25 (para el 2021).

⁷⁸ *Vid.*: [https://www.icc-cpi.int/news/seminarBooks/66%20Recommendations%20Flyer%20\(ENG\).pdf](https://www.icc-cpi.int/news/seminarBooks/66%20Recommendations%20Flyer%20(ENG).pdf)

cesidades de los tribunales⁷⁹. Claro está que los mandatos y marcos legales de cooperación de los tribunales son diferentes al de otros mecanismos de cooperación judicial internacional. Esto quiere decir que siempre es necesario aplicar un tipo de pedagogía en la forma en que se comunican y se dan seguimiento a las solicitudes de cooperación⁸⁰. Las solicitudes de los tribunales se suman a muchas otras que reciben los organismos internacionales, lo que quiere decir que la prioridad no estará necesariamente siempre con las solicitudes de aquellos. Finalmente, dependiendo del mandato del organismo internacional, es importante mencionar que el mandato y las actuaciones de los tribunales pueden representar dificultades para esos organismos internacionales, que por su mandato o alcance tienen cuidado con el tipo de relación que mantienen a efectos de evitar posibles conflictos o dificultades operacionales⁸¹.

5. IDIOMAS DE TRANSMISIÓN DE LAS SOLICITUDES DE COOPERACIÓN

Por sencillo que parezca, la cuestión relativa a los idiomas de transmisión de las solicitudes de colaboración no es un asunto trivial, porque garantizar que una solicitud sea comunicada en el idioma correcto es un factor determinante para facilitar y acelerar su procesamiento por la autoridad receptora⁸². A manera de ejemplo, la CPI indicó en su informe sobre las actividades y la ejecución de sus programas durante el año 2020⁸³ que sus servicios de idiomas (en la Secretaría) habían trabajado en sólo un año con más de 18 idiomas, tanto en apoyo a las audiencias, así como en relación con las comunicaciones oficiales con los Estados parte. Examinando las solicitudes

⁷⁹ ICC-ASP/6/Res.2, recomendación 32

⁸⁰ *Vid.*: recomendaciones 34 y 59, ICC-ASP/21/24, para. 59, recomendación 35.

⁸¹ ICC-ASP/6/Res.2, recomendaciones 37 y 39; ICC-ASP/21/24, para. 53.

⁸² Por ejemplo, Informe de la Mesa sobre la cooperación, ICC-ASP/20/26, p. 22.

⁸³ ICC-ASP-20-7-SPA, pp. 23-24.

de cooperación remitidas por la unidad de relaciones exteriores y de cooperación de la Secretaría desde 2015, se encuentran actualmente comunicaciones hechas en más de 20 idiomas⁸⁴. Ni que decir tiene que acomodar el uso oficial de múltiples idiomas demanda más recursos de los tribunales.

La comparación realizada entre los TIPs y los THs analizados en este capítulo revela que el marco normativo de la CPI es el único que incluye de manera expresa disposiciones específicas con relación al idioma de las solicitudes de cooperación. Los Estados parte pueden elegir, a la fecha de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que el idioma a ser empleado en las solicitudes de cooperación sea uno de los idiomas oficiales de la CPI o un idioma oficial del Estado requerido⁸⁵. En caso de que ninguna preferencia haya sido indicada, las solicitudes son transmitidas en uno de los idiomas oficiales de la Corte⁸⁶. Cualquier cambio del idioma designado debe ser comunicado a la Secretaría⁸⁷.

Aunque los estatutos o RPP de los otros TIPs y THs contienen disposiciones legales sobre sus idiomas oficiales y de trabajo, no regulan los idiomas a ser empleados por sus respectivos órganos en las solicitudes de cooperación. Sin embargo, en el caso de las SEK, existen RPP que sugieren que el idioma de las solicitudes de cooperación emitidas por las SEK y dirigidas a terceros países y a organizaciones internacionales o viceversa, pueden ser determinados en un eventual acuerdo de cooperación y asistencia, los cuales son voluntarios⁸⁸.

⁸⁴ CPI a través de su cuenta de Twitter, 21 febrero 2023.

⁸⁵ Artículo 87 (2), Estatuto de Roma; Regla 178, Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

⁸⁶ Regla 179, Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

⁸⁷ Regla 180, Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

⁸⁸ Regla 210, Reglas de Procedimiento y Prueba KSC; Artículo 4, Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office.

6. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL SISTEMA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN RELACIÓN CON LOS ÓRGANOS RESPONSABLES, LOS CANALES DE COMUNICACIÓN Y LOS IDIOMAS

6.1. *Órganos responsables*

Los esfuerzos para mejorar la coordinación y centralización de las solicitudes de cooperación, así como para reforzar la capacidad de los órganos responsables de emitir estas solicitudes y de comunicar con los Estados su implementación, han sido muy importantes. Se ha identificado que de los modelos de los tribunales *ad hoc* al modelo de la CPI, se han reforzado las oficinas y capacidades internas en la Fiscalía y en la Secretaría para liderar los esfuerzos en materia de cooperación judicial.

Un elemento importante para analizar la evolución de esta cooperación tiene que ver con la cooperación con la defensa. En este sentido, es importante tomar en cuenta las dificultades referidas por la CPI en sus informes anuales en relación con la obtención de cooperación de los Estados parte y organizaciones internacionales frente a las solicitudes hechas a nombre de la defensa, incluso cuando estas son remitidas por la Secretaría⁸⁹. De conformidad con su mandato, la Secretaría trabaja activamente para alentar a los Estados a mejorar su cooperación con las solicitudes de los equipos de defensa a fin de garantizar la imparcialidad de los procedimientos ante la CPI y contribuir a su celeridad⁹⁰.

A pesar de sus esfuerzos de comunicación y de centralización, la Secretaría sigue enfrentándose a numerosos desafíos relacionados a la cooperación con los equipos de defensa, y más específicamente con su privilegios e inmunidades. De hecho, un elemento importante de la asistencia que brinda la Secretaría a los equipos de defensa

⁸⁹ Informe anual de la Corte penal internacional sobre la cooperación, ICC-ASP/19/25 (para el 2020), párrs. 14-16, e Informe anual de la Corte penal internacional sobre la cooperación, ICC-ASP/20/25 (para el 2021), párrs. 14-16.

⁹⁰ ICC-ASP/21/24, para. 16; ICC-ASP/6/Res.2, recomendación 28.

es asegurar que, siempre que sea posible, los miembros de estos equipos disfruten privilegios e inmunidades, que son fundamentales para el desempeño de sus funciones en el territorio de los Estados parte donde operan. Sin embargo, esta asistencia no siempre es posible dada la falta de mecanismos internos, incluidos, entre otros, la legislación y los procedimientos apropiados en los Estados pertinentes para otorgar tales privilegios e inmunidades a los miembros de la defensa⁹¹. En este sentido, la Secretaría continúa insistiendo en la importancia de ratificar el Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la CPI (APIC)⁹² por los Estados parte que aún no lo han hecho.

La Secretaría de la CPI también apoya a los equipos de defensa en sus esfuerzos por obtener la cooperación de los Estados y de otras partes interesadas en la realización de sus actuaciones, en particular en relación con las solicitudes de entrevistas (p. ej., con un funcionario estatal o un representante de una organización intergubernamental), o solicitudes de documentos e información⁹³. De acuerdo con la Secretaría, la cooperación con los equipos de defensa no es fácil de obtener, a pesar de que a menudo no implican solicitudes complejas. Esto se refleja en los datos proporcionados en los informes de la CPI sobre la cooperación en 2020 y 2021⁹⁴, que muestran que solo el 24% y 33% de las solicitudes de cooperación de la defensa remitidas en esos años por la Secretaría fueron ejecutadas. En consecuencia, todavía hay una labor importante que hacer para reforzar aún más la igualdad de armas entre las partes en lo que respecta a la cooperación judicial.

El desarrollo que se dio en el contexto del TEL con respecto al papel más autónomo de la defensa en emitir solicitudes de cooperación y contactar a los Estados y otras entidades externas sin el apoyo de la

⁹¹ ICC-ASP/21/24, para. 17.

⁹² *Vid.*: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/Compendium.3rd.02.SPA.pdf

⁹³ ICC-ASP/21/24, para. 18.

⁹⁴ Informe anual de la Corte penal internacional sobre la cooperación, ICC-ASP/19/25 (para el 2020), p. 4, e Informe anual de la Corte penal internacional sobre la cooperación, ICC-ASP/20/25 (para el 2021), p. 4.

Secretaría⁹⁵, podría ofrecer una alternativa más sistémica respecto al papel de la defensa dentro de la arquitectura jurídica de los tribunales internacionales e híbridos. Así, en tanto que no existan conflictos de intereses, la defensa podría tener la capacidad de actuar como una entidad institucional independiente, reforzando su papel de parte procesal, así como su autoridad con respecto a los actores externos al tribunal. Es importante acotar que, a diferencia de la Fiscalía, los distintos equipos de defensa en los tribunales no constituyen una entidad homogénea. Al contrario, cada equipo actúa de manera independiente del resto (incluso, y a veces, sobre todo, cuando hay más de un acusado en un caso), cada uno representado por su propia defensa. Es así que es difícil generalizar sobre el rol que una entidad institucional única que represente los intereses de la defensa pueda tener en el contexto de los distintos TIPs y THs. Dicho esto, es importante notar que en el contexto de las recomendaciones hechas por los expertos independientes en su n⁹⁶, algunas de estas recomendaciones incluyen la creación de una oficina para la defensa⁹⁷, reforzando el papel y la voz de esta última al nivel institucional de la CPI.

6.2. *Canales de comunicación*

El hecho que cada Estado parte identifique su propio canal de comunicación oficial con el tribunal de que se trate puede acarrear ciertos desafíos, ya que dependiendo de su función no se garantiza que la solicitud de cooperación llegue de manera rápida y eficaz al órgano nacional que estará a cargo a final de la implementación de la solicitud en términos sustantivos. Además, entendemos que el sistema de cooperación judicial creado para los TIPs y los THs no está siempre en sintonía con las leyes y normativas nacionales, o con los sistemas de cooperación transnacionales⁹⁸.

⁹⁵ Art. 13(2) del Estatuto del TEL; Regla 15 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TEL.

⁹⁶ ICC-ASP/19/16.

⁹⁷ Recomendaciones 322 a 327.

⁹⁸ P. ej., la extradición de personas a veces se confunde con la entrega de personas a la Corte. Según el art. 102 del ECPI, 'entrega' se refiere a la entrega física de una persona por un Estado a la Corte de conformidad al ECPI y

No obstante, se han identificado formas para resolver las debilidades inherentes al sistema, como por ejemplo la aprobación de leyes de implementación al nivel nacional, la identificación o creación de oficinas centrales que puedan coordinar las solicitudes de cooperación que llegan de los TIPs y de los THs con varios actores nacionales, el desarrollo de entrenamientos y capacitaciones para desarrollar buenas prácticas y un mejor conocimiento por los actores nacionales competentes del mandato y del marco normativo de los tribunales, la formación y utilización de redes especializadas de cooperación judicial para ciertos tipos de solicitudes (como la protección de testigos o las investigaciones financieras), respetando los canales oficiales de comunicación establecidos por los Estados, pero también promoviendo mayor flexibilidad y coordinación al nivel nacional⁹⁹.

En todo caso, es importante recordar que el buen funcionamiento de la cooperación judicial con los tribunales depende mucho de la buena voluntad política de los Estados para mantener puntos focales operacionales y adoptar legislaciones y procesos de implementación¹⁰⁰. La falta de esta voluntad política puede resultar en complejos e ineficientes procesos que podrían de manera efectiva impedir la cooperación.

6.3. Idiomas

Con relación a los diversos idiomas que pueden ser utilizados en el marco de la cooperación judicial en el contexto de la labor de los TIPs y los THs, se puede decir que la multiplicidad de idiomas oficiales en materia de cooperación (como ocurre, por ejemplo, en la CPI) puede ser considerada al mismo tiempo una fortaleza y una debilidad: es una fortaleza en cuanto permite un mayor alcance de las solicitudes y puede incrementar las posibilidades de asegurar una

‘extradición’ se refiere a la entrega física de una persona por un Estado a otro Estado de conformidad a lo dispuesto en un tratado entre dichos Estados.

⁹⁹ Ver las distintas recomendaciones en los informes anuales de la CPI sobre la cooperación para 2019, 2020 y 2021.

¹⁰⁰ ICC-ASP/6/Res.2, recomendaciones 1-4.

cooperación efectiva; y, al mismo tiempo, constituye una debilidad, en cuanto requiere de recursos adicionales y puede interferir con la eficiencia del proceso.

7. CONCLUSIONES

En este capítulo se ha visto que los TIPs y los THs analizados presentan semejanzas en lo que atañe a la regulación de la cooperación judicial, pero también en los mecanismos ideados para promover la dinámica, eficiencia y éxito de las solicitudes de cooperación. Cabe recalcar en este contexto que los mecanismos descritos en este capítulo podrían ser aplicables *mutatis mutandi* a la persecución penal del fenómeno de la corrupción transnacional (en particular, cuando está asociada al COT), en caso de que en el futuro el mismo no sea abordado solamente a través de los mecanismos tradicionales de aplicación del derecho penal transnacional, sino que uno o varios de los TIPs o de los THs puedan llegar a tener jurisdicción material sobre el mismo.

En lo que respecta los fundamentos jurídicos de cada institución discutidos en la primera sección, estos sirven para justificar la obligación de los Estados de cooperar y pueden variar entre, por ejemplo, tratados multilaterales, bilaterales o resoluciones del CSNU. Nótese que la base jurídica de las obligaciones de cooperación puede afectar la voluntad y la capacidad de los Estados de prestar cooperación y, por consecuencia, la eficacia de las solicitudes.

Tras analizar brevemente las distintas modalidades y formas de cooperación, el capítulo desarrolló también la posibilidad de expandir las estructuras de cooperación mediante los siguientes mecanismos complementarios: las leyes nacionales de implementación y los acuerdos marco (bilaterales o regionales). Estos mecanismos, aunque no creen necesariamente nuevas obligaciones sustantivas, pueden contribuir para asegurar que la cooperación judicial sea una obligación de facto ejecutable.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

Pre-Trial Chamber II, Situation in Darfur, Sudan, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision regarding Omar Al Bashir's Travel to the United Arab Emirates and his Potential Travel to the Kingdom of Saudi Arabia, the State of Kuwait and the Kingdom of Bahrain, 24 February 2015. ICC-02/05-01/09.

Doctrina

Anello, C. (2013). "Desafíos de la Corte Penal Internacional en torno a la cooperación con los Estados.". En: *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 1. Pp. 43-60.

Aponte, A. (2007). "Informe Nacional: Colombia". En: K. Ambos, E. Malarrino, & G. Elsner (eds.), *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*. Pp. 183-235. Fundación Konrad-Adenauer.

Cassese, A. (1998). "On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian". En: *European Journal of International Law*. Vol. 9. Pp. 2-17. <http://ejil.org/pdfs/9/1/1477.pdf>.

Cárdenas Aravena, C. (2010). "La Cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional a la luz del principio de complementariedad.". En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 34. Pp. 281-304.

Cryer, R., Friman, H., Robinson, D., & Wilmschurt, E. (2012). "The ad hoc International Criminal Tribunals: Nuremberg and Tokyo". En: *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Pp. 122-143. Cambridge University Press.

Boister, N. (2001). *Penal Aspects of the UN Drug Conventions*. The Hague; Boston: Kluwer Law International.

Boister, N. (2018). *An Introduction to Transnational Criminal Law*. Oxford University Press (2° ed.).

K. Kittichaisaree (2002). *International Criminal Law*, Oxford University Press.

Nouwen, S. M. (2006). "'Hybrid courts': The hybrid category of a new type of international crimes courts". En: *Utrecht Law Review*, 2. Pp. 190-214.

- Oosterveld, V., Perry, M., & McManus, J. (2001). "The cooperation of states with the International Criminal Court." En: *Fordham International Law Journal*, 25(3). Pp. 767-839.
- Parenti, P. (2007). Informe Nacional: Argentina. En: K. Ambos, E. Malarino, & G. Elsner (eds.), *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional* Fundación Konrad-Adenauer. Pp. 23-67.
- Pereira de Sousa, A. & Turlan, P. (2015). "Artigo 96: Conteúdo do pedido sob outras formas de cooperação previstas no artigo 93". En Steiner, S.H. & Nemer, L. (coords.). *O Tribunal Penal Internacional: Comentários ao Estatuto de Roma*. Belo Horizonte (Brasil): Del Rey.
- Rastan, R. & Turlan, P. (2017). "International Cooperation and Judicial Assistance". En: Babington-Ashaye, A., Comrie, A. & Adeniran, A. (eds.). *International Criminal Investigations: Law and Practice*. La Haya (Países Bajos): Eleven Publishers.
- Schabas, W. (2004). *An Introduction to the International Criminal Court* (2nd ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Schloenhardt, A. (2005). "Transnational Organised Crime and the International Criminal Court Developments and Debates". En: *Queensland Law Journal*. Vol. 24. Pp. 93 et. seq.
- Stroh, D. (2001). "State Cooperation with the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda". En: *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. In: J.A. Frowein & R. Wolfrum (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 5. Pp. 249-283.
- Wenqi, Z. (2006). "On co-operation by states not party to the International Criminal Court." *International Review of the Red Cross*, 88(861). Pp. 87-110.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Corte Penal Internacional. (2004). Proyecto de presupuesto por programas para 2005, ICC-ASP/3/2.
- Corte Penal Internacional. (2007). Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties, ICC-ASP/6/Res.2.
- Corte Penal Internacional. (2015). Informe de la Secretaría sobre los resultados del proceso Revisión, ICC-ASP/14/19.
- Corte Penal Internacional. (2020). Informe anual de la Corte penal internacional sobre la cooperación. ICC-ASP/19/25.
- Corte Penal Internacional. (2021). Informe anual de la Corte penal internacional sobre la cooperación, ICC-ASP/20/25.

- Corte Penal Internacional. (2022). Informe anual de la Corte penal internacional sobre la cooperación, ICC-ASP/21/24.
- Naciones Unidas. Secretario General. Letter dated 21 August 1998 from the Permanent Representative of Trinidad and Tobago to the United Nations Addressed to the Secretary-General, UN Doc A/44/195 (1989).
- Naciones Unidas. Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Summary of the Proceedings of the Preparatory Committee during the period 25 March-12 April 1996, [paras 71-72], UN Doc A/AC.249/CRP.3/Rev.2 (1996).
- Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Resolución 827 (1993). de 25 de mayo de 1993.
- Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Resolución 855 (1994). de 8 de noviembre de 1993.
- The Financial Action Task Force (s.f.). *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation: The FATF Recommendations*.
- The International Bank for Reconstruction and Development (The World Bank) & The International Monetary Fund (2006). *Reference Guide to Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism*.

Capítulo 11

***La regulación de las causas de
aplazamiento e inejecución de las
solicitudes de cooperación***

MARÍA DOLORES COLLAZOS*

1. INTRODUCCIÓN

En materia de justicia internacional penal, la cooperación puede definirse como “toda aquella actividad desplegada en territorio de un Estado a solicitud o ruego de las autoridades competentes de otro y al servicio de un proceso penal incoado o a incoarse en el extranjero” (Gatti, 2018). Ana Villalta precisa que se trata de “un conjunto de actos de naturaleza jurisdiccional, diplomática o administrativa que involucra a dos o más Estados y que tiene por finalidad la persecución y la solución de un hecho delictivo ocurrido en territorio cuando menos, de uno de tales Estados” (Villalba, 2013). Tratándose de los TIPs, la cooperación resulta fundamental para garantizar la efectividad y celeridad de las actuaciones surtidas por éstos. Cassese recuerda que los tribunales internacionales, a diferencia de los tribunales domésticos, no tienen órganos de ejecución (*enforcement agencies*) a su disposición, de manera que sin la asistencia de otras autoridades no les sería posible llevar a cabo actuaciones fundamentales para el desarrollo de los procesos, tales como incautar material de prueba, obligar a testigos a comparecer, buscar escenarios en los cuales los crímenes fueron presuntamente cometidos, o ejecutar mandatos de arresto (Cassese, 2013). Así, la voluntad de las autoridades estatales de asistir a los funcionarios e investigadores de los tri-

* Abogada, doctora en Derecho y Sociedad por la Escuela de Altos Estudios en Ciencias Sociales de París.

bunales internacionales para el cabal cumplimiento de sus funciones está estrechamente relacionada con la efectividad del tribunal; sin cooperación los tribunales internacionales no podrían operar, o su operatividad se vería reducida.

Tratándose de la lucha contra la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT), la cooperación es imprescindible. Factores como la revolución tecnológica, la aparición del internet o la expansión de los mercados han favorecido la organización e internacionalización de la delincuencia (Hubbe, 2014), en consecuencia, la cooperación es una herramienta indispensable en la persecución de este tipo de delitos. El reconocimiento de que el fenómeno de la corrupción desborda las fronteras nacionales es explícito en el Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) del año 2003, según la cual “la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías”. En este contexto, las iniciativas puramente nacionales contra la corrupción son insuficientes, por lo que será necesaria la colaboración y la cooperación entre los Estados para acabar con este mal que azota a la sociedad actual (Benito, 2008). El deber de cooperar, esencial para regular el libre tránsito de información, bienes y personas, se vuelve también indispensable para paliar los efectos adversos de la globalización. Hoy es claro que el flagelo de la corrupción ya no es entendido como un problema interno, que debe ser resuelto exclusivamente por cada uno de los Estados que se ven afectados negativamente por su existencia, sino que se ha alcanzado un grado importante de consenso respecto de la vinculación de la corrupción con el debilitamiento de las democracias, su impacto en la estabilidad de la región y la importancia de cooperar, tanto a nivel regional como internacional, a fin de abatirla (Sampó, 2004).

La necesaria relación entre cooperación y lucha contra la corrupción fue analizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la CIDH) en su informe “Corrupción y Derechos Humanos: Estándares interamericanos” de 2019. Allí se establece que los principios y las normas que reconocen los derechos fundamentales plasmados tanto en los instrumentos internacionales como en las constituciones nacionales deberían servir como marco referencial a

los Estados en su lucha contra la corrupción transnacional. En este sentido, la lucha contra la corrupción desde los derechos humanos descansa sobre principios (como la introducción de mecanismos de reclamo, la reparación de las víctimas o la cooperación) que deben guiar el diseño de políticas públicas destinadas a erradicar la corrupción nacional y transnacional (CIDH, 2019). Sobre la importancia de la cooperación en la lucha contra la corrupción, la CIDH ha señalado que:

La Comisión ha develado que los hechos de corrupción en el hemisferio pueden desarrollarse asociados a tramas más complejas que atraviesan las fronteras estatales, otorgándoles un carácter transnacional. De este modo, los vínculos comerciales podrían provocar una internacionalización de las prácticas corruptas y por lo tanto su control y lucha a través de políticas públicas también requiere atender a tal dimensionalidad. [...] Toda política pública con enfoque de derechos humanos en materia de lucha contra la corrupción requiere un enfoque amplio y multidisciplinario para prevenir y combatir dicho fenómeno, a partir del fortalecimiento de mecanismos de cooperación entre Estados que faciliten la investigación de los casos de corrupción transnacional.

Aunque la CIDH no se refiere de manera explícita en su informe a la cooperación en materia penal, sí deja claro que “los mecanismos de cooperación internacional pueden resultar una herramienta efectiva a la hora de controlar las transacciones internacionales, fortaleciendo la comunicación y colaboración ante la detección de movimientos irregulares”. Asimismo, señala que considerando las particularidades de las complejas interacciones transnacionales, descentralizadas y rápidamente adaptables, las iniciativas de cooperación internacional pueden implementarse para apoyar los procesos de investigación, persecución y recuperación de activos, en particular, la CIDH enfatiza la importancia de la cooperación para la recuperación de activos públicos que permitan reparar las afectaciones de derechos humanos de las víctimas de la corrupción (CIDH, 2019).

Ahora bien, la gama de mecanismos de cooperación a disposición de los Estados es bastante extensa. De hecho, una de las dificultades más importantes en el campo de la cooperación radica en que el Derecho internacional sólo puede dictar a los Estados los fines que éstos deben alcanzar, pero no puede imponer el método o los medios que

el Estado debe emplear para ello. Por el contrario, los Estados gozan de una amplia discrecionalidad en la implementación de sus deberes internacionales. Dicho de otro modo, un Estado cuya cooperación ha sido requerida por parte de un tribunal internacional está en la obligación de responder de manera positiva, pero la implementación de tal solicitud es bastante flexible (Stroh, 2001). Es por esto que el estudio de los modelos de cooperación es fundamental para entender no sólo cómo se encausa la acción cooperativa del Estado, sino también cuales son los espacios en los cuales los Estados se reservan la posibilidad de ejercer su soberanía.

Teniendo en cuenta que los Estados, aun asumiendo compromisos en materia de cooperación, pueden bajo ciertas condiciones abstenerse de cumplir con su obligación de cooperar de manera legítima, el objetivo del presente capítulo es analizar en qué medida las causas de aplazamiento e inejecución de solicitudes de cooperación inciden en la eficacia del procesamiento penal de individuos por prácticas corruptas asociadas al COT. En otras palabras, este capítulo explora si las causas de aplazamiento e inejecución de solicitudes de cooperación pueden evitar que la justicia penal internacional se ocupe de la persecución de prácticas corruptas asociadas al COT.

Para responder a esta pregunta se analizarán las causas de aplazamiento e inejecución de las solicitudes de cooperación en el marco jurídico de la Corte Penal Internacional (la CPI), los TIPs de ámbito universal (Tribunal para la ex-Yugoslavia (TPIY) y Tribunal para Ruanda (TPIR)) y regional (Sección Especializada en Derecho Internacional Penal (DIP) de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (CAJDH) y Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Organizado Transnacional (COPLA)) y los THs (Tribunal Especial para Sierra Leona (en adelante, TESL), Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya (SETC), Tribunal Especial para el Líbano (TEL) y Salas Especializadas de Kosovo (SEK).

2. CORTE PENAL INTERNACIONAL

Una cuestión de gran importancia para la eficacia de la CPI y en la cual, según el comentario de Lee (1999), se invirtió una gran cantidad de tiempo durante la discusión del futuro Estatuto de la CPI (ECPI) fue la inclusión o exclusión de motivos por parte de los Estados para negarse a cooperar. Si bien muchos Estados opinaron que no deberían aplicarse motivos adicionales para denegar la cooperación, un número igual de delegaciones insistió en la inclusión de tales motivos, mientras otro grupo estuvo de acuerdo en que las excepciones al deber de cooperar podrían mantenerse en un mínimo absoluto. El proyecto del ECPI contenía cinco motivos de denegación de entrega en el art. 87; y seis motivos de denegación por parte de los Estados para otras formas de cooperación en el art. 90, elevando a once el número total de motivos por los cuales un Estado podría negarse a cooperar. Cada uno de los motivos propuestos se expresó en términos tan amplios que prácticamente habrían dejado al arbitrio de los Estados la posibilidad de rechazar las solicitudes de la CPI, ya fuera relacionadas con el traslado de personas o con cualquier otro asunto, posibilitando que el Estado se negara a cooperar sobre cualquier base concebible. Con el fin de cerrar la brecha entre los Estados que estaban a favor de una amplia variedad de motivos de denegación y los que no, el debate se centró en las preocupaciones detrás de cada motivo de denegación, y en explorar si otros enfoques y posibles soluciones podrían lograr los mismos resultados. Sin embargo, el ECPI terminó acogiendo varias causales de aplazamiento y excepciones al deber de cooperar (Lee, 1999).

2.1. Causas de aplazamiento

Según el art. 89(1) del ECPI, la Corte podrá transmitir solicitudes de detención y entrega de una persona a todo Estado en cuyo territorio pueda hallarse y solicitará la cooperación de dicho Estado. Sin embargo, de acuerdo al art. 89(2), cuando la persona cuya entrega se esté solicitando impugne ante un tribunal nacional dicha solicitud invocando la excepción de cosa juzgada, el Estado celebrará de inmediato consultas con la Corte para determinar si ha habido una decisión sobre la admisibilidad de la causa. Si la causa ha sido declarada

admisibile, el Estado requerido acatará la solicitud. Si está pendiente la decisión sobre la admisibilidad, el Estado requerido podrá aplazar la ejecución de la solicitud de entrega hasta que la Corte decida sobre la admisibilidad. Según la regla 181 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP), ante la oposición a la entrega ante un tribunal nacional con base en el principio de cosa juzgada, y sin perjuicio de no haberse tomado todavía una decisión sobre la admisibilidad, la Sala de la Corte que conozca de la causa adoptará medidas para obtener del Estado toda la información pertinente acerca de dicha oposición a la entrega.

El art. 94 del ECPI contempla para los Estados la posibilidad de aplazar el cumplimiento de las solicitudes de asistencia con respecto a una investigación o un enjuiciamiento en curso, mientras el art. 95 aborda el aplazamiento de las solicitudes de asistencia por haberse impugnado la admisibilidad de la causa. En el caso del art. 94, el aplazamiento es posible siempre que la ejecución inmediata de una solicitud de asistencia interfiera con una investigación o enjuiciamiento en curso de un asunto distinto de aquel al que se refiera la solicitud. En este último caso, el Estado requerido podrá aplazar la ejecución por el tiempo que acuerde con la CPI, aunque dicho aplazamiento no excederá de lo necesario para concluir la investigación o el enjuiciamiento en el Estado requerido. Antes de tomar la decisión de aplazar la ejecución de la solicitud, el Estado debe considerar si puede prestar inmediatamente la asistencia requerida con sujeción a ciertas condiciones. Así mismo, el artículo señala que frente a la decisión de aplazamiento de la ejecución de una solicitud de asistencia por parte del Estado la Fiscalía de la CPI podrá, en todo caso, pedir que se adopten las medidas necesarias para preservar pruebas.

Por su parte, el art. 95 abre la posibilidad para los Estados de aplazar la ejecución de una solicitud por haberse impugnado la admisibilidad de la causa. En este caso, el Estado requerido podrá aplazar la ejecución de la solicitud hasta que la CPI se pronuncie sobre la impugnación, a menos que ésta haya resuelto expresamente que el Fiscal podrá continuar recogiendo pruebas.

En 2014 la CPI tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el tema al decidir sobre la petición de Costa de Marfil de posponer la ejecución de la solicitud de entrega de Charles Blé Goudé en el marco

de la situación de Costa de Marfil. El Estado invocó el art. 94(1) del ECPI, según el cual, como se vio anteriormente, el Estado requerido puede posponer la ejecución de una solicitud de cooperación por un plazo convenido con la CPI si la ejecución inmediata de la solicitud interfiere con una investigación en curso o con el enjuiciamiento de un caso distinto de aquel al que se refiere la mencionada solicitud. En contraste, el art. 89(4) del Estatuto señala que “si la persona buscada está siendo enjuiciada o cumple condena en el Estado requerido por un crimen distinto de aquel por el cual se pide su entrega a la Corte, el Estado requerido, después de haber decidido conceder la entrega, celebrará consultas con la Corte”. Ante la aparente contradicción, la CPI recordó que ambas disposiciones describen situaciones en las cuales una solicitud de cooperación crea una interferencia con el proceso legal interno del Estado requerido, pero el art. 89 (4) del ECPI es una disposición de *lex specialis* puesto que se refiere específicamente a las solicitudes de entrega. Éste último artículo no menciona ninguna posibilidad de aplazamiento para las solicitudes de entrega, por el contrario, demanda que el Estado requerido acceda a la solicitud y luego celebre consultas con la Corte. El art. 94(1), en cambio, permite el aplazamiento de una solicitud, pero solo para solicitudes distintas de las solicitudes de entrega. Así, ya que la solicitud de cooperación en el caso de Charles Blé Goudé era una solicitud de entrega, la Corte señaló que Costa de Marfil carecía de legitimidad para invocar el art. 94(1) del Estatuto. El Estado debía entonces acatar la solicitud de entrega, y sólo después de haber cumplido con este deber, celebrar consultas con la CPI (CPI, Blé Goudé, 2014).

Esta interpretación ya había sido desarrollada por la CPI en 2012, cuando Libia comunicó a la Corte su intención de posponer la entrega de Saif Al-Islam Gadaffi sobre la base del art. 94 del ECPI en el marco de la situación de Libia. La Corte recordó entonces que pese a que Libia no hacía parte del ECPI su obligación de cooperar se derivaba del art. 25 y del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, y señaló que el art. 94 permitía posponer el cumplimiento de una solicitud de cooperación sólo si se trataba de solicitudes distintas de una solicitud de entrega, como aquellas enumeradas en el art. 93 del ECPI. El art. 89(4), en cambio, constituiría *lex specialis* al referirse específicamente a las solicitudes de entrega, razón por la cual la solicitud de aplazamiento debía ser desestimada porque Libia

no tenía derecho a solicitar ninguna exención de conformidad con el art. 94(1) del Estatuto (CPI, 2012).

En el caso del art. 95 del ECPI, la CPI ha precisado a través de su jurisprudencia que se trata de una cuestión formal cuya evaluación por parte de la Corte se limita a evitar que la interposición abusiva de una impugnación de admisibilidad resulte automáticamente en la postergación ilegítima del cumplimiento de la solicitud de cooperación. Por tanto, las acciones políticas que demuestren cualquier intención de enjuiciar a la persona a nivel nacional (en lugar de colaborar con los juicios internacionales) son meros hechos que no constituyen per se violaciones a la obligación de cooperar, pues el país cuya colaboración es requerida debe continuar garantizando que los procedimientos penales en curso no obstaculicen ni retrasen los procedimientos internacionales (CPI, 2013).

En abril de 2013, en el marco de la situación de Libia, el gobierno de ese país cuestionó la admisibilidad del caso contra Al-Senussi ante la CPI y manifestó su intención de ejercer su derecho a posponer la ejecución de la solicitud de detención y entrega del acusado basándose en el art. 95 del ECPI, solicitud proferida por la CPI en julio de 2011. La defensa de Al-Senussi argumentó que el art. 95 del ECPI no confiere al Estado un derecho automático a posponer la ejecución de la solicitud de entrega, sino que corresponde a la Corte decidir sobre la aplicación del artículo según las circunstancias de cada caso. Así, en opinión de la defensa, la Sala debía confirmar su orden de entrega inmediata de Al-Senussi a la CPI. Por su parte, Libia sostuvo que del lenguaje del art. 95 del ECPI y del contenido del principio de complementariedad se desprende que es un derecho del Estado invocar el citado art. 95, en especial cuando dicho artículo tiene la función central de apuntalar la obligación del Estado de conducir procedimientos criminales genuinos. No respetar la prerrogativa del Estado de postergar la entrega implicaría entonces arriesgar el desarrollo normal de los procedimientos internos llevados a cabo para perseguir crímenes internacionales (CPI, 2013). En este contexto, la Sala se planteó la cuestión de si es necesaria la autorización previa de la CPI para que un Estado posponga la ejecución de una solicitud de entrega estando pendiente la resolución de una impugnación de admisibilidad.

En su respuesta, la Sala empezó por aclarar que la ejecución de todas las solicitudes de cooperación, incluidas las solicitudes de arresto y entrega, pueden posponerse de conformidad con el art. 95 hasta que se resuelva sobre la admisibilidad, con la única excepción de las solicitudes de cooperación relativas a la recopilación de pruebas que el Fiscal pueda llevar a cabo de conformidad con los arts. 18 o 19 del ECPI. Así, del contenido del art. 95 no se desprende que sea necesaria la autorización previa de la Corte para que un Estado pueda hacer uso de una prerrogativa estatutaria, siempre que se cumplan los requisitos necesarios para su ejercicio. Sin embargo, cuando surja una controversia sobre el cumplimiento de estos requisitos, dicha controversia no podrá ser resuelta unilateralmente por el Estado, pues corresponde a la Sala determinar si la impugnación de admisibilidad ha sido interpuesta con arreglo a los requisitos legales aplicables. En este sentido, la Sala compartió la opinión expresada por Libia en el sentido de que la Corte carecía de discrecionalidad en el asunto, pues la actuación de la Sala debía limitarse a evitar que la interposición abusiva de una impugnación de admisibilidad resulte automáticamente en una postergación ilegítima. La Sala expresó entonces estar convencida de que Libia podía legítimamente posponer la ejecución de la solicitud de entrega de conformidad con el art. 95 del ECPI en espera de una determinación final de la Sala sobre la impugnación de la admisibilidad. Sin embargo, dejó claro que el aplazamiento de la ejecución de la solicitud de entrega de ninguna manera afectaba la obligación de Libia de cooperar con la Corte dentro del marco legal estatutario. Además, no se trataba de una postergación indefinida, pues durante el aplazamiento Libia debía abstenerse de tomar cualquier acción que pudiera frustrar o dificultar la pronta ejecución de la solicitud de entrega si el caso fuera considerado admisible (CPI, 2013).

2.2. Causas de inejecución

El ECPI también dispone que en ciertos casos los Estados pueden invocar razones para abstenerse de cumplir con una solicitud de cooperación. Dichos casos están consagrados en los arts. 72, 73, 90 y 93 (párrafos 4 y 6) del ECPI.

Según el art. 73 de la ECPI, si la Corte solicita a un Estado información o un documento que esté bajo su custodia, y que le haya sido divulgado por otro Estado, una organización intergubernamental o una organización internacional a título confidencial, el Estado requerido deberá recabar el consentimiento de su autor antes de divulgar la información o el documento. Si el autor es un Estado Parte, deberá consentir en divulgar dicha información o documento o comprometerse a resolver la cuestión con la CPI con sujeción a lo dispuesto en el art. 72. Si el autor no es un Estado Parte y no consiente en divulgar la información o el documento, el Estado requerido comunicará a la Corte que no puede proporcionar la información o el documento en razón de la obligación contraída con su autor de preservar su carácter confidencial.

El objetivo de esta disposición es proteger el libre flujo de inteligencia y otra información entre Estados y entre organizaciones y Estados, y establecer un procedimiento separado en caso de que se solicite a un Estado Parte proporcionar a la CPI información que haya recibido en forma confidencial. Con ello se busca asegurar que cuando un Estado Parte tenga una obligación preexistente de confidencialidad hacia otro Estado o hacia una organización, no será obligado a violar esa confianza para cumplir con las obligaciones contraídas en virtud del ECPI. En otras palabras, busca blindar la práctica de compartir información de inteligencia entre los Estados Parte del Estatuto y los que no lo son contra el peligro que representan para dicha práctica las obligaciones de los Estados Parte con la CPI. Nótese además que la decisión de revelar la información a pesar de la obligación preexistente no le corresponde al Estado Parte requerido sino al autor de la información, o si el autor es otro Estado Parte, le corresponde a este último y la Corte (Duffy & Rastan, 2016).

El art. 73 no especifica que el documento o la información a que se refiere deban ser confidenciales *per se*. En cambio, entra en juego la base subjetiva sobre la cual el originador proporcionó la información, cualquiera que sea su naturaleza. Así, frente a un originador que no es un Estado Parte, por infundado o inexistente que sea su motivo para imponer el requisito de confidencialidad, la CPI o el Estado Parte requerido no pueden dejar de lado la condición de confidencialidad. Sin embargo, Duffy & Rastan señalan que una interpretación

tan literal de un acuerdo de confidencialidad no sería compatible con el objeto y propósito del ECPI, ni con las obligaciones generales de los Estados Parte de actuar de buena fe y de cooperar con la CPI, de manera que desde el momento mismo en que un Estado Parte es consciente de que el acuerdo de confidencialidad está diseñado para ocultar alguno de los crímenes bajo de jurisdicción de la Corte, no debería aceptar dicho acuerdo. De hacerlo, estaría incumpliendo sus obligaciones en virtud del ECPI y el remedio más eficaz para ese incumplimiento sería entonces proporcionar la información (Duffy & Rastan, 2016).

Ahora bien, en sintonía con el espíritu del ECPI y en particular con la obligación de cooperar, si la información o documento tienen como emisor un Estado Parte, éste está obligado a otorgar el consentimiento requerido, salvo si invoca el art. 72. Cabe señalar, por tanto, que la condición de confidencialidad no prevalece sobre las obligaciones frente a la CPI. El Estatuto no proporciona una protección absoluta de las obligaciones preexistentes de confidencialidad, ni proporciona aislamiento alguno contra posibles conflictos que puedan surgir entre los Estados Parte cuando uno de ellos busque, de manera incompatible con el Estatuto, retener información o documentos (Duffy & Rastan, 2016).

En segundo lugar, el art. 90 del ECPI plantea el supuesto de las solicitudes concurrentes, es decir, cuando el Estado Parte que haya recibido una solicitud de la Corte relativa a la entrega de una persona de conformidad con el art. 89 reciba además una solicitud de cualquier otro Estado relativa a la extradición de la misma persona por la misma conducta que constituya la base del crimen en razón del cual la Corte ha solicitado la entrega. El desacuerdo sustancial durante las negociaciones alrededor de este artículo fue si la obligación del Estado requerido con respecto a la CPI debería ser una obligación mayor, menor o de igual jerarquía respecto de la obligación adquirida con el otro Estado. Los factores que se consideraron en la discusión incluyeron: si la solicitud de extradición provenía de un Estado Parte o de un Estado no Parte, si dicha solicitud se basaba o no en una obligación del ECPI, y si la solicitud de extradición en competencia con la solicitud de la CPI se refería a la misma conducta (Klamberg, 2017).

El artículo reconoce en ciertos casos la facultad discrecional del Estado de entregar a una persona en extradición a otro Estado aun cuando exista una solicitud de entrega referida a la misma persona por parte de la Corte. Varios factores definen cuál debería ser la conducta del Estado. En primer lugar, la respuesta del Estado puede variar en función de si el Estado requirente es parte del ECPI o no lo es. Si el Estado requirente es parte del Estatuto, el Estado requerido deberá darle prioridad a la solicitud de la CPI siempre que la causa sea admisible. Si está pendiente la admisibilidad de la causa, el Estado requerido podrá, discrecionalmente, dar curso a la solicitud de extradición, pero no la hará efectiva hasta que la Corte haya resuelto que la causa es inadmisibile.

Si el Estado requirente no es parte del Estatuto, el Estado requerido deberá dar prioridad a la solicitud de entrega de la Corte siempre que ésta haya determinado que la causa es admisible y salvo si el Estado está obligado por alguna norma internacional a extraditar a la persona al Estado requirente que no es Parte en el Estatuto. Sin embargo, si la CPI no ha decidido sobre la admisibilidad de la causa, el Estado requerido tendrá la facultad discrecional de dar curso a la solicitud de extradición que le haya hecho el Estado requirente.

En segundo lugar, también puede darse el caso de que el Estado Parte que reciba una solicitud por parte de la CPI para la entrega de una persona, y reciba también una solicitud de extradición de otro Estado relativa a la misma persona por una conducta distinta. En ese caso, el Estado requerido, si no está obligado por ninguna norma internacional a conceder la extradición al Estado requirente, dará preferencia a la solicitud de la CPI, pero si el Estado requerido está obligado por una norma internacional a conceder la extradición al Estado requirente, decidirá de manera discrecional si entrega a la persona a la CPI o concede la extradición.

En tercer lugar, conforme a los arts. 72 y 93(4) y 93(6) del ECPI el Estado Parte requerido puede invocar razones de seguridad nacional para negarse a cooperar con la Corte. El art. 93(4) reenvía al art. 72 al señalar que el Estado Parte podrá no dar lugar a una solicitud de asistencia, en su totalidad o en parte, de conformidad con el art. 72 únicamente si la solicitud se refiere a la presentación de documentos o la divulgación de pruebas que afecten a su seguridad nacional.

El mencionado art. 72 se refiere a la protección de información que afecte la seguridad nacional, y establece un mecanismo para resolver la cuestión. Según su primer párrafo, el contenido del artículo es aplicable en todos los casos en que la divulgación de información o documentos de un Estado pueda, a juicio de éste, afectar a los intereses de su seguridad nacional. El segundo párrafo señala que dicha protección también es aplicable cuando una persona a quien se haya solicitado información o pruebas se niegue a presentarlas o haya pedido un pronunciamiento del Estado porque su divulgación afectaría a los intereses de la seguridad nacional del Estado, y el Estado de que se trate confirme que, a su juicio, esa divulgación afectaría a los intereses de su seguridad nacional.

En estos casos, el art. 72(5) señala que el Estado parte requerido, actuando en conjunto con el Fiscal, la defensa, la Sala de Cuestiones Preliminares o la Sala de Primera Instancia según sea el caso, deberá adoptar todas las medidas razonables para resolver la cuestión por medio de la cooperación. Esas medidas podrán ser, entre otras, la modificación o aclaración de la solicitud o la obtención de la información o pruebas de una fuente distinta o en una forma diferente. Si después de haber adoptado todas las medidas razonables para resolver la cuestión mediante cooperación el Estado considera que la información o los documentos no pueden proporcionarse ni divulgarse sin perjuicio de sus intereses de seguridad nacional, notificará al Fiscal o a la Corte las razones concretas de su decisión, a menos que la indicación concreta de esas razones perjudique la seguridad nacional del Estado.

Ante la negativa del Estado Parte requerido, según el art. 72(7) la CPI deberá decidir sobre la pertinencia y necesidad de la prueba para determinar la culpabilidad o la inocencia del acusado (Klamberg, 2017). De considerar que se trata de una prueba pertinente, la Corte tiene la posibilidad de solicitar consultas con el fin de oír las razones del Estado de conformidad con el art. 72(7)(a)(i), y si concluye que al citar razones de seguridad nacional el Estado requerido no está actuando de conformidad con las obligaciones de cooperación que le impone el ECPI, el art. 72(7)(a)(ii) señala que podrá remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, de conformidad con el 87(7) del Estatuto. Nótese cómo de

la redacción del artículo se extrae que la norma posibilita el diálogo entre la Corte y el Estado alrededor de la seguridad nacional (“con el fin de oír las razones del Estado”), y cómo la Corte tiene potestad para extraer sus propias conclusiones sobre la validez de la negativa (“Si la Corte llega a la conclusión de que”).

Por su parte, el art. 93(3) del ECPI señala que el Estado Parte requerido puede abstenerse de dar curso a una solicitud de cooperación si la medida que le solicita la CPI está prohibida por un principio fundamental de derecho de aplicación general. Esta medida habría sido introducida con el fin de asegurar que los Estados no pudieran denegar válidamente la cooperación apoyándose en normas procesales de su derecho interno que no sean la manifestación de un principio de derecho de aplicación general (Cárdenas, 2010). Así, este artículo establece que cuando una solicitud específica esté prohibida por la ley nacional, el Estado requerido tendría que cumplir con la solicitud de cooperación, a menos de que convenza a la Corte de que la medida solicitada viola un principio fundamental de aplicación general. No basta entonces con la mera invocación del principio o la norma que serían vulnerados si el Estado accede a la cooperar con la CPI, sino que debe tratarse de una norma de estatus constitucional o cuasi constitucional y no de una norma de inferior jerarquía en el orden doméstico (Klamberg, 2017). En tales circunstancias, según el art. 93(3), el Estado requerido y la Corte celebrarían consultas para resolver el conflicto y deberán considerar si se puede prestar la asistencia de otra manera o con sujeción a condiciones. Así, el artículo enfatiza la presunción de que tanto la Corte como el Estado actuarán de buena fe y tratarán de encontrar soluciones aceptables (Klamberg, 2017).

Finalmente, el primer párrafo del art. 98 señala que la Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad. Así, esta primera parte se refiere al personal que goza de inmunidad diplomática: en aplicación de las normas vigentes en

la materia, p. ej., las diferentes Convenciones en materia de inmunidad diplomática, en especial la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas, el Estatuto reconoce el derecho del Estado receptor de no entregar a la Corte al sospechoso, dado que sobre él no puede efectivamente ejercer su jurisdicción (Schiavo, 2011). Ahora bien, inmunidad no debe ser confundida con impunidad. El Estado del cual la persona es nacional continuará teniendo la obligación de ejercer su jurisdicción sobre su nacional, y si este Estado es parte del Estatuto, podría hasta preverse la entrega de la persona protegida por la inmunidad a la Corte, ya que la inmunidad concierne una suspensión en el ejercicio de la jurisdicción para el Estado receptor, no para el aportante (Schiavo, 2011).

El segundo párrafo contempla la posibilidad de que la Corte no dé curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega. Este párrafo toma en consideración la inmunidad de que gozan ciertas personas cuando sean enviadas oficialmente por un Estado, y resulten ser protegidas por un acuerdo internacional que prevea un procedimiento específico para el enjuiciamiento de las mismas (Schiavo, 2011). Los acuerdos a los que se refirieron los negociadores de este artículo son los “Acuerdos sobre el Estatuto de la Operación” (Status of Mission Agreements – SOMAs) y los “Acuerdos sobre el Estatus de las Fuerzas” (Status of Force Agreements – SOFAs) previstos p. ej., en el art. 4 de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado. Típicamente, tales acuerdos son negociados con las Naciones Unidas en casos de operaciones militares multinacionales. El propósito de esta normativa entonces no es garantizar la llana y simple inmunidad del personal involucrado, sino determinar la aplicación de los procedimientos especiales de responsabilidad previstos en los propios Acuerdos. En particulares situaciones, la normatividad contenida en los Acuerdos en mención podría colisionar con la normatividad propia del Estatuto en materia de entrega de personas a la Corte. En estos casos, el art. 98 prevé el respeto de la vigencia de

los acuerdos previos, y en aplicación del principio de complementariedad autoriza la toma de las medidas previstas en ellos para hacer justicia de determinadas situaciones que involucren cuestiones de responsabilidad del personal en cuestión (Schiavo, 2011).

3. EL TPIY Y EL TPIR

Tratándose del TPIY y del TPIR, en ciertas circunstancias los Estados podrían dilatar el cumplimiento de su obligación de cooperar. Estas circunstancias no se especifican en los estatutos de los tribunales sino en las RPP.

Tratándose de solicitudes de cooperación relativas a mandatos de arresto, la única excepción posible al deber de cooperar es si la mencionada dilación se debe a las complejidades propias del traslado. Según la regla 57 de las RPP para el TPIY (cuyo contenido se repite en la regla 57 de las RPP del TPIR), el acusado será detenido por el Estado interesado, que notificará sin demora dicha detención al Secretario. El traslado del acusado a la sede del tribunal será concertado entre las autoridades estatales interesadas, las autoridades del país anfitrión y el Secretario. Ya que el art. 20(2) del Estatuto del TPIY (art. 19(2) del Estatuto del TPIR) requiere la remisión inmediata de la persona al tribunal internacional, cualquier dilación debe estar justificada, p. ej., conseguir el permiso necesario por parte de un tercer Estado para que el acusado sea transferido a través de su territorio podría ser un trámite largo y complejo, lo que justificaría la dilación de la cooperación por parte del Estado. Una vez los arreglos necesarios para el traslado sean finalizados, el acusado deberá ser transferido (Stroh, 2001).

En el caso del traslado de testigos detenidos, éstos pueden ser trasladados solamente si su presencia no es requerida en procesos nacionales y si su estancia en el tribunal internacional no excede el término de confinamiento en el territorio nacional. La regla 90*bis*(A) de las RPP para el TPIY (regla 90*bis*(A) de las RPP para el TPIR) establece que toda persona detenida cuya comparecencia personal como testigo haya sido solicitada por el TPIY será trasladada temporalmente a la unidad de detención del tribunal, con la condición de

que regrese dentro del plazo que determine el TPIY. Sin embargo, según la regla 90bis(B) (idéntica la regla 90bis(B) de las RPP para el TPIR) la orden de traslado será emitida por un Juez permanente o Sala de Primera Instancia sólo después de la verificación previa de que la presencia del testigo detenido no es necesaria para ningún proceso penal en curso en el territorio del Estado requerido durante el período en que el testigo es requerido por el tribunal.

En cuanto a la remisión de competencia, de acuerdo con los arts. 8 del Estatuto del TPIR y 9 del Estatuto del TPIY, los tribunales internacionales tienen primacía sobre las cortes nacionales. En consecuencia, en cualquier momento del procedimiento doméstico puede solicitarse a un tribunal nacional su inhibición a favor de la competencia del tribunal internacional, momento en el cual un proceso separado y completamente distinto del proceso nacional empieza en el tribunal foráneo. Esta prerrogativa a favor del tribunal internacional, consistente en la facultad de interrumpir y absorber procedimientos nacionales, constituye entonces una clara limitación de la soberanía nacional en el campo del procesamiento penal y es un claro ejemplo de la implantación del modelo vertical de cooperación (Anello, 2013). Sin embargo, no se trata de una prerrogativa absoluta. En el caso del TPIY, para que éste pueda ejercer su competencia es necesario el cumplimiento de tres requisitos establecidos en la regla 9 de las RPP, que se repiten en la regla 9 de las RPP del TPIR: (a) que el acto sea considerado un crimen ordinario por parte del tribunal doméstico; (b) la existencia de serias dudas sobre la falta de imparcialidad e independencia del proceso ante la jurisdicción nacional; o (c) que lo que está en cuestión está estrechamente relacionado con cuestiones importantes de hecho o de derecho que puedan tener implicaciones para las investigaciones o los enjuiciamientos ante el tribunal. Stroh recuerda que el propósito de esta regla es asegurar que los procedimientos domésticos seguidos contra criminales de guerra no sean trivializados (Stroh, 2001). Además, la regla 11 de las RPP del TPIY (también la regla 11 de las RPP del TPIR) señala que, si dentro de los sesenta días siguientes a la notificación de una solicitud para remitir la competencia el Estado no presenta una respuesta que satisfaga a la Sala de Primera Instancia sobre las actuaciones que ha adoptado para cumplir con la solicitud, la Sala de Primera Instancia podrá solicitar al presidente del tribunal que informe del asunto al Consejo de

Seguridad. Si bien no se lee en esta regla una causal para que el Estado se abstenga de remitir la competencia, el hecho de que el Estado disponga de un término para informar al TPIY sobre las medidas que ha adoptado para cumplir con la solicitud sugiere que es posible un diálogo entre el Estado y el tribunal en el cual el Estado podría informar de un eventual aplazamiento en el cumplimiento de la solicitud.

En cuanto a las órdenes, la regla 54 de las RPP para el TPIY (regla 54 de las RPP para el TPIR), señala como regla general que a petición de cualquiera de las partes o motu proprio, un juez o una Sala de primera instancia podrá dictar las citaciones, órdenes judiciales y órdenes de traslado que sean necesarias a los efectos de una investigación o para la preparación o desarrollo del juicio. Sin embargo, tras la sentencia de apelación en *Tadić* fue introducida la regla 54bis, que formula las condiciones bajo las cuales una de las partes puede solicitar a la Sala la cooperación estatal. Dicha regla señala que una vez una de las partes solicite una orden conforme a la regla 54, el Estado en cuestión, además de ser notificado de la solicitud y tener la oportunidad de ser oído, puede solicitar mediante notificación al Juez o a la Sala de Primera Instancia la anulación de dicha orden sobre la base de que la divulgación perjudicaría los intereses de la seguridad nacional. En este caso, la regla 54bis(F) (i) establece que el Estado deberá presentar una notificación de objeción no menos de cinco días antes de la fecha fijada para la audiencia identificando, en la medida de lo posible, la base sobre la cual afirma que se perjudicarán los intereses de la seguridad nacional. Aun así, podría no tratarse de una objeción tajante a la cooperación. La regla 54bis(F) (ii) deja abierta la posibilidad de un diálogo entre el Estado y el TPIY al señalar que el Estado puede solicitar al Juez, o a la Sala de Primera Instancia, que ordene la adopción de ciertas medidas destinadas al cumplimiento de la solicitud de cooperación sin que se afecte la seguridad nacional, p. ej., permitir que los documentos se presenten expurgados, acompañados de una declaración jurada firmada por un alto funcionario del Estado que explique los motivos de la expurgación, u ordenar que no se realicen transcripciones de la audiencia y que los documentos que el tribunal ya no requiera sean devueltos directamente al Estado sin ser archivados en la Secretaría.

Aunque el TPIR no ha incluido una disposición similar a la regla 54bis en sus RPE, las mismas condiciones parecen aplicarse. En *Karemera y otros*, la defensa intentó obtener una cinta de video específica de las autoridades ruandesas y convenció a la Sala de su relevancia para el juicio. La Fiscalía también había intentado obtener la cinta pero sin éxito. La Sala entonces solicitó formalmente la cooperación de las autoridades de Ruanda y en su decisión mencionó la satisfacción de una serie de requisitos que coinciden con el contenido de la regla 54bis de las RPP para el TPIY, p. ej., consideró que la defensa había identificado el material buscado con la especificidad requerida, que tanto las partes y las autoridades de Ruanda tenían una clara comprensión del material buscado, que el material era relevante para el juicio, y que tanto la defensa como la Fiscalía habían hecho esfuerzos para obtener el material por otras vías aunque sin éxito (Temminck Tuinstra, 2009; Karemera, et al., 2006).

4. LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES PENALES DE ÁMBITO REGIONAL

Aunque el marco de cooperación propuesto para la Corte Africana es bastante completo y está en sintonía con los marcos de cooperación de otros TIPs, no se encuentran en el PM excepciones al deber de cooperar similares a las del ECPI. Tladi señala que la inclusión de una disposición similar al art. 98 del ECPI puede haber sido considerada innecesaria ya que el ejercicio de la jurisdicción de la CAJDH sobre funcionarios con inmunidad está excluido por el art. 46A bis del PM (Tladi, 2019). Asimismo, el art. 93(4) del ECPI, referido a la posibilidad de no dar lugar a una solicitud de asistencia cuando ésta se refiere a la presentación de documentos o la divulgación de pruebas que afecten a la seguridad nacional, no tiene un artículo homólogo en el PM. A este respecto, Tladi insiste en la necesidad de ampliar las excepciones al deber de cooperar incluyendo razones como la seguridad nacional emulando el art. 93(4) del ECPI (Tladi, 2019).

En cuanto a la propuesta COPLA, cuyo objetivo es aunar esfuerzos para enfrentar el crimen organizado en América Latina, el art. 35 de su Proyecto de Estatuto señala que los Estados cooperarán ple-

namente con la Corte acorde con la Convención Interamericana de Asistencia Mutua en Materia Penal (CIAMMP). Dicha Convención, en su art. 5 señala que cuando una solicitud de asistencia se refiera al embargo y secuestro de bienes; o a inspecciones e incautaciones, incluidos registros domiciliarios y allanamientos, el Estado requerido podrá no prestar la asistencia si el hecho que origina la solicitud no fuera punible conforme a su ley. Así mismo, la CIAMMP en su art. 9 consagra seis casos en los cuales el Estado requerido podrá denegar la asistencia cuando:

1. La solicitud de asistencia fuere usada con el objeto de juzgar a una persona por un cargo por el cual dicha persona ya fue previamente condenada o absuelta en un juicio en el Estado requirente o requerido.
2. La investigación ha sido iniciada con el objeto de procesar, castigar o discriminar en cualquier forma contra una persona o grupo de personas por razones de sexo, raza, condición social, nacionalidad, religión o ideología.
3. La solicitud se refiere a un delito político o conexo con un delito político, o delito común perseguido por una razón política.
4. Se trata de una solicitud originada a petición de un tribunal de excepción o de un tribunal ad hoc.
5. Se afecta el orden público, la soberanía, la seguridad o los intereses públicos fundamentales:
6. La solicitud se refiere a un delito tributario. No obstante, en este último caso, se prestará la asistencia si el delito se comete por una declaración intencionalmente falsa efectuada en forma oral o por escrito, o por una omisión intencional de la declaración, con el objeto de ocultar ingresos provenientes de cualquier otro delito comprendido en la CIAMMP.

Algunos de los casos anteriores coinciden en alguna medida con los supuestos del ECPI. Al igual que el art. 9(e) de la CIAMMP, el art. 72 del ECPI se refiere a todos los casos en que la divulgación de información o documentos de un Estado pueda, a juicio de éste, afectar a los intereses de su seguridad nacional, y propone un procedimiento

para resolver la cuestión. El art. 11 de la CIAMMP señala que el Estado cuya cooperación es requerida podrá, con explicación de la causa, postergar la ejecución de cualquier solicitud que le haya sido formulada en caso de que sea necesario continuar una investigación o procedimiento en el Estado requerido. La redacción del artículo sugiere que el Estado podría invocar procedimientos o investigaciones en curso en la justicia doméstica para aplazar el cumplimiento de su obligación de cooperar, sin que eso signifique que pueda sustraerse completamente de ésta. Este artículo recuerda el art. 95 del ECPI, según el cual la ejecución de una solicitud de asistencia con respecto a una investigación o un enjuiciamiento en curso podrá ser aplazada si su cumplimiento interfiriere con una investigación o enjuiciamiento en curso de un asunto distinto de aquel al que se refiera la solicitud. Sin embargo, el ECPI precisa que el Estado requerido podrá aplazar la ejecución por el tiempo que acuerde con la Corte.

En cuanto a la identificación, embargo y decomiso de los bienes del condenado, la CIAMMP plantea, en su art. 13, que el Estado requerido cumplirá la solicitud de asistencia relativa al registro, embargo, secuestro y entrega de objetos, siempre que la autoridad competente determine que la solicitud contiene la información que justifique la medida propuesta, lo que implica que el Estado podría abstenerse de cooperar bajo el argumento de que la justificación de la medida es deficiente.

Tratándose del traslado de detenidos, éste podrá ser denegado, según el art. 20(B), entre otras razones, mientras la presencia del detenido fuera necesaria en una investigación o juicio penal pendiente en la jurisdicción a la que se encuentra sujeta la persona. El literal C del mismo artículo abre aún más la posibilidad de que el Estado anteponga sus consideraciones para evitar asumir su obligación de cooperar con el traslado al señalar: “si existen otras consideraciones de orden legal o de otra índole, determinadas por la autoridad competente del Estado requerido o requirente”. En cuanto a la remisión de informaciones y antecedentes, medidas indispensables para el desarrollo de las diligencias de investigación, el art. 24 de la CIAMMP señala que el Estado requerido facilitará copia de los documentos, antecedentes o informaciones de carácter público que obran en sus organismos y dependencias gubernamentales. Sin embargo, tratán-

dose de documentos, antecedentes o informaciones que no sean de carácter público, el Estado requerido podrá, a su juicio, denegar total o parcialmente una solicitud formulada.

En comparación con la sección especializada de la CAJHD, la propuesta COPLA contienen disposiciones más precisas en cuanto a las excepciones al deber de cooperar. Si bien el PM es un documento bastante completo que posibilita la cooperación, los casos en los cuales el Estado puede legítimamente abstenerse de cumplir con sus obligaciones en materia de cooperación son menos, siendo notoria la ausencia de una disposición que permita al Estado no cooperar por razones de seguridad nacional. En contraste, la COPLA al reenviar a la CIAMMP establece a favor del Estado un amplio catálogo de razones que podría invocar para justificar su negativa a cumplir cualquier solicitud de asistencia. En consecuencia, ante la posibilidad de recurrir a dichos sistemas para perseguir penalmente la corrupción transnacional, y en particular la corrupción asociada al COT, la COPLA ofrece para el Estado más posibilidades de evitar dicha persecución en instancias internacionales. Dicho de otro modo, mientras en el PM el Estado no tiene muchas alternativas para abstenerse de cooperar sin que se le acuse de estar incumpliendo sus obligaciones, la COPLA hace una decidida defensa de la soberanía nacional al ofrecerle al Estado varias causales a las que podría acogerse para impedir que la persecución penal de la corrupción asociada al COT se lleve a cabo en instancias internacionales. Aun así, la CIAMMP, al ser un instrumento de asistencia mutua, puede ser más útil que el PM en la cooperación entre países, lo que también es un factor a considerar en la lucha contra el COT por la naturaleza misma del delito. Así, si bien el sistema de la propuesta COPLA consagra numerosas excepciones al deber de cooperar, al ser un instrumento bastante completo que encausa la acción cooperativa entre países también puede ser muy efectivo en la persecución de la corrupción asociada al crimen transnacional.

5. LOS TRIBUNALES HÍBRIDOS

En el caso del TESL, el art. 17 del Acuerdo entre las Naciones Unidas y Sierra Leona establece la obligación general del Estado de

cooperar, aunque guarda silencio en cuanto a cualquier excepción. El art. 8 del Estatuto del TESL señala que el tribunal especial y los tribunales nacionales de Sierra Leona tendrán jurisdicción concurrente, y en su segundo párrafo precisa que el Tribunal Especial tendrá primacía sobre los tribunales nacionales de Sierra Leona. Así, en cualquier etapa del procedimiento el TESL puede solicitar formalmente a un tribunal nacional que difiera su competencia (*Order or Request for Deferral*), sin que sea posible para el Estado abstenerse de cumplir con esta solicitud. Sin embargo, de acuerdo a la regla 11 de las RPP para el TESL, que aborda el incumplimiento de este tipo de solicitudes, si dentro de los 21 días siguientes a la notificación de dicha orden al Gobierno de Sierra Leona no presenta una respuesta que satisfaga a la Sala de Primera Instancia sobre las medidas que ha tomado o está tomando para cumplir con la orden, la Sala de Primera Instancia puede remitir el asunto al presidente para que tome las medidas apropiadas. Así, la fortaleza del sistema del TESL radica en la introducción de una condición (“Si [...] el Gobierno de Sierra Leona no presenta una respuesta que satisfaga a la Sala [...]”), que abre la posibilidad de un diálogo entre el Estado y el TESL sobre el cumplimiento de una *order for deferral*, y si bien el artículo no introduce excepciones al deber del Estado de cooperar cuando se trata de este tipo de órdenes, la redacción del artículo sí sugiere que el Estado, dado el caso, tendrá el espacio para dar explicaciones sobre cómo está llevando a cabo la orden o las dificultades que está enfrentando, lo que eventualmente podría justificar no la falta de cooperación pero quizá sí el aplazamiento en el cumplimiento de la orden. Esta disposición recuerda la regla 11 de las RPP del TPIY y del TPIR, según la cual el Estado dispone de un término de sesenta días contados a partir de la notificación de la *order for deferral* para explicar al Estado las actuaciones que ha adoptado para cumplir con la solicitud, abriendo así un diálogo entre el Estado y el TESL sobre cualquier aplazamiento.

Otro diálogo posible entre el Estado y el TESL alrededor de la obligación de cooperar se establece en la regla 59 de las RPP del TESL, que se refiere a la falla en la ejecución de una orden de arresto o de traslado. Según el apartado (A), cuando las autoridades de Sierra Leona a las que se haya transmitido una orden de arresto o de traslado, no puedan ejecutar dicha orden, informarán de inmedia-

to de su incapacidad al Secretario y de los motivos. De la redacción del artículo se deduce que no se trata de una excepción al deber de cooperar, sino más bien de la posibilidad de que el Estado explique las razones por las cuales no le es posible ejecutar dicha orden inmediatamente, justificando así un aplazamiento. El apartado (B) señala que si, dentro de un tiempo razonable después de que se haya transmitido la orden de arresto o la orden de traslado a las autoridades de Sierra Leona, no se presenta un informe sobre las medidas adoptadas, se considerará que no se ha ejecutado la orden y el Secretario podrá acudir al Presidente para tomar las medidas apropiadas. Es posible hacer para el TESL la misma observación que para el TPIY o el TPIR. Ya que la regla 57 de las RPP del TESL coincide con la regla 57 de las RPP para el TPIY y el TPIR, debe entenderse que el tras la detención del acusado el Estado notificará sin demora al Secretario, y cualquier dilación en la cooperación por parte del Estado debería estar justificada.

En cuanto al TEL y a las SETC, el marco normativo no precisa en qué situaciones el Estado puede legítimamente negarse a cooperar. En el caso del TEL el art. 15 del Acuerdo, que consagra de manera general la obligación del Gobierno de cooperar con el TEL, no menciona excepciones a este deber. Por el contrario, señala que el Gobierno debe cooperar sin dilaciones. La obligación de cooperación del art. 4(1) del Estatuto del TEL, según el cual la jurisdicción del TEL es concurrente con la jurisdicción de los tribunales nacionales y el TEL tiene primacía sobre los tribunales domésticos, es igualmente amplia. En esta medida y de acuerdo al art. 4(3)(a) del Estatuto, a solicitud del TEL, la autoridad judicial nacional encargada de cualquiera de los delitos cometidos entre el 1 de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005, o una fecha posterior, deberá remitir al TEL los resultados de la investigación para su revisión por parte del Fiscal; según el art. 4(3)(b), las personas detenidas en relación con el caso serán transferidas a la custodia del tribunal; y según el art. 4(3)(c) las autoridades judiciales nacionales informarán periódicamente al TEL sobre el progreso de su investigación y en cualquier etapa del procedimiento, el tribunal puede solicitar formalmente a una autoridad judicial nacional que remita su competencia sobre el asunto. El artículo, sin embargo, no contempla casos en los cuales las cortes nacionales libanesas puedan negarse a cumplir con estas obligaciones.

La preocupación por la seguridad nacional no aparece en el marco normativo que regula la cooperación con el TEL como una razón legítima para negarse a cooperar. Así, según el primer párrafo de la regla 20 de las RPP del TEL sobre el incumplimiento por parte del Líbano de una solicitud o una orden del tribunal, siempre que las autoridades libanesas reciban una solicitud de información, cooperación o aplazamiento en virtud de las reglas 16 y 17, brindarán dicha asistencia sin demora y de conformidad con el plazo especificado en la solicitud, y aunque la regla 20(C) señala que, ante el incumplimiento del Estado, el Presidente entablará consultas con las autoridades libanesas pertinentes con miras a obtener la cooperación requerida, el artículo guarda silencio sobre la posibilidad de eximir completamente al Estado de su deber de cooperar. Por el contrario, le otorga al TEL la potestad de calificar la respuesta del Estado y actuar en consecuencia para obtener la cooperación requerida, pues señala que si a juicio del Juez de Instrucción o de una Sala, después de consultar con el Presidente, aún no se ha proporcionado una respuesta satisfactoria dentro de un plazo razonable, el Presidente emitirá una decisión judicial a tal efecto y remitirá el asunto al Consejo de Seguridad para su consideración y acción adicional, según lo considere apropiado.

Por su parte, en el caso de las SETC, el marco normativo no contempla excepciones al deber de cooperar por parte del Estado. Hay que mencionar que el reino de Camboya tuvo una notable influencia en la negociación previa al establecimiento del TEL, tanto así que, según Ciorciari & Heindel, los principales defectos estructurales de las SETC radican más en su singularidad que en su condición de institución híbrida, y dado el Estado del poder judicial de Camboya, su mayor debilidad intrínseca es que las Naciones Unidas tienen demasiada participación para escapar de la responsabilidad de las SETC, pero muy poca autoridad para dirigir las (Ciorciari & Heindel, 2014). Esto podría sugerir que el marco normativo de las SETC no contempla excepciones al deber de cooperar por parte del Estado porque no se espera que el tribunal demande del Estado más actos de cooperación de los que el Estado desde el principio estaba dispuesto a asumir. Además, si bien la Ley de las SETC menciona ciertas situaciones en las cuales se espera la cooperación del Estado, no es muy clara respecto de las tareas o términos en que debe prestarse

la asistencia. Por ejemplo, el art. 23 de la Ley señala que las labores de investigación serán responsabilidad conjunta de dos co-jueces de instrucción, labor en la cual podrá solicitarse la cooperación del gobierno del Reino de Camboya y dicha asistencia deberá ser proporcionada, sin más especificaciones sobre los términos precisos en que debe darse la cooperación.

Las SETC cuentan también con su propia Policía Judicial, lo que aminora la carga cooperativa del Estado y con ello la necesidad de introducir causales de aplazamiento e inexecución. Los oficiales de la Policía Judicial son asignados por el Reino de Camboya a las SETC y de acuerdo a la regla 15 de las RPP de las SETC se trata de un agente auxiliar del tribunal que realiza investigaciones en todo el territorio de Camboya bajo instrucciones exclusivas de los Co-Fiscales y los Co-Jueces de Instrucción y dado el caso, de las Salas del Tribunal. Los Co-Fiscales dirigirán y coordinarán la actuación de la Policía Judicial hasta que se inicie la investigación judicial, una vez iniciada dicha investigación, la Policía Judicial cumplirá sus funciones de acuerdo con las instrucciones de los Jueces de Instrucción. Ahora bien, la Policía Judicial cumple ciertas funciones en la implementación de las órdenes de detención y arresto. Según el art. 33 de la Ley de las SETC, la policía judicial será asistida por representantes del Gobierno Real de Camboya, incluidas las fuerzas armadas, para asegurar que los acusados sean puestos bajo custodia de inmediato. La regla 45 de las RPP de las SETC precisa que todas las órdenes de arresto, detención y arresto y detención serán ejecutadas por la Policía Judicial. Así, si bien el art. 33 de la Ley menciona cierta cooperación del Reino de Camboya, la responsabilidad de la ejecución de las órdenes de arresto o detención recae principalmente sobre la Policía Judicial ésta última.

Finalmente, en el caso de las SEK, la Ley del tribunal no ofrece causales de aplazamiento o inexecución de las solicitudes de cooperación. Esto se explica cierta medida porque se trata de un tribunal creado por la ley interna de Kosovo como una institución dentro del sistema de justicia de ese país, en consecuencia, en la medida en que la Ley de las SEK les otorgue derechos y poderes dentro de Kosovo, estos poderes pueden aplicarse directamente sin más preámbulos, lo que aminora buena parte de la carga cooperativa del Estado (Cross,

2017). Así, dado que las SEK por su naturaleza misma tiene a su disposición un fuerte marco de cooperación, no hay espacios para aplazar o no ejecutar una solicitud de asistencia. Aun así, el marco jurídico del tribunal abre cierto espacio para un diálogo entre el tribunal y el Estado. El art. 53(1) de la Ley de las SEK señala que con sujeción al art. 21 de la misma Ley, todas las entidades y personas en Kosovo deben cooperar con las Salas y con la Fiscalía Especializada y cumplir con cualquier solicitud de asistencia, orden, o decisión dictada por éstas sin dilaciones, y aunque el artículo proporciona una lista de actuaciones en las cuales se espera la cooperación del Estado, no se trata de una lista taxativa, como se deduce de la fórmula empleada: “incluido, pero no limitado a [solicitudes de asistencia, ordenes o decisiones] concernientes a”.

La regla 204 de las RPP se refiere específicamente al no acatamiento o aplazamiento de una orden de información, cooperación y asistencia, y establece un término de 30 días para que la autoridad competente en el Estado de Kosovo dé respuesta a la solicitud de cooperación. Si pasado ese término la solicitud no tiene respuesta o el Estado no se ha encaminado a cumplir la orden, un panel puede hacer una declaración de falta de cooperación e informará a su presidente, quien puede adoptar medidas como entablar consultas con las autoridades de Kosovo, entre otras. Como puede verse, el artículo no contempla la posibilidad de no acatar o inejecutar una orden de cooperación por parte del Estado, pero abre la vía para un diálogo entre el Estado y las SEK en el cual el Estado podría, dado el caso, explicar las razones para aplazar el cumplimiento de la orden si este fuera el caso.

6. ANÁLISIS COMPARADO

El marco normativo más preciso en cuanto a las excepciones al deber de cooperar se encuentra en el ECPI. De los marcos normativos analizados, sólo el ECPI enuncia causales para aplazar o no ejecutar las solicitudes de cooperación, así como los mecanismos para superar cualquier *impasse* y asegurar la cooperación en la medida de lo posible. Para Behrens, la precisión en la redacción del ECPI se entiende porque si bien la CPI depende en gran medida de la

cooperación de los Estados, es de esperar que algunos Estados estén menos dispuestos a cooperar que otros, tal vez incluso menos de lo que están obligados a hacerlo. Por lo tanto, cualquier disposición del Estatuto que conceda una exención del deber general de cooperar podría ser utilizada como laguna. Es por esta razón que los mecanismos necesarios para establecer un motivo válido para la denegación de la cooperación se han establecido con tanto detalle en el ECPI (Behrens, 2002). Además, de la discusión previa a la inclusión de dichas causales de aplazamiento e inejecución se deduce que para los Estados era importante tener cierto margen de maniobra en materia de cooperación. No parecía viable la adopción de un marco de cooperación desprovisto de excepciones a favor de la soberanía estatal.

En contraste, el TPIY y el TPIR no contienen en sus respectivos estatutos causales de aplazamiento o no ejecución de las solicitudes de cooperación. Ambos tribunales se basan principalmente en la cooperación de las autoridades nacionales para la investigación y el enjuiciamiento efectivos, y aunque sus estatutos consagran los principios generales de la cooperación, no describen la práctica específica relativa a las órdenes de arresto, la entrega de un acusado, o las solicitudes de asistencia. Estos detalles son definidos mediante la jurisprudencia. En el caso *Blaskic*, el TPIY insiste en que la cooperación es fundamental para su funcionamiento, por lo que es necesario otorgarle al tribunal poderes coercitivos en caso de que los Estados se nieguen a cooperar (Anello, 2012). Aun así, si en ciertos casos el Estado no cumple de manera inmediata con la solicitud de asistencia, el marco jurídico de estos tribunales ofrece espacios para iniciar un diálogo entre el Estado y el TPIY con el fin de posibilitar la cooperación.

La preocupación por la seguridad nacional como excepción al deber de cooperar ilustra bien cómo la CPI, el TPIY y el TPIR han adoptado diferentes perspectivas en materia de cooperación. Mientras los arts. 72 y 93(4) del ECPI posibilitan el diálogo entre los Estados y la CPI sobre las cuestiones relativas a la seguridad nacional como límite al deber de cooperar, los estatutos del TPIY y el TPIR prevén que solo en circunstancias excepcionales un Estado puede negarse a cooperar por motivos de seguridad del Estado. En el caso *Blaskic* ante el TPIY, la Sala de Apelaciones dejó abierta la posibilidad para los Estados de

rechazar la cooperación sobre la base de “preocupaciones de seguridad nacional”, pero estipuló que la negativa a entregar documentos u otras pruebas al tribunal está sujeta a limitaciones estrictas y que, en última instancia, es el Tribunal quien debe decidir sobre la validez de ese argumento como excepción al deber de cooperar (Yassen, 2017). Así, si el TPIY determina que la preocupación sobre la seguridad del Estado es infundada, el Estado estará obligado a cooperar a pesar de sus pretensiones de no hacerlo, de lo contrario el incumplimiento puede remitirse al Consejo de Seguridad en virtud del art. 87(7) del Estatuto del TPIY para que estudie la posibilidad de adoptar medidas sancionatorias. Esta diferencia en las aproximaciones ha llevado a Maogoto a afirmar que en el sistema de la CPI es más probable que un Estado no entregue pruebas inculpatorias o exculpatorias contra un sospechoso (Maogoto, 2004).

Tratándose de la corrupción asociada al COT, la preocupación por la seguridad nacional podría evitar que este delito sea perseguido por la CPI. Teniendo en cuenta que la corrupción implica abuso del poder político y esto puede derivar en la desestabilización de los Estados, no sería difícil para los estos invocar el art. 72 del ECPI para escapar de la obligación de cooperar. La capacidad de la CPI para evitar que este artículo se convierta en el refugio recurrente de los Estados para impedir la persecución de este tipo de delitos (en caso de que en un futuro se les atribuya jurisdicción material sobre los mismos) dependerá de cómo la CPI module la aplicación del procedimiento que ofrece el mismo artículo para obtener la cooperación requerida a pesar de la objeción de la seguridad nacional.

En cuanto a los THs y el Estatuto de la Corte Africana, los estatutos de estos tribunales no contemplan excepciones al deber de cooperar y la seguridad nacional no constituye una justificación válida para que el Estado se abstenga de cumplir sus obligaciones en materia de cooperación. Por ejemplo, disposiciones como el art. 93(4) sobre la posibilidad de no dar trámite a una solicitud de asistencia sobre la presentación de documentos o la divulgación de pruebas que afecten a la seguridad nacional, no tienen homólogos el Protocolo de Malabo, aunque es de notar que el contenido del art. 98 del ECPI, sobre la cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega, recuerda el art. 46*Abis* del PM.

Sin embargo, las reglas de las RPP de los THs sugieren que, dado el caso, el Estado podría abrir un diálogo con los tribunales sobre los obstáculos que enfrenta en el cumplimiento de una orden de asistencia. Por ejemplo, en el caso del TESL, si bien el art. 17 del Acuerdo entre las Naciones Unidas y Sierra Leona establece la obligación general del Estado de cooperar con el TESL sin mencionar causales de aplazamiento o excepciones, la regla 11 de las RPP del TESL, que aborda el incumplimiento de una orden o *Request for Deferral*, precisa que el gobierno de Sierra Leona tiene 21 días para presentar una respuesta que satisfaga a la Sala de Primera Instancia sobre las medidas que ha tomado o está tomando para cumplir con la orden. Esta condición sugiere que el Estado podría justificar cualquier dilación en el acatamiento de este tipo de orden. Así mismo, la regla 59 de las RPP del TESL señala que cuando las autoridades de Sierra Leona no puedan ejecutar una orden de arresto o de traslado deberán informar de inmediato de su incapacidad al Secretario y de los motivos, lo que sugiere que, si bien el Estado no puede sustraerse de su obligación de cooperar, sí tiene la posibilidad de explicar las dilaciones. La persecución de la corrupción asociada al COT podría beneficiarse de este recurso, pues hace posible para los Estados manifestar las razones del aplazamiento o inexecución de una orden de asistencia, y para el tribunal, ofrecer alternativas para superar las dificultades. El recurso del diálogo es entonces una poderosa herramienta para obligar a los Estados a cooperar, pues incluso si el Estado no presta la asistencia que se le demanda, los tribunales pueden hacer uso de los canales de comunicación trazados en los estatutos para obtenerla.

Por su parte, la CIAMMP, documento rector del deber de cooperar según el art. 35 del anteproyecto de Estatuto de la COPLA, contempla numerosas excepciones al deber de cooperar. Se destacan los casos descritos en el art. 9, p. ej., cuando la solicitud de asistencia fuere usada con el objeto de juzgar a una persona por un cargo por el cual dicha persona ya fue previamente condenada o absuelta en un juicio en el Estado requirente o requerido, o cuando se afecta el orden público, la soberanía, la seguridad o los intereses públicos fundamentales. El proyecto COPLA entonces, al referirse a la CIAMMP en materia de cooperación, es bastante respetuosa de la soberanía de los Estados. Lo anterior no implica la obsolescencia de la COPLA para luchar contra la corrupción asociada al COT. Si bien los Estados

cuentan con un abanico de causales de aplazamiento e inejecución cuando la orden de asistencia es emitida por un tribunal internacional, al tratarse de un instrumento que regula la cooperación entre países su principal utilidad radica en facilitar la asistencia de un país a otro.

Si en el futuro la CPI fuera competente para la investigación y enjuiciamiento de la corrupción transnacional, las causales de aplazamiento e inejecución recogidas en el ECPI podrían obstaculizar la eficacia de la CPI en la materia. Por ejemplo, según el art. 89(2) del ECPI, es posible que el Estado celebre consultas con la Corte cuando la persona cuya entrega sea solicitada impugne ante un tribunal nacional dicha solicitud invocando la excepción de cosa juzgada. En ese caso, debe determinarse si ha habido una decisión sobre la admisibilidad de la causa antes de que el Estado requerido acate la solicitud, lo que justificaría el aplazamiento, por parte del Estado, del cumplimiento de su obligación de cooperar. Esta situación podría ser frecuente en casos de corrupción transnacional.

A mediados de la década de los noventa fueron introducidas las primeras iniciativas supranacionales de carácter vinculante contra la corrupción en general, y contra la corrupción transnacional en particular (Sánchez, 2014), de manera que las empresas que sobornan a funcionarios extranjeros no están exentas de ser perseguidas penalmente en las jurisdicciones domésticas. Más aún, la legislación de países como EE. UU., Reino Unido y Francia autoriza la persecución de las empresas, aunque el delito de corrupción no se haya cometido en su territorio ni aquellas estén domiciliadas en tales países. Así, teniendo en cuenta que la investigación y sanción de la corrupción a nivel transnacional se ha vuelto global y ya no es cosa sólo de EE. UU. sino que ahora intervienen más Estados, las empresas, aunque hayan sido condenadas en un Estado por delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, siguen corriendo el riesgo de ser nuevamente perseguidas y sancionadas por los mismos hechos en otros países (Blanco, 2020). Si los Estados se toman en serio su deber de impartir justicia en materia de corrupción transnacional, podría esperarse que la persona cuya entrega sea solicitada por la CPI impugne ante un tribunal nacional dicha solicitud señalando

que su caso ha hecho tránsito a cosa juzgada, lo que daría lugar a la situación descrita en el art. 89(2) del ECPI.

Lo mismo puede suponerse sobre el aplazamiento del cumplimiento de una solicitud de cooperación fundada en los arts. 94 y 95 del ECPI. En este caso, el Estado puede justificar el aplazamiento si la solicitud de asistencia interfiere con una investigación o enjuiciamiento en curso de un asunto distinto de aquel al que se refiera la solicitud. Teniendo en cuenta que la corrupción transnacional está asociada a conductas delictivas como el soborno de funcionarios públicos nacionales, extranjeros y de organizaciones internacionales, el soborno privado, formas de desviación de bienes, el tráfico de influencias, el abuso de funciones, el enriquecimiento ilícito, el lavado de dinero, el encubrimiento y la obstrucción de la justicia (Olasolo & Galain Palermo, 2022), podría darse el caso de que una de estas conductas esté siendo investigada en el país cuya cooperación se solicita, caso en el cual dicho país podría aplazar el cumplimiento de la orden de cooperación arguyendo que su ejecución inmediata interfiere con la investigación o enjuiciamiento de un delito relacionado con la acusación de corrupción transnacional, tal y como lo autoriza el art. 94 del ECPI. Podría suceder también que un Estado reciba una solicitud de la CPI relativa a la entrega de una persona al tiempo que reciba otra solicitud de extradición de cualquier otro Estado sobre la misma persona por la misma conducta por la cual la Corte ha pedido la entrega. Este caso se describe en el art. 90 del ECPI y teniendo en cuenta que la tendencia es que la lucha contra la corrupción transnacional se libere desde varios países, parece plausible que la solicitud de entrega de la CPI coincida con otras solicitudes.

7. CONCLUSIONES

Los mecanismos de cooperación que tienen a la mano los Tribunales internacionales varían de un Tribunal a otro e imponen diferentes obligaciones sobre los Estados. La inclusión o exclusión de causales de aplazamiento e inexecución de las solicitudes de cooperación es una arista más del diseño de los diferentes mecanismos de cooperación y es expresión de la inevitable tensión entre la necesidad de recurrir a la cooperación del Estado para asegurar la efecti-

vidad de la justicia penal internacional y la defensa de la soberanía del Estado.

De los marcos de cooperación analizados, el ECPI contiene el marco de cooperación más detallado en términos del número de causales de aplazamiento e inejecución contempladas. En efecto, el marco de cooperación de la CPI es bastante específico en cuanto a las razones que el Estado podría invocar para abstenerse de cumplir con una solicitud de cooperación, o al menos no cumplirla inmediatamente. En contraste, el TPIY y el TPIR recuerdan en sus estatutos la obligación de los Estados de cooperar con el Tribunal y citan la necesaria cooperación del Estado en asuntos como la identificación y localización de personas, la toma de testimonios o la detención de personas. Se trata de un marco normativo menos detallado que el esbozado en el ECPI que no contiene una lista de causales de aplazamiento e inejecución y además deja espacio para que sean los jueces quienes desarrollen la mayor parte de la ley aplicable. Sin embargo, la redacción de algunas reglas contenidas en las RPP sugiere que el Estado podría iniciar un diálogo con los tribunales sobre el cumplimiento de las solicitudes de cooperación y dado el caso podría justificar el eventual aplazamiento o inejecución de una orden.

La diferencia entre los marcos de cooperación de la CPI y el TPIY y el TPIR está relacionada con su forma de creación. Los dos últimos fueron establecidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, lo que creó una obligación vinculante para todos los Estados interesados. Estos tribunales se decantaron desde el principio por un modelo de cooperación vertical que deja espacio para que los jueces desarrollen un régimen de cooperación más efectivo y en el cual ostentan una posición supranacional que los autoriza a obligar a los Estados a cooperar. En este modelo, los Estados están unilateralmente obligados a acatar las órdenes y solicitudes de los tribunales internacionales y el interés estatal está subordinado a la voluntad de los tribunales a tal punto, que al Estado no le es permitido invocar su legislación interna para sustraerse sus obligaciones de cooperación. Por esta razón, la relación entre el TPIY y el TPIR por un lado, y los Estados por otro, no es horizontal sino jerárquica: más que cooperación, es un servicio de asistencia (Stroh, 2001).

Por su parte, la CPI se basa en un tratado que los Estados deciden si ratifican o no. A pesar de los elaborados lineamientos contenidos en el ECPI en relación con la naturaleza y el cumplimiento de las obligaciones de cooperación por parte de los Estados, la asistencia jurídica se lleva a cabo sobre de la base de que estos últimos son entidades iguales (Yassen, 2017). En consecuencia, la adopción de causales de aplazamiento e inejecución de las solicitudes de cooperación se entiende en el marco de la adopción de un tratado multilateral, pues es difícil que los Estados estén interesados en hacer parte de un tratado que les exige renunciar a su soberanía de manera voluntaria e incondicional sin excepciones.

En el caso de los THs y la Sección Especializada en DIP de la CAJDH, el marco de cooperación es menos detallado. No se enumeran causales de aplazamiento e inejecución de las medidas de cooperación. Sin embargo, estos tribunales incluyen disposiciones que posibilitan al Estado explicar las razones por las cuales se debe aplazar o inejecutar una orden de cooperación. Tratándose de la persecución de la corrupción asociada al COT, este recurso le permitiría al Estado poner en conocimiento del tribunal las dificultades u obstáculos que enfrenta en la ejecución de las solicitudes de cooperación, posibilitando así el diálogo alrededor de la asistencia requerida. La COPLA por su parte, al apoyarse en la CIAMMP en materia de cooperación, ofrece a los Estados un amplio abanico de causales a las cuales acogerse para no cooperar con la Corte sin que se le acuse de incumplir sus compromisos en materia de cooperación. Sin embargo, eso no significa que se trate de un instrumento poco útil en materia de cooperación. El valor de la CIAMMP se halla en que posibilita la cooperación ente los Estados, y este tipo de cooperación es fundamental en la lucha contra la corrupción asociada al COT.

Finalmente, frente a la posibilidad de que la persecución de la corrupción asociada al COT se libre en instancias internacionales, los marcos de cooperación analizados dejan ciertas lecciones. En primer lugar, vale la pena insistir en modelos que reafirmen la posición supraestatal del tribunal y que le otorguen un mayor margen de manobra a los jueces. La experiencia del TPIY y del TPIR con un modelo de cooperación de corte supraestatal y coercitivo que deja espacio a la práctica de los jueces muestra mejores resultados que el marco

de cooperación del ECPI, incluso si se trata de marcos normativos menos detallados (Yassen, 2017). En este modelo, los Estados están unilateralmente obligados a acatar las órdenes y solicitudes de los tribunales internacionales y el interés estatal está subordinado a la voluntad de los tribunales a tal punto que no les es permitido invocar su legislación interna para sustraerse de dichas obligaciones. También las SEK ejemplifican cómo el modelo que sustenta la obligación de cooperar puede ser más importante que el marco de cooperación mismo. Como las SEK están insertas en el sistema de justicia de Kosovo y muchos de los poderes que le ha sido otorgados en virtud de la Ley se derivan de ese hecho, la obligación de cooperación no está particularmente sustentada en el número de situaciones que recoge el marco de cooperación, sino en la naturaleza de las SEK.

En segundo lugar, es importante posibilitar el diálogo entre los tribunales y los Estados alrededor de los obstáculos que estos enfrentan al acatar las ordenes de cooperación. En este sentido, la inclusión de disposiciones como la regla 11 de las RPP del TESL, que aborda el incumplimiento de solicitudes de *referral* y establece un término para que el Estado informe sobre las medidas que ha adoptado para acatar la orden, permiten al Estado exponer ante el tribunal los obstáculos que enfrenta al momento de acatar una orden de cooperación, y dado el caso justificar el eventual aplazamiento o inejecución. En el caso de la corrupción asociada al COT este tipo de comunicación es valiosa pues mantiene un canal de diálogo entre el Estado y el tribunal sin poner en duda la subordinación del Estado y su deber de cooperar.

Por último, es necesario tener en cuenta que la cooperación en la lucha contra la corrupción transnacional debe ir más allá de la asistencia entre una jurisdicción internacional y un Estado para incluir disposiciones que posibiliten la cooperación interestatal. En este sentido, la propuesta COPLA, al referirse a la CIAMMP, propone un mecanismo original para lograr una efectiva cooperación pues si bien contiene varias causales de aplazamiento e inejecución que el Estado puede invocar a su favor para no acatar una solicitud de asistencia, facilita la cooperación entre Estados, aspecto fundamental en la persecución de la corrupción asociada al crimen transnacional.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

- CPI [Sala de Cuestiones Preliminares]. The Prosecutor v. Charles Blé Goudé, Decision on Public Côte d'Ivoire's request to postpone the surrender of Charles Blé Goudé to the Court, ICC-02/11-02/11, 3 March 2014. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2015_05611.PDF
- CPI [Sala de Cuestiones Preliminares]. The Prosecutor v. Saifal-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Decision on Libya's Submissions Regarding the Arrest of Saif Al-Islam Gaddafi, ICC-01/11-01/11, 7 March 2012. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_03796.PDF
- CPI [Sala de Cuestiones Preliminares]. The Prosecutor v. Saifal-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Decision on Libya's postponement of the execution of the request for arrest and surrender of Abdullah Al-Senussi pursuant to article 95 of the Rome Statute and related Defence request to refer Libya to the UN Security Council, ICC-01/11-01/11, 14 June 2013. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2013_04479.PDF
- CPI [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Public Annex A Prosecution Response to the Hashemite Kingdom of Jordan's Appeal against the "Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir", ICC-02/05-01/09, 3 April 2018. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2018_01918.PDF

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

- TPIY [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Tihomir Blaskic. Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, case no. IT-95-14-PT, 18 July 1997. <https://www.icty.org/x/cases/blaskic/acdec/en/71029JT3.html>

Tribunal Penal internacional para Ruanda

- TPIR [Sala de Primera Instancia III]. The Prosecutor v. Edouard Karemera, Mathieu Ndirumpatse, Joseph Nzirorera. Decision on Defence Motion for Request for Cooperation to Government of Rwanda: MRND Videota-

pe - Article 28 of the Statute of the Tribunal, Case No. ICTR-98-44-T, 14 December 2006. <https://bit.ly/3ZPp7YX>

Doctrina

- Ambos, K. & Malarino, E. (eds.). (2007). *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*. Bogotá: Temis.
- Benito, C.D. (2008). “Análisis de las principales iniciativas supranacionales en la lucha contra la corrupción”. En: *Iustitia*. Vol. 6. Pp. 7-38.
- Cárdenas, C. “La cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional a la luz del principio de complementariedad”. En: *Revista de derecho (Valparaíso)*. Vol. 34. Pp. 281-304.
- Cassese, A. (2013). *Cassese’s International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Ciampi, A. (2004). “The International Criminal Court”. En: *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*. Vol. 3(1). Pp. 11 et. seq.
- Giorciari, J.D., & Heindel, A. (2014). *Hybrid Justice: the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Cross, M.E. (2016). “Equipping the Specialist Chambers of Kosovo to Try Transnational Crimes: Remarks on Independence and Cooperation”. En: *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 14(1). Pp. 73-100.
- Currie, R.J., & León, J. (2019). “COPLA: A Transnational Criminal Court for Latin America and the Caribbean”. En: *Nordic Journal of International Law*. Vol. 88(4). Pp. 587-613.
- Delgado, I.L. & Martínez, M.M. (2004). “La cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas: el Estatuto de Roma y la Orden Europea”. En: *Anuario Español de Derecho Internacional*. Vol. 20. Pp. 173-240.
- Duffy, H., Hall, C., & Rastan, R. (2016). “Article 73: Third-party Information or Documents”. En: Triffterer, O. & Ambos, K. (eds.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Múnich: Beck.
- Gatti, G. (2018). “Proyecto de Ley de Cooperación Penal Internacional”. En: *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. Vol. 34. Pp. 161 et. seq.
- Hubbe, T.E. (2014). “La corrupción ante una sociedad globalizada”. En: *Dikê: Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*. Vol. 15. Pp. 87-88.
- Kamberg, M. (ed.). (2017). *Commentary on the law of the International Criminal Court* (Vol. 29). Torkel Opsahl Academic EPublisher.

- Lee, R. S. (1999). *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute: issues, negotiations and results*. Leiden: Martinus Nijhoff.
- López, M. R. (2015). *La iniciativa por una Corte Penal Latinoamericana contra el Crimen Organizado*. *Equilibrium Global*. <https://equilibriumglobal.com/la-movida-por-una-corte-penal-latinoamericana-contra-el-crimen-organizado/>
- Magoto, J.N. (2004). "A Giant Without Limbs: The International Criminal Court's State-Centric Cooperation Regime". En: *University of Queensland Law Journal*. Vol. 23. Pp. 102 et.seq.
- Olasolo & Galain Palermo (2022).
- Olasolo, H. (2005). "Apuntes Prácticos Sobre el Sistema de Cooperación Previsto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional". En: *Revista Española de Derecho Militar*. Vol. 86. Pp. 107-152.
- Sadat, L. N. (2021). "The Important Contributions of the Special Court for Sierra Leone on Amnesties and Immunities: Reinforcing Foundational Principles of International Criminal Law". En: *Florida International University Law Review*. Vol. 15. Pp. 73 et.seq.
- Sampó, C. (2004). "Corrupción y debilidad institucional: factores de inseguridad". En: *Argentina Global*. Vol. 15.
- Sillitti, O., & López Velásquez, M.P. (2021). "El proyecto copla para el establecimiento de una corte penal latinoamericana y del caribe contra el crimen organizado transnacional". En: Olasolo, H., et. al. (eds.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: Particular atención al ámbito iberoamericano*. Volumen 12 de la colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 759-772.
- Stroh, D. (2001). "State cooperation with the international Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda". En: *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Vol. 5. Pp. 249-283.
- Swart, B. (2007). Cooperation challenges for the Special Tribunal for Lebanon. En: *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 5(5). Pp. 1153-1163.
- Temminck Tuinstra, J. P. W. (2009). Defence counsel in international criminal law. [Thesis, fully internal, Universiteit van Amsterdam]. https://pure.uva.nl/ws/files/774918/60244_09.pdf
- Tladi, D. (2019). "Article 46L. Promoting an Effective Cooperation Regime". En: Jalloh, C. C., Clarke, K. M., & Nmeihelle, V. O. (eds.). (2019). *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Villalta, A. E. (2013). "La cooperación judicial internacional". En: *Publicaciones digital XL curso derecho internacional*. Vol. 8. Pp. 51 et.seq. Disponible

- en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xl_curso_derecho_internacional_2013_ana_elizabeth_villalta_vizcarra.pdf
- Wenquz, Z. (2006). “Acerca de la cooperación de los Estados que no son partes en la Corte Penal Internacional”. En: *International review of the Red Cross*. Vol. 861. Pp. 9-10.
- Yassen, A. O. (2017). “International Cooperation: From the ICTY and ICTR to the ICC”. En: *Journal of Polytechnic*. Vol. 7(1). Pp. 1-41.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2019) “Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos” Informe aprobado el 6 de diciembre de 2019, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 236, pp. 189-197. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>
- COPLA. (2018). Anteproyecto Estatuto de la Corte Penal Latinoamericana y del Caribe. Disponible en: <https://www.coalicioncopla.org/documentos>
- Organización de Estados Americanos. (1992). Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal (CIAMMP). <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-55.html>
- Salas Especializadas de Kosovo. (2015). Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor’s Office. https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/05-I053_a.pdf.
- Salas Especializadas de Kosovo. (2020). Rules of Procedure and Evidence before the Kosovo Specialist Chambers including Rules of Procedure for the Specialist Chamber of the Constitutional Court. 5 de mayo de 2020. https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/content/documents/ksc-bd-03-rev2-rulesofprocedureandevidence_0.pdf.
- Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya. (2004). The Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers as amended. 27 de octubre de 2004. https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf.
- Tribunal Especial para el Líbano. (2007). Statute of the Special Tribunal for Lebanon, S/RES/1757 https://www.stl-tsl.org/sites/default/files/documents/legal-documents/statute/Statute_of_the_Special_Tribunal_for_Lebanon__English.pdf.
- Tribunal Especial para el Líbano. (2020). Rules of Procedure and Evidence Rev. 11, 18 December 2020. https://www.stl-tsl.org/sites/default/files/documents/legal-documents/RPE/RPE_April_2019_EN.pdf.

- Tribunal Especial para Sierra Leona. (2000). Statute of the Special Court for Sierra Leone. <http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>.
- Tribunal Especial para Sierra Leona. (2021). Residual Special Court for Sierra Leone - Rules of Procedure and Evidence, 16 December 2021. <http://www.rscsl.org/Documents/RSCSL-Rules.pdf>.
- Tribunal Penal Internacional para la ex- Yugoslavia. (2009). Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf.
- Tribunal Penal Internacional para la ex- Yugoslavia. (2015). Rules of Procedure and Evidence. https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_en.pdf.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Statute of the International Tribunal for Rwanda. https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ict_r_EF.pdf.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda (2015). Rules of Procedure and Evidence, <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/legal-library/150513-rpe-en-fr.pdf>.
- Unión Africana. (2014). Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights. https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty-0045_-_protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e.pdf

PARTE IV
CONCLUSIONES Y
RECOMENDACIONES

Capítulo 12

¿Pueden los mecanismos de aplicación del derecho internacional penal contribuir, y de qué manera, al abordaje del fenómeno de la corrupción transnacional? La recomendación de una estrategia de tres pasos

HÉCTOR OLASOLO*

1. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

Como Olasolo, Galain, Villarraga & Linares (capítulo 1) señalan, las principales características del fenómeno de la corrupción transnacional son: (a) su amplia extensión; (b) carácter organizado; (c)

* Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España); Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos); Profesor Titular de Carrera Académica de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección *International Law Clinic Reports* (ILCR); Coordinador General de las Redes de Investigación *Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional*; *Senior Lecturer* en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Países Bajos); Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre *Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional*. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

dimensión transnacional; (d) seguridad financiera; (e) seguridad frente a la aplicación del Derecho (impunidad); y (f) favorecimiento de los medios de comunicación de masas. Ante las dificultades que presenta su análisis, la interdisciplinariedad de las teorías criminológicas permite tener una perspectiva más completa de sus principales aspectos. Si bien ninguna describe plenamente el fenómeno, todas y cada una de las aproximaciones abordadas (macrocriminalidad, crímenes de masa, criminología de los poderosos, criminología de los medios de comunicación, criminología verde, crímenes de la globalización, victimología, criminología del *maldesarrollo* y *crimilegalidad*) ayudan a comprender mejor alguna(s) de sus características más relevantes, reflejando, en particular, lo siguiente:

1. La globalización de los mercados económicos y financieros ha venido acompañada de la sustitución de las políticas sociales relacionadas con el Estado de bienestar por políticas: (a) de tolerancia cero contra la criminalidad de la población de bajos recursos, las minorías, y los extranjeros (“los otros”); y (b) de gran tolerancia (y frecuente encubrimiento mediático) hacia la criminalidad de los poderosos (delincuentes de cuello blanco y empresas multinacionales, que concentran su acción, aunque no la limitan, en regiones con gran desigualdad socio-económica, lo que facilita la comisión de delitos de masa o “genocidios por goteo”);
2. La corrupción transnacional es desarrollada principalmente a través de redes interconectadas que operan desde: (a) entidades públicas, lo que garantiza la impunidad frente a la justicia (sobre todo cuando están involucradas sus más altas autoridades); (b) entidades privadas, que actúan desde fuera del Estado, pero dentro de una aparente legalidad, en los ámbitos económico, financiero, político, social y técnico, garantizando así la seguridad financiera de los dineros mal habidos; y (c) grupos al margen de la ley, ya se trate de delincuencia organizada en sentido estricto o de grupos armados organizados que participan en conflictos armados.
3. Las consecuencias (económicas, sociales, políticas, jurídicas, ambientales y éticas) de la corrupción transnacional son devastadoras, destacando especialmente el grave menoscabo en

el disfrute de derechos fundamentales (principalmente, entre los grupos de población más vulnerable) y la ruptura del tejido social (debido a la pérdida de la confianza entre sus miembros), lo que genera una auténtica amenaza para el desarrollo social sostenible y la capacidad de acción de institucional.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, los tratados internacionales anticorrupción siguen presentando definiciones jurídicas restrictivas, que equiparan el fenómeno de la corrupción transnacional a ciertas conductas individuales, lo que tiene un profundo impacto en la eficacia de la lucha contra el mismo, la naturaleza del bien jurídico protegido y el reconocimiento de la condición de víctima, y genera, artificialmente, dificultades para recurrir a los mecanismos de aplicación del derecho internacional penal (DIP) con el fin de incrementar dicha eficacia.

Como consecuencia, tal y como exponen Olasolo, Sánchez Sarmiento & Galain (capítulo 2), la estrategia preventiva, investigativa y sancionatoria recogida en estos tratados, y en las legislaciones nacionales que los implementan, tiene un alcance muy limitado. Ante esta situación, los autores afirman la necesidad de un compromiso urgente de las ciencias jurídico-sociales para ofrecer una respuesta comprensiva y eficaz, que parta de la necesidad de poner el énfasis en la amplia extensión (carácter generalizado o a gran escala) del fenómeno, en los entramados (públicos, privados y al margen de la ley) y los dirigentes que, o bien lo promueven, o bien contribuyen al mismo, buscando el blindaje del dinero mal habido, garantizando la impunidad de quienes incurren en prácticas corruptas y de quienes se benefician en última instancia de las mismas, y/o encubriendo (por acción u omisión) dichas prácticas ante la opinión pública desde los medios de comunicación.

Es en este contexto en el que surge la pregunta relativa a si los mecanismos de aplicación del DIP pueden, y de qué manera, contribuir a abordar el fenómeno de la corrupción transnacional, y en particular a la asociada al COT. Todo ello teniendo en cuenta que, si bien es cierto que los tipos penales relativos a la corrupción transnacional y los “crímenes internacionales centrales” (genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra y agresión) presentan, en principio, una distinta naturaleza, y tienen mecanismos de aplicación diversos, no

es menos cierto que poseen como característica en común la falta de voluntad (y, en ocasiones, la incapacidad) de las jurisdicciones nacionales para dar una respuesta mínimamente eficaz a los mismos.

La respuesta a esta pregunta implica, en primer lugar, comprender como el DIP está conformado por una pluralidad de regímenes jurídico-internacionales, cada uno de ellos construido en torno a un determinado mecanismo de aplicación, entre los que destacan los siguientes:

1. Los TIPs de ámbito universal establecidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU), como los creados para la ex Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR).
2. Los TIPs de ámbito universal (o, al menos, con vocación de alcanzarlo) establecidos por tratados multilaterales, como la Corte Penal Internacional (CPI).
3. Los TIPs de ámbito regional, como los que se encuentran en proceso de gestación en África (Sección Especializada en DIP de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (CA-JDH)) y América (Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Transnacional Organizado (COPLA)).
4. Los THs, caracterizados por tener un componente mixto nacional/internacional, que pueden ser creados por una resolución del CSNU (Tribunal Especial para el Líbano (TEL)), un tratado bilateral entre el Estado afectado y la Organización de las Naciones Unidas (ONU) (Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) o Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya (SETC)), o un tratado bilateral entre el Estado afectado y una organización regional como la Unión Europea (Salas Especializadas de Kósovo (SEK)) —si bien desde 2002 hasta la actualidad se han creado un buen número de tribunales de esta naturaleza, la presente obra colectiva se limita a los cuatro aquí mencionados, en cuanto que representativos de las principales categorías de THs existentes.

Excepto la CPI con su vocación de universalidad todavía no satisfecha y los tribunales regionales en proceso de gestación, que presentan una naturaleza permanente y cuya jurisdicción territorial se

extiende más allá de una situación de crisis a los crímenes internacionales cometidos en el territorio o por los nacionales de sus Estados parte, los demás mecanismos de aplicación del DIP mencionados tienen una naturaleza temporal y una jurisdicción limitada al marco territorial y temporal que define la situación para la que han sido creados. Además, si bien todos ellos excepto la COPLA tienen jurisdicción sobre los crímenes internacionales centrales, algunos extienden también su jurisdicción material a delitos domésticos (sobre todo los THs como el TESL, las SETC, el TEL y las SEK) y a crímenes transnacionales como la corrupción (principalmente, los tribunales regionales como la Sala Especializada en DIP de la CAJDH y la COPLA).

Ante esta pluralidad de regímenes jurídicos y mecanismos de aplicación del DIP, la presente obra colectiva, y este capítulo de conclusiones que está basado en lo expuesto por los autores en sus trabajos, abordan primero la pregunta objeto de la investigación en relación con los distintos tipos de TIPs y THs a través de los cuales se aplica el DIP (sección 2), para luego entrar a estudiar ciertos aspectos más concretos que afectan a todos ellos, tales como lo relativos a la cooperación estatal con los tribunales (sección 3) y el alto grado de rechazo de las solicitudes de cooperación realizadas a instancia de la Defensa (sección 4).

Mención aparte merecen otros mecanismos que promueven la aplicación del DIP a través de las jurisdicciones nacionales (abordados en los capítulos 7 y 8 de la presente obra colectiva), y en particular el principio de jurisdicción universal y las comisiones y misiones de apoyo internacionales (como las establecidas para Guatemala, Honduras y El Salvador). La sección 5 del presente capítulo analiza si los mismos pueden, y de qué manera, contribuir a abordar el fenómeno de la corrupción transnacional.

El capítulo finaliza con una serie de reflexiones finales realizadas en la sección 6.

2. LOS DISTINTOS MECANISMOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

2.1. *La Corte Penal Internacional*

Olasolo, Sánchez Sarmiento & Galain afirman que, desde una perspectiva estrictamente jurisdiccional, el ECPI podría permitir a la CPI investigar y enjuiciar ciertas manifestaciones de la corrupción transnacional sin necesidad de modificar los tratados internacionales anticorrupción o el propio ECPI. Ello sería posible cuando ciertas prácticas sistemáticas o generalizadas de este fenómeno sean constitutivas de alguna de las categorías de crímenes de lesa humanidad previstas en el artículo 7 del ECPI, como la relativa a otros actos inhumanos. Además, según estos autores, la CPI podría también confrontar indirectamente dicho fenómeno investigando a las entidades públicas, las organizaciones privadas y los grupos al margen de la ley (así como, las redes complejas en las que interactúan entre sí) que incurrir tanto en crímenes de lesa humanidad como en prácticas de corrupción transnacional. Todo ello se vería, así mismo, reforzado por el enfoque en máximos responsables adoptado por la Fiscalía de la CPI.

Sin embargo, el recurso a la CPI en la lucha anticorrupción de la forma en que acabamos de exponer no está exento de problemas. De entre ellos, dos merecen particular atención. En primer lugar, si bien es cierto que un sector de la doctrina contempla la posibilidad de calificar algunas manifestaciones de la corrupción transnacional como crímenes de lesa humanidad (debido a que las graves consecuencias que generan en los sectores más vulnerables de la población civil tienen potencialmente la misma gravedad que los efectos de ciertos crímenes de lesa humanidad), hasta el momento, ni la CPI, ni ningún otro TIP o TH ha recurrido a esta figura para investigar, enjuiciar y sancionar las prácticas corruptas transnacionales. Además, otro sector de la doctrina considera que ni está claro que todos los elementos contextuales de la categoría de crímenes de lesa humanidad concurren en los casos de corrupción transnacional, ni se puede afirmar que las prácticas corruptas (acto inhumano en cuestión) puedan tener un carácter similar a alguna otra conducta reconocida

como crimen de lesa humanidad en el art. 7 (1) del ECPI¹. A esto hay que unir, en segundo lugar, el problema del limitado alcance de las actuaciones penales de la CPI frente a los máximos responsables de los crímenes bajo su jurisdicción durante sus dos décadas de funcionamiento. De ahí que recurrir a la CPI en la lucha anticorrupción, con la diversificación de recursos que ello supondría y el presupuesto adicional que sería necesario, es muy probable que solo sirviera para profundizar aún más la falta de eficacia que la CPI ha mostrado hasta el momento.

Olasolo, Sánchez Sarmiento & Galain subrayan que también sería posible involucrar a la CPI en la lucha contra la corrupción transnacional a través de su redefinición jurídico internacional mediante la incorporación de elementos objetivos contextuales, tal y como hace el ECPI para responder a otros fenómenos que presentan ciertas características en común, como es el caso, por ejemplo, de las dinámicas de violencia grave, desarrolladas de manera sistemática o generalizada contra ciertos sectores de la población civil, que, según el art. 7 del ECPI, son constitutivas de crímenes de lesa humanidad.

Sin embargo, una redefinición de esta naturaleza requeriría, en todo caso, la enmienda del ECPI mediante el procedimiento previsto en su art. 121 (que requiere su aprobación por una mayoría de dos tercios de los Estados parte) a los efectos de extender la jurisdicción material de la CPI al nuevo crimen internacional de corrupción transnacional con sus distintas modalidades (si bien la forma de corrupción transnacional más relevante es el soborno, un mandato limitado a esta conducta descuidaría otras manifestaciones del fenómeno, y no pondría las bases para promover de manera general una cultura de rendición de cuentas). Además, esta extensión solo entraría en vigor para los Estados parte que acepten la enmienda, por lo que la CPI no podría, en ningún caso, perseguir penalmente dicho delito cuando haya sido cometido en el territorio, o por nacionales, de Estados no parte o de Estados parte que no hayan aceptado la enmienda.

¹ Este requisito es exigido por el art. 7(1)(k) del ECPI para el crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos.

2.2. *La propuesta de creación de un tribunal internacional penal anticorrupción de carácter permanente y ámbito universal*

Como alternativa a involucrar a la CPI en la lucha anticorrupción, se ha propuesto la creación mediante un tratado multilateral de un TIP anticorrupción de carácter permanente y ámbito universal, que tendría jurisdicción material sobre la denominada “gran corrupción” (cometida a gran escala por altos dirigentes) y actuaría, al igual que la CPI, de acuerdo al principio de complementariedad.

Insolera, Parisi & Fronza (capítulo 3) explican que esta propuesta busca responder a: (a) la intervención en prácticas a gran escala de corrupción transnacional de importantes actores políticos y económicos que operan entre distintas jurisdicciones; (b) el movimiento de grandes sumas de dinero de un Estado a otro; (c) la falta de voluntad política interna para adoptar estrategias efectivas para reprimir y combatir estas prácticas; y (d) el efecto desestabilizador que las mismas puede tener en la paz y la seguridad internacionales (lo que demuestra la necesidad de abordar el problema a nivel mundial). Por ello, si bien ciertas propuestas, como la atribución de jurisdicción sobre la corrupción transnacional a los TIPs de ámbito regional, los THs o las jurisdicciones nacionales, puede presentar algunas ventajas (como, por ejemplo, la apropiación local del proceso de rendición de cuentas), no parecen suficientes para contrarrestar el fenómeno de la corrupción en su dimensión transnacional (y, con frecuencia, global).

La creación de un TIP anticorrupción evitaría los obstáculos relativos al proceso de enmienda de la jurisdicción material de la CPI, centraría sus actuaciones exclusivamente en los máximos responsables de la gran corrupción transnacional y permitiría que la CPI se enfocase en procesar los casos que tiene abiertos (que son menos de los esperados y con resultados poco satisfactorios). Así mismo, podría tener otras consecuencias positivas como: (a) un efecto disuasorio sobre las autoridades de aquellos Estados cuyos (ineficaces/corruptos) sistemas de justicia les permiten actuar con plena impunidad; (b) la imposición de una prohibición *de facto* de salida del país a quienes fueran objeto de sus órdenes de arresto; (c) el incentivo a las jurisdicciones nacionales (por causa del principio de complementariedad)

para perseguir las prácticas transnacionales de gran corrupción y realizar las reformas legales necesarias a estos efectos; y (d) la transmisión a la sociedad internacional de un claro mensaje en el sentido de que este tipo de comportamientos no son tolerables.

Sin embargo, como subrayan Insolera, Parisi & Fronza, esto no significa que la creación de un TIP anticorrupción sea algo sencillo, ni que por sí sola pueda resolver el problema de la corrupción transnacional a nivel global. Por el contrario, presenta toda una serie de obstáculos, entre los que destacan los siguientes: (a) al tratarse de un tribunal creado a partir de un tratado multilateral, requeriría del consentimiento de los Estados afectados para que tuviera jurisdicción sobre las prácticas cometidas en su territorio o por sus nacionales, y no están claras las razones por las que los gobiernos involucrados en este tipo de prácticas darían su consentimiento y realizarían las reformas legislativas necesarias para la actuación efectiva del tribunal; (b) si Estados poderosos no se someten a la jurisdicción del tribunal, pero tratan de utilizar el mismo para presionar a países más débiles, se reavivaría la visión que considera las medidas anticorrupción como parte de la agenda política del neoimperialismo occidental, y podría servir como excusa para que los Estados donde tienen lugar las prácticas corruptas rechacen el tribunal; (c) el “clima internacional” ha cambiado desde la entrada en vigor de la CPI a comienzos del siglo XXI, existiendo en la actualidad un menor nivel de cooperación interestatal y un mayor grado de unilateralismo; y (d) la experiencia de la CPI desde el 2002 ha mostrado los riesgos de ser parte de un TIP sin un auténtico alcance global.

En todo caso, si finalmente se llegara a establecer, sería necesario diseñar su estatuto con sumo cuidado, debiendo: (a) garantizarse su eficacia mediante la atribución de poderes adecuados, tanto en la fase de investigación, como en relación con la recuperación de las sumas de dinero que los máximos responsables hayan utilizado para desarrollar sus prácticas corruptas; pero al mismo tiempo (b) soportar la atribución de estos poderes frente a la necesidad de crear un marco institucional que sea aceptable para la mayoría de los Estados,

con el fin de que su jurisdicción territorial se pudiera extender en la mayor medida posible².

2.3. Los tribunales internacionales penales permanentes de ámbito regional

2.3.1. La Sala Especializada en DIP de la CAJDH

El Protocolo de Malabo, aprobado en 2014 en el seno de la Unión Africana (UA), y por el que se crea la Sala Especializada en DIP de la CAJDH, es fruto de la protesta de los países africanos contra la CPI y otras entidades internacionales como el CSNU. Si bien aún no ha entrado en vigor al no haber recibido las quince ratificaciones necesarias a estos efectos (de hecho, ningún Estado lo ha ratificado todavía)³, constituye una novedad significativa en el DIP al establecer el primer TIP permanente de ámbito regional para perseguir a los máximos responsables de, entre otras cosas, las prácticas más graves de corrupción transnacional, que, además de menoscabar los derechos fundamentales de la población civil, pueden llegar a poner en riesgo la pervivencia de las comunidades más vulnerables, y afectar así a la propia estabilidad de los Estados, con las consecuencias que ello tiene para la paz y seguridad internacionales.

Sin embargo, como Olasolo & Freydel se señalan (capítulo 4), el Protocolo de Malabo es un documento lleno de contradicciones, que, si bien supera algunas de las limitaciones sustantivas que actualmente presenta el DIP (como el no reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ)), retrocede en aspectos tan importantes como el alcance y contenido de las inmunidades

² Un análisis más detallado de esta cuestión se puede encontrar en la sección 3 dedicada a la cooperación internacional con los tribunales internacionales penales e híbridos.

³ Benín, Chad, Comoras, Congo (Brazzaville), Guinea Ecuatorial, Ghana, Guinea-Bissau, Guinea, Kenia, Mozambique, Mauritania, Sierra Leona, São Tomé y Príncipe, Togo, y Uganda ya han firmado, pero no ratificado (Unión Africana, 2019). De estos 15 Estados, 5 firmaron el Protocolo en 2015; 4 en 2016; 1 en 2017; 3 en 2018; y 1 en 2019. Desde 2019 no ha habido ratificaciones, lo que muestra una terminación de la inercia del Protocolo.

atribuidas a los altos funcionarios del Estado. Así mismo, aunque extiende la jurisdicción material de la Sección Especializada a delitos no internacionales en sentido estricto, que pueden sin embargo constituir una amenaza para la sociedad internacional (como la corrupción transnacional), sus limitaciones logísticas y en materia de cooperación dificultan, en gran medida, su funcionamiento.

Las fortalezas de la Sección Especializada son particularmente evidentes cuando se analizan desde la perspectiva de la “cascada de la justicia” o los “círculos concéntricos” para reducir la impunidad a nivel global. Entre ellas destacan las siguientes:

1. Constituye la primera manifestación de un nivel adicional de aplicación del DIP, que, al no usar criterios definidos por una vocación de universalidad, puede evitar algunas de las fricciones que estos generan (favoreciendo así, por ejemplo, el acercamiento entre los Estados y la sociedad civil para el desarrollo de acuerdos de paz y sistemas de justicia transicional).
2. Extiende su jurisdicción material más allá de los crímenes centrales tradicionales, incluyendo, entre otros, la corrupción transnacional, lo que puede favorecer la intervención “preventiva” de la Sección Especializada, entrando a investigar y enjuiciar situaciones de declive democrático e inestabilidad, que si bien afectan a los bienes jurídicos protegidos por los delitos transnacionales previstos en el Protocolo de Malabo, todavía no han llegado a provocar crímenes atroces.
3. Presenta innovaciones en relación con la RPPJ, lo que llega en un momento en el que la influencia y el poder de los actores privados corporativos no tiene precedentes. Así, las actuaciones de la Sección Especializada sobre el fenómeno de la corrupción transnacional se pueden ver fortalecidas al poder investigarlo desde una perspectiva holística, que no solo incluye dirigentes políticos o militares, sino que se extienda también a la función de las empresas nacionales e internacionales que contribuyen a su desarrollo. Con ello, podría promover que se limitara la impunidad de estas últimas en un continente tan dependiente de la industria extractivista, y en el que se ha

descrito la existencia de una cultura corporativa que avala, e incluso celebra, las prácticas corruptas.

Sin embargo, la Sección Especializada presenta también importantes obstáculos para la eficacia de sus actuaciones, entre los cuales destacan los siguientes:

1. El grado de influencia que podrían tener ciertos Estados sobre la misma es mucho mayor al que pueden tener los Estados parte del ECPI sobre la CPI (si bien no tan alto como el control que pueden llegar a tener ciertos gobiernos sobre los tribunales nacionales), lo que cuestiona su capacidad para llevar a cabo sus actuaciones frente a aquellos altos funcionarios estatales de los que depende, en última instancia, su financiación (de hecho, la influencia de los Estados miembros de la UA ha provocado que se ponga mayor énfasis en proteger su soberanía nacional que en construir un sistema de aplicación efectivo del DIP, y es poco probable que dicha influencia desaparezca una vez que entre en vigor).
2. El régimen jurídico de la CAJDH tampoco juega a favor de la eficacia de la Sala Especializada, puesto que no presenta claridad en cuanto a su composición y alcance, al consistir en una pluralidad de Protocolos, varios de los cuales no han entrado todavía en vigor, o presentan un número limitado de Estados parte (el propio Protocolo de Malabo adolece de este problema).
3. El Protocolo de Malabo genera ciertas inquietudes en relación a su aplicación práctica y a su viabilidad económica, porque los procesos judiciales internacionales son caros y su tramitación es compleja, estimándose que un solo proceso puede llegar a costar en torno a 20 millones de dólares, lo que supera la financiación actual de toda la estructura jurisdiccional de la UA (el presupuesto necesario para que la Sección Especializada tenga la capacidad para hacer investigaciones básicas, contando con un tercio del personal de la CPI, es de, al menos, 50 millones de euros, si bien algunos autores afirman que el doble podría llegar a ser necesario);

4. La “cláusula de inmunidades” presenta un amplio alcance y una ambigua redacción, lo que amenaza con impedir cualquier investigación o persecución de los altos funcionarios estatales en ejercicio (esto en un contexto en el que los gobiernos africanos tienen un promedio de permanencia en el poder muy superior al del resto del mundo, y la corrupción transnacional está frecuentemente relacionada con entidades gubernamentales). El problema persistiría incluso si se limitase la aplicación de esta cláusula a los jefes de Estado y de Gobierno porque son estos quienes con mayor frecuencia incurren en las dinámicas de gran corrupción. Además, si la Sala Especializada centrara sus actuaciones en las prácticas corruptas de otros miembros del gobierno, también generaría la pérdida de confianza de los Estados afectados, como le ha sucedido a la CPI.
5. La naturaleza regional de la Sección Especializada no impide que pueda estar expuesta a oposición (e incluso boicoteo) por los Estados que se nieguen a cooperar. De hecho, la propia CAJDH se está viendo afectada por los descatos y falta de cooperación de algunos Estados parte de la UA (incluyendo la denuncia, total o parcial, por Ruanda, Tanzania, Benín y Costa de Marfil de la Convención Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos), lo que ha generado una cierta crisis existencial, que es probable que pueda empeorar con la entrada en vigor del Protocolo de Malabo.
6. Las prácticas corruptas transnacionales ocurren con frecuencia de forma “silenciosa”, por lo que las actuaciones de la Sección Especializada pueden acabar convirtiéndose en un obstáculo para la lucha anticorrupción si solo se centran en aquellos casos conocidos por afectar a altos dirigentes políticos, pero no abordan las verdaderas causas del fenómeno.

En consecuencia, como señalan Olasolo & Freydehl, si bien la mayoría de los autores consideran el Protocolo de Malabo como una mera fachada sin contenido real, no faltan quienes entienden que las actuaciones de la Sala Especializada podrían tener un efecto positivo en los países africanos, sobre todo si, con base en el principio de complementariedad, busca articularse con la CPI (en lugar de intentar reemplazarla).

2.3.2. La Propuesta de creación de una Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Organizado Transnacional

El proyecto de creación de una COPLA tiene como objetivo investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables de prácticas de corrupción transnacional en una región que continúa presentando uno de los índices más elevados en relación con este tipo de prácticas, lo que demuestra, al mismo tiempo, que ningún otro instrumento internacional ha permitido frenar los altos índices de violencia y corrupción en la región.

Frente al Protocolo de Malabo, el anteproyecto de Estatuto de la COPLA presenta, como señala López Velásquez (capítulo 5), algunos aspectos que merece la pena subrayar, entre los que destacan: (a) la limitación de su jurisdicción material a ciertos delitos transnacionales (tráfico ilícito de estupefacientes y armas de fuego, trata de personas, tráfico de migrantes, lavado de activos y cohecho transnacional, entre otros); (b) el no reconocimiento de inmunidades a los altos representantes estatales; (c) la naturaleza complementaria de la COPLA, lo que le impide desarrollar sus actuaciones sobre una situación o caso que haya sido, o esté siendo, investigado por un tribunal internacional o regional; y (d) la posibilidad expresa de establecer acuerdos internacionales con estos tribunales mediante convenios aprobados por la Asamblea de los Estados parte.

Sin embargo, presenta también toda una serie de retos que, por el momento, no parecen fáciles de superar, destacando, en particular, la falta de la necesaria voluntad política de los Estados latinoamericanos y del Caribe para: (a) crear un tribunal regional de esta naturaleza; (b) acoger la literalidad de sus definiciones en el ámbito interno; (c) adoptar obligaciones de cooperación en una región que no cuenta con las mejores relaciones diplomáticas entre Estados; y (d) destinar los recursos necesarios para asumir su nada despreciable costo en una coyuntura de alto déficit presupuestario en muchos de los Estados de la región. Por ello, se puede augurar un largo proceso de negociación con un resultado incierto, lo que se manifiesta ya en el hecho de que, tras siete años desde la presentación de la propues-

ta de creación de la COPLA, esta se encuentra todavía en un estado muy preliminar de desarrollo.

2.4. Los tribunales híbridos

Como Manguel & Brusau señalan, a pesar de la existencia de la CPI, desde 2002 se han creado numerosos THs, que reciben este nombre por ser producto de una combinación de derecho doméstico (que busca brindar legitimidad ante la sociedad nacional de que se trate) e internacional (que trata de aportar independencia, imparcialidad y familiaridad con el DIP).

Si bien cada tribunal híbrido tiene sus propias características (las cuales vienen determinadas por las circunstancias de su creación, su instrumento fundacional, su nivel de internacionalización, los casos y delitos sobre los que ejerce su jurisdicción, sus mecanismos de funcionamiento y su sede), en términos generales comparten los siguientes elementos: (a) su jurisdicción material incluye los crímenes internacionales centrales, extendiéndose con frecuencia también a delitos previstos en el derecho interno (si bien, excepcionalmente, el TEL solo conoce de delitos recogidos en el ordenamiento jurídico libanés); (b) sus normas procedimentales suelen basarse en normas o prácticas del DIP; (c) su personal (incluyendo a jueces y fiscales) es de composición mixta nacional/internacional (las SEK son una excepción al tener sólo personal internacional); (d) al menos una parte de sus fuentes de financiación son internacionales; (e) tienen un carácter temporal al ser creados para investigar y enjuiciar los crímenes cometidos en una situación concreta; y (f) buscan tener un impacto duradero en la sociedad y en el sistema de justicia de los Estados en los que operan, ofreciendo sus capacidades para fortalecer o reconstruir sus instituciones. En cuanto a su clasificación, se puede diferenciar entre los THs que forman parte de las jurisdicciones nacionales (como las SETC), los que operan al margen de las mismas (por ejemplo, el TESL y el TEL) y los que tienen un componente regional (como las SEK).

Según Manguel & Brusau, la composición mixta de los THs les atribuye legitimidad, imparcialidad y un tratamiento del DIP que es indispensable para perseguir penalmente los delitos que superan las

fronteras nacionales. Además, el hecho de que su sede se encuentre en los Estados donde se han cometido los delitos (a excepción de las SEK que actúan desde La Haya (Países Bajos)): (a) favorece que las víctimas y sus comunidades puedan sentirse parte de la administración de justicia; (b) debería permitirles desarrollar sus actuaciones judiciales de manera más expedita y a un menor coste, al tener una logística menos compleja y contar con la aquiescencia de las autoridades nacionales; y (c) facilita el desarrollo de estrategias de cooperación con estas últimas, y de reconstrucción de los sistemas domésticos, los cuales no se encuentran normalmente plenamente operativos.

Sin embargo, como señala estos autores, los THs no están exentos de obstáculos, entre los que destacan los siguientes: (a) la participación de funcionarios estatales (incluyendo, a jueces, fiscales y otros integrantes del poder judicial) en las prácticas corruptas hace que sea esencial la independencia e imparcialidad aportada por los actores internacionales para su correcto funcionamiento (esto significa, entre otras cosas, contar con una mayoría de jueces internacionales, sin que con ello se afecte su legitimidad); (b) su funcionamiento debe estar garantizado mediante sistemas de financiación que no dependan exclusivamente de la voluntad estatal, lo que aconseja recurrir a sistemas similares a los que se han utilizado para financiar a los tribunales internacionales permanentes; y (c) dada la naturaleza transnacional de las prácticas corruptas (que con frecuencia incluyen la participación de agentes estatales), es indispensable contar con mecanismos de cooperación internacional efectivos que permitan sortear los obstáculos que presentan.

En consecuencia, asumida la necesidad de internacionalizar la persecución penal de la corrupción transnacional, la creación de THs con este fin podría contribuir, en cierta medida, a dar una respuesta más eficaz a este fenómeno, siempre y cuando fuera posible garantizar su independencia e imparcialidad, y minimizar el posible impacto de los problemas de falta de financiación y cooperación estatal⁴.

⁴ Estos problemas serán desarrollados con mayor detalle en la sección 3, dedicada a la cooperación internacional con los tribunales internacionales penales e híbridos.

3. LA NECESIDAD DE LA COOPERACIÓN ESTATAL PARA GARANTIZAR UN MÍNIMO NIVEL DE EFICACIA EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES PENALES E HÍBRIDOS, Y LOS PRINCIPALES PROBLEMAS QUE PRESENTA

La cooperación es un aspecto imprescindible en cualquier estrategia de acción que pretenda incrementar la eficacia en la lucha contra la corrupción transnacional. Esto se debe a que, como Collazos (capítulo 11) indica, la revolución tecnológica, la aparición del internet y la expansión de los mercados han favorecido la organización e internacionalización de las redes de corrupción. En consecuencia, como señala la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), la corrupción ha pasado a ser un “fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías”. Por ello, las iniciativas nacionales contra la corrupción son absolutamente insuficientes, siendo indispensable la cooperación interestatal para abordar este fenómeno, que constituye uno de los efectos adversos más relevantes de la globalización.

En el ámbito de los TIPs y de los THs, la cooperación estatal es si cabe todavía más necesaria porque, como subrayan Ventura & Reyes (capítulo 9), Gasparian, Pereira & Zavala (capítulo 10) y Collazos, los principales mecanismos de aplicación del DIP (TIPs y THs), a diferencia de los tribunales nacionales, no tienen órganos de ejecución a su disposición, de manera que sin la asistencia de las autoridades nacionales no pueden llevar a cabo sus principales actuaciones (visitar la escena del crimen, incautar material probatorio, obligar a comparecer a los testigos o ejecutar mandatos de arresto, entre otras) para el desarrollo de sus investigaciones y enjuiciamientos. De esta manera, la ausencia de territorio, policía y poderes propios de ejecución convierte a estos tribunales en “gigantes sin brazos ni piernas”, dependientes de la cooperación externa, principalmente estatal, para poder cumplir con sus mandatos. Como resultado, la voluntad de las autoridades estatales de asistir a dichos tribunales en el cumplimiento de sus funciones es determinante en su eficacia, porque de lo contrario no podrían llevarlas a cabo (o su capacidad operativa se vería notablemente reducida). Además, al no tener a

su disposición los medios necesarios para compeler a los Estados a cumplir con sus obligaciones de cooperación, la situación es, si cabe, todavía más grave.

El instrumento de creación de cada TIP o TH (que pueda variar entre una resolución del CSNU, un tratado multilateral o un tratado bilateral) es la base de las obligaciones de los Estados de cooperar con el respectivo tribunal. Este instrumento fundacional recoge su Estatuto, que es generalmente desarrollado por otros cuerpos normativos propios de cada tribunal como sus Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP). Si bien estos Estatutos y RPP sólo regulan expresamente las obligaciones de cooperación de los Estados en relación con las actuaciones relativas a los crímenes internacionales sobre los que disponen de jurisdicción material, nada impide para que las mismas puedan extenderse *mutatis mutandis* a la persecución penal de la corrupción transnacional, en caso de que el respectivo tribunal adquiriera jurisdicción material sobre la misma. De ahí, la importancia de la cuestión relativa a si los sistemas de cooperación previstos en los Estatutos y las RPP de los TPIs y THs podrían, eventualmente, permitir una eficaz persecución penal de la corrupción transnacional.

Los instrumentos fundacionales de los tribunales tienen un impacto sobre la voluntad y capacidad de los Estados para prestar la asistencia requerida en las solicitudes de cooperación. Por ello, como señala Collazos, una de las mayores dificultades en materia de cooperación radica en que los Estados se han reservado en los instrumentos de creación de los respectivos tribunales una amplia discrecionalidad y flexibilidad en la implementación de sus obligaciones; razón por la cual, Gasparian, Pereira & Zavala subrayan la importancia de expandir las estructuras de cooperación mediante leyes nacionales de implementación y acuerdos marco bilaterales o regionales, que, si bien no crean necesariamente nuevas obligaciones sustantivas, facilitan que las formas de cooperación solicitadas puedan ser llevadas a cabo en la práctica por los Estados requeridos.

En este contexto, los Estados han incluido también en los instrumentos fundacionales de algunos de los tribunales (en particular, en el ECPI) cláusulas de aplazamiento e inejecución de las solicitudes de cooperación, reservándose así la posibilidad, bajo ciertas condiciones (causales), de posponer en unos casos, y evitar en otros, de

manera legítima, el cumplimiento de sus obligaciones de asistencia. Esto tiene una incidencia muy significativa en la (in)eficacia de los tribunales afectados (sobre todo, de la CPI), que afectaría también a una hipotética persecución penal de la corrupción transnacional a través de los mismos. Por ello, antes de extender su jurisdicción material en este sentido, es necesario comprender cuáles son los espacios que los Estados se han reservado para ejercer su soberanía, lo cual es fruto de la tensión entre: (a) la necesidad de recurrir a la cooperación estatal para garantizar un mínimo nivel de eficacia en la aplicación del DIP; y (b) la importancia de mantener ciertos ámbitos de soberanía para los Estados.

De los sistemas de cooperación analizados, el ECPI contiene el marco jurídico más detallado en términos de la regulación de las modalidades de cooperación y del número de causales de aplazamiento e inejecución contempladas, siendo, por tanto, bastante específico en cuanto a la manera en que los Estados deben asistir a la CPI y las razones que pueden invocar para abstenerse de cumplir con una solicitud de cooperación, o, al menos, posponer su ejecución. En contraste, los estatutos del TPIY, del TPIR y de los THs se limitan a recoger la obligación general de los Estados de cooperar con el respectivo tribunal, y a desarrollarla expresamente en relación con un puñado de actuaciones como la identificación, la localización y la detención de personas, y la toma de testimonios. Según señala Collazos, se trata de marcos normativos menos detallados que no contienen una lista de causales de aplazamiento e inejecución y dejan en manos de los jueces del respectivo tribunal el desarrollo de la mayor parte de la normativa aplicable (los Estados pueden además entablar un diálogo con los tribunales sobre la forma de cumplir las solicitudes de cooperación, incluyendo eventualmente su aplazamiento e incluso inejecución).

En el ámbito de los tribunales internacionales penales de ámbito universal, Gasparian, Pereira & Zavala subrayan que las diferencias entre los sistemas de cooperación de la CPI, el TPIY y el TPIR se deben principalmente a su naturaleza y forma de creación. Así, los dos últimos tienen la naturaleza de órganos subsidiarios del CSNU y fueron establecidos por sendas resoluciones de este último conforme al capítulo VII de la Carta de la ONU, que establecieron un modelo

de cooperación vertical de obligatorio cumplimiento para todos sus Estados miembros, el cual se caracteriza por los siguientes elementos: (a) los Estados están unilateralmente obligados a acatar las órdenes y solicitudes del TPIY y del TPIR, quedando el interés estatal subordinado a la voluntad de estos últimos (no es posible, por tanto, invocar la legislación interna para evitar el cumplimiento de las obligaciones de cooperación); y (b) los jueces tienen un mayor espacio para desarrollar jurisprudencialmente un régimen de cooperación más efectivo que es de obligatorio cumplimiento estatal.

En contraste, la CPI ha sido creada por un tratado multilateral (el ECPI) que los Estados deciden, o no, ratificar, por lo que, como afirma Collazos, la cooperación no se deriva de una imposición del CSNU, sino que es consecuencia de las obligaciones asumidas voluntariamente al hacerse parte del ECPI (lo que explica también la razón de la adopción expresa en el ECPI de distintas causales de aplazamiento e inejecución). Esto hace que la legitimidad sea la principal fortaleza de su sistema de cooperación, la cual se ve reforzada por el principio de complementariedad, que establece que: (a) los Estados mantienen la obligación primaria de actuar penalmente frente a los casos hipotéticos de los que pudiera conocer la CPI; y (b) dichos casos solo son admisibles ante la CPI cuando las jurisdicciones domésticas no actúen (inacción), o no tengan la voluntad o la capacidad para completar sus actuaciones, frente a los máximos responsables de los crímenes sobre los que la CPI ejerce su jurisdicción (algo muy distinto a la primacía sobre las jurisdicciones nacionales de la que gozan el TPIY y el TPIR). En consecuencia, al ser los propios Estados parte los que, al aceptar la jurisdicción de la CPI, ceden voluntariamente ciertos ámbitos de su soberanía, al tiempo que conservan su competencia penal (así como la obligación de ejercerla), la CPI podría, en principio, esperar que cooperen en los términos establecidos en el ECPI.

Si bien la complementariedad es beneficiosa en términos de legitimidad, puede, sin embargo, no serlo en términos de eficacia porque, a diferencia del TPIY y del TPIR (que apuestan por un modelo de cooperación vertical fundado sobre su posición de primacía frente a las jurisdicciones nacionales y respaldado por el CSNU), la efectividad de la cooperación con la CPI depende, en gran medida,

tanto de la voluntad de los Estados de cooperar, como de su disposición para modificar su legislación interna con el fin de encauzar dicha cooperación de manera efectiva. En consecuencia, como subraya Collazos, si los Estados parte no están realmente preparados para ello, la eficacia de la CPI se resiente significativamente, aunque el ECPI recoja un detallado sistema de cooperación (el rechazo de un buen número de países africanos, y hasta de la propia Unión Africana (cuyas tensiones con la CPI llevaron en 2014 a la aprobación del Protocolo de Malabo), a cooperar con la CPI en el arresto y entrega del ex presidente de Sudán, Omar al Bashir, constituye un buen ejemplo a este respecto). De ahí la importancia que para la CPI tiene el fortalecimiento de la confianza generada en aquellos Estados que han de prestarle asistencia, lo que, entre otras cosas, depende de la calidad de sus procesos penales, los altos estándares de justicia aplicados y la eliminación de toda percepción entre los Estados de que hay un riesgo de que la CPI desarrolle sus actuaciones sin las debidas garantías, o influenciada por entornos políticos que puedan afectar su independencia e imparcialidad.

Con base en lo anterior, se puede afirmar que la eficacia de la persecución penal de la corrupción transnacional sería, sin duda, mayor en tribunales con sistemas de cooperación como el del TPIY y el del TPIR, que fortalecen su capacidad para garantizar la implementación de sus decisiones y superar las resistencias que puedan oponer los Estados, otorgando amplias facultades a sus jueces para desarrollar jurisprudencialmente su contenido. Sin embargo, no es menos cierto que estos tribunales adolecen de una excesiva dependencia del CSNU en cuanto que son órganos subsidiarios del mismo, lo que, entre otras cosas, ha llevado a su desmantelamiento cuando el CSNU lo ha considerado oportuno.

En cuanto a los TIPs de ámbito regional, el Protocolo de Malabo y el anteproyecto de la COPLA coinciden en destacar la importancia de la cooperación para su funcionamiento. Sin embargo, como señala Collazos, mientras este segundo reenvía a un documento externo (la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal (CIAMMP)), el Protocolo de Malabo adopta un sistema de cooperación basado en las disposiciones recogidas en el mismo (construidas sobre las obligaciones de cooperación de los Estados

con la CAJDH), que, al igual que en el caso del TPIY, el TPIR y los THS: (a) contiene formulaciones amplias y poco detalladas (lo que facilita la aplicación de formas de cooperación no previstas expresamente); y (b) no recoge causales de aplazamiento o inejecución de las medidas de cooperación.

Olasolo & Freydel identifican varios desafíos que el Protocolo de Malabo enfrenta en materia de cooperación. En primer lugar, la naturaleza regional de la Sección Especializada no significa que los Estados parte no se vayan a negar cooperar, como hemos visto que sucede con la propia CAJDH en la actualidad. En segundo lugar, debe aclararse en qué términos se llevará a cabo la cooperación entre la Sección Especializada y la CPI, porque la carencia de disposiciones en este sentido puede generar obstáculos a la obligación de cooperar para los Estados que son al mismo tiempo miembros de la UA y parte de la CPI. En tercer lugar, dado que el Protocolo de Malabo introduce modificaciones a las definiciones de ciertos crímenes internacionales (por ejemplo, amplía la definición de genocidio al incluir la violación como una de las modalidades de comisión) e introduce nuevos delitos (como la corrupción transnacional), se requiere adaptar el sistema de cooperación y las leyes nacionales para asegurarse de que recogen las nuevas definiciones y los nuevos delitos (esta experiencia demuestra como las iniciativas supranacionales para perseguir penalmente la corrupción transnacional requieren, en todo caso, reforzar los sistemas de cooperación internacional).

En cuanto al anteproyecto de una COPLA, este adopta un sistema de cooperación que reserva un lugar preponderante al Estado, como se refleja por ejemplo en las numerosas excepciones (causales de aplazamiento e inejecución) a la obligación de cooperar previstas en la CIAMMP, lo que puede en última instancia afectar su eficacia. Sin embargo, como López Velásquez y Collazos señalan, presenta también ciertos elementos positivos porque la remisión a la CIAMMP facilita la cooperación interestatal (aspecto fundamental en la persecución de la corrupción transnacional en cuanto que se trata de un fenómeno ligado a entornos altamente globalizados). A esto hay que añadir otros posibles elementos positivos del anteproyecto de la COPLA como: (a) la designación de un grupo especial dentro de las fuerzas de seguridad de cada Estado para ejecutar sus órdenes e

informar al Estado al cual pertenezcan con posterioridad; y (b) la posibilidad de introducir una agencia de inteligencia regional, lo que facilitaría la coordinación entre los Estados ante un fenómeno que supera sus fronteras (siempre y cuando tengan realmente la voluntad de compartir información).

Finalmente, en relación con los THs, Ventura & Reyes explican como presentan sistemas de cooperación menos detallados que el de la CPI, en los que, al igual que sucede en el TPIY y el TPIR, no se recogen causales de aplazamiento o inejecución de las medidas de cooperación (si bien incluyen ciertas disposiciones que permiten a los Estados explicar las razones que justificarían la autorización de estas medidas en un caso concreto, lo que permite abrir canales de diálogo con el tribunal sin poner en duda su subordinación y deber de cooperar)⁵. Así mismo, como subrayan Manguel & Brusau y Collazos, este tipo de tribunales muestra también como su naturaleza jurídica determina el sistema de cooperación aplicable y, en buena medida, su eficacia, con independencia de que se encuentre regulado en mayor o menor detalle (el caso de las SEK, cuyas facultades frente a las autoridades kosovares se derivan de su consideración como parte del sistema de justicia kosovar, es un buen ejemplo en este sentido).

Como hemos visto, los THs presentan varios elementos positivos, favoreciendo, en particular, una mayor apropiación local del proceso de rendición de cuentas. Sin embargo, Ventura & Reyes hacen énfasis en que, al estar la jurisdicción de los THs limitada a las situaciones acaecidas en ciertos países, la obligación de cooperar solo afecta a estos últimos. Además, a diferencia del TPIY y el TPIR, que extienden su primacía a todos los Estados miembros de la ONU, los THs solo cuentan, en el mejor de los casos, con primacía sobre el Estado que ha estado involucrado en su creación. Todo ello hace que sea muy difícil obtener la cooperación de terceros países, lo que no favorece

⁵ *Vid.*: como la regla 11 de las RPP del Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL), relativa al incumplimiento de las solicitudes de remisión, establece un término para que el Estado informe sobre las medidas que ha adoptado para ejecutar la solicitud. Esto permite al Estado exponer ante el tribunal los obstáculos que enfrenta, y dado el caso justificar un eventual aplazamiento o inejecución.

la persecución de la corrupción transnacional debido a que los grandes protagonistas de este fenómeno son redes complejas con componentes público-privados y al margen de la ley, que desarrollan sus actividades en diversos países y están sujetas a distintas jurisdicciones nacionales, de manera que un sistema de cooperación centrado en un sólo Estado no permite involucrar a los distintos países en los que se desarrollan, o tienen sus efectos, las prácticas corruptas.

Además, la cooperación estatal con los THs adolece de estar particularmente expuesta al riesgo de interferencias políticas, tal y como ha sucedido en las SETC, donde, a diferencia de lo ocurrido en el TESL y el TEL (los cuales fueron resultado de un proceso de negociación con un nivel de influencia de la ONU notablemente superior), el gobierno de Camboya siempre fue reticente a ceder una parte de su soberanía y a admitir un mayor grado de control de las SETC por la ONU (lo que hizo que las negociaciones fueran prolongadas y tensas, llegándose la ONU a retirar de las mismas en al menos una ocasión). Aunque la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) apoyó este proceso, Ventura & Reyes explican cómo esto no representó para Camboya la misma amenaza política y jurídica que hubiera supuesto una posible resolución del CSNU sobre el establecimiento del tribunal. El resultado fue un tribunal de estructura compleja y sin autoridad para obligar al Estado a cooperar, razón por la cual las SETC son una institución excesivamente frágil y dependiente del gobierno.

Por ello, si los THs tuvieran como parte de su mandato la investigación y enjuiciamiento de la corrupción transnacional (en la cual están involucradas grandes corporaciones económico-financieras y grupos criminales organizados, que financian de manera encubierta e ilícita a partidos políticos y sobornan a altos funcionarios), el sistema de cooperación debería rediseñarse para fortalecer sus salvaguardas frente al evidente riesgo de interferencia política. Además, debería ponerse especial atención a los posibles riesgos para la seguridad de las personas que cooperen en las actuaciones judiciales, al encontrarse en el mismo territorio que los presuntos responsables (una de las características del crimen organizado transnacional (COT) es el recurso habitual a la amenaza y al ejercicio de la violencia, y la cooperación de personas con poder en los sectores público y privado).

4. EL ALTO GRADO DE RECHAZO A LAS SOLICITUDES DE COOPERACIÓN REALIZADAS A INSTANCIA DE LA DEFENSA Y LAS DIFICULTADES EXPERIMENTADAS CON LOS CANALES DE COMUNICACIÓN

Gasparian, Pereira & Zavala subrayan los esfuerzos realizados en los TIPs y en los THs (especialmente, en la CPI) para mejorar la coordinación y centralización de las solicitudes de cooperación, así como para reforzar la capacidad de los órganos responsables de emitir estas solicitudes y de coordinar con los Estados su implementación. Sin embargo, no se ha podido superar hasta el momento el alto grado de rechazo por los Estados parte (y por algunas organizaciones internacionales) a ejecutar las solicitudes (de envío de documentos o información, o de realización de entrevistas con funcionarios nacionales o internacionales) presentadas a instancia de la defensa, incluso cuando son transmitidas por la propia Secretaría. Un buen ejemplo de esta situación es que en los años 2020 y 2021, solo el 24% y el 33% de las solicitudes de este tipo transmitidas por la Secretaría de la CPI fueron ejecutadas.

Además, se siguen presentando numerosos desafíos relacionados con la falta de respeto por los Estados parte a los privilegios e inmunidades de los integrantes de los equipos de Defensa en el desempeño de sus funciones, lo que se ve agravado porque no siempre es posible la asistencia de la Secretaría en estos casos, debido a la ausencia de mecanismos internos, como la legislación y los procedimientos necesarios para respetar dichos privilegios e inmunidades. De ahí, la importancia de ratificar los Acuerdos adoptados en esta materia.

Para Gasparian, Pereira & Zavala una posible solución a este problema podría ser la adopción del sistema previsto en el TEL, donde, la Defensa actúa con un mayor grado de autonomía al emitir directamente las solicitudes de cooperación y contactar a los Estados y otras entidades externas sin el apoyo de la Secretaría. Así, mientras no existan conflictos de intereses, la Defensa podría tener la capacidad de actuar como una entidad institucional independiente, reforzando su papel de parte procesal, así como su autoridad con respecto a los actores externos al tribunal. Esta constituiría una alternativa más sistémica respecto al papel de la Defensa dentro de la arquitectura

jurídica de los TIPs y de los THs. Sin embargo, como los equipos de Defensa no conforman una entidad homogénea (sino que cada equipo actúa de manera independiente), el establecimiento de una entidad institucional única, como la Oficina de la Defensa recomendada en el último Informe de Revisión de la CPI, presentaría el problema de la falta de claridad sobre las funciones que podría desempeñar.

Los mencionados autores subrayan también que el hecho de que cada Estado parte tenga la facultad de identificar su propio canal de comunicación oficial con el tribunal de que se trate puede acarrear ciertos desafíos para que las solicitudes de cooperación lleguen de manera rápida y efectiva al órgano nacional encargado de su ejecución. Para resolver este problema, se propone la adopción de las siguientes medidas: (a) la identificación o creación de oficinas centrales a nivel doméstico que puedan coordinar con los distintos actores nacionales las solicitudes de cooperación que llegan de los tribunales; (b) la realización de entrenamientos y capacitaciones para que los actores nacionales competentes desarrollen buenas prácticas y tengan un adecuado conocimiento del mandato y marco normativo de los tribunales; y (c) la formación y utilización de redes especializadas de cooperación judicial para ciertos tipos de solicitudes (como la protección de testigos o las investigaciones financieras), respetando los canales oficiales de comunicación establecidos por los Estados, pero también promoviendo mayor flexibilidad y coordinación a nivel nacional.

5. LOS MECANISMOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL A TRAVÉS DE LAS JURISDICCIONES NACIONALES

Además, de los TIPs y los THs, existen otros dos tipos de mecanismos que promueven la aplicación del DIP a través de las jurisdicciones nacionales, los cuales son analizados en los capítulos 7 y 8 de la presente obra colectiva: el principio de jurisdicción universal y las comisiones y misiones de apoyo internacionales (como las establecidas para Guatemala, Honduras y El Salvador). Veamos, para terminar, si

los mismos podrían, y de qué manera, contribuir a abordar el fenómeno de la corrupción transnacional.

5.1. La actuación de las jurisdicciones nacionales con base en el principio de jurisdicción universal

Como Sánchez Sarmiento, Varón Mejía & Hernández Cortés (capítulo 7) exponen, no existe una extensa literatura en relación con la posible aplicación del principio de jurisdicción universal a la corrupción y a otros delitos transnacionales. Si bien una parte de la doctrina afirma que la CNUCC recoge en su art. 42(4) la posibilidad de aplicar este principio a esta categoría de delitos, lo cierto es que esta disposición únicamente sugiere la adopción de medidas para procesar a posibles autores de corrupción transnacional, sin que el no adoptarlas genere responsabilidad internacional del Estado. Como resultado, solo puede hablarse de la existencia de una auténtica obligación jurídica internacional en el art. 42(3) de la CNUCC, debido a que esta disposición obliga a los Estados Parte a extender su jurisdicción sobre los presuntos autores de prácticas corruptas transnacionales cuando se encuentren en su territorio y nieguen la extradición por tratarse de sus nacionales. Pero se trata esta de una obligación que solo se activa en caso de que se deniegue la extradición (*obligación aut dedere aut iudicare*), por lo que no puede considerarse una obligación de ejercicio del principio de jurisdicción universal (que no incluye dicho requisito).

Según los autores mencionados, un segundo sector de la doctrina ha contemplado la posibilidad de calificar los delitos de gran corrupción como crímenes de lesa humanidad de “otros actos inhumanos”. Sin embargo, hasta el momento ningún TIP o TH ha implementado esta posibilidad. Además, una parte de la doctrina cuestiona esta posibilidad al afirmar que, ni está claro que todos los elementos contextuales de la categoría de los crímenes de lesa humanidad concurren en los casos de gran corrupción, ni se puede sostener que las prácticas corruptas (acto inhumano en cuestión) puedan tener un carácter similar a cualquier otra conducta reconocida como crimen de lesa humanidad (requisito exigido por art. 7(1)(k) del ECPI).

Sánchez Sarmiento, Varón Mejía & Hernández Cortes identifican un tercer sector de la doctrina, para el que, si bien es cierto que existe una incipiente costumbre internacional de prohibir y criminalizar la corrupción transnacional, esta posición no parece pueda tener efectos prácticos perceptibles hasta que: (a) se supere el rechazo por parte de algunos Estados a considerar como un crimen internacional las prácticas corruptas transnacionales (o, al menos, algunas de sus manifestaciones más graves, como la “gran corrupción”), lo que, en última instancia, realizan para proteger su soberanía y su capacidad para juzgar estos delitos internamente sin la interferencia de jurisdicciones externas; y (b) cristalice una costumbre internacional en este sentido.

En consecuencia, si bien existen algunos Estados, cuya normativa indica expresamente que el principio de jurisdicción universal sería aplicable a la corrupción transnacional, no está claro que exista hasta el momento un régimen jurídico consolidado que permita ejercer dicho principio frente a la misma (o frente algunas de sus manifestaciones más graves). Además, son pocos los Estados que lo hacen, por lo que no se puede afirmar que haya en la actualidad una práctica generalmente aceptada como obligatoria. Así mismo, tampoco existe una obligación jurídica proveniente del derecho internacional convencional, puesto que la CNUCC no habilita el ejercicio de la jurisdicción universal, sino que únicamente estipula una obligación de juzgar o extraditar (*aut dedere aut iudicare*) bajo determinadas circunstancias.

Como resultado, Sánchez Sarmiento, Varón Mejía & Hernández Cortés concluyen que las propuestas doctrinales analizadas plantean muchos interrogantes. Así mismo, la práctica judicial, tanto nacional como internacional, no da tampoco muestra de que se acepte en la actualidad la posibilidad de juzgar la corrupción transnacional como un crimen internacional, o de que pueda aplicarse a la misma el principio de jurisdicción universal. Además, la Comisión de Derecho Internacional tampoco ha abordado esta cuestión hasta la fecha. Finalmente, existe también el problema presentado por el régimen jurídico internacional de las inmunidades, puesto que una buena parte de los autores de delitos de corrupción son (altos) funcionarios estatales.

A todo esto hay que añadir que, actualmente, el principio de jurisdicción universal encuentra numerosos opositores, lo que ha hecho que se haya restringido significativamente el ámbito de su aplicación. Por ello, para los mencionados autores, es poco probable que en los años venideros se vea un desarrollo favorable de este principio en cualquier materia, mucho menos en el ámbito de la corrupción transnacional, al involucrar la misma a las altas esferas del poder público; si bien es cierto que, si de lo que se trata es de perseguir exclusivamente la corrupción asociada al COT, y en particular a los dirigentes de las organizaciones criminales que incurren en la misma, quizá la respuesta no sea tan evidente.

5.2. Las comisiones y misiones de apoyo internacionales

Como Olasolo & Freydel (capítulo 8) señalan, las comisiones y misiones de apoyo internacionales (como la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CIGIC), la Misión de Apoyo contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras (MACCIH) y Comisión Internacional contra la Impunidad en El Salvador (CICIES)), establecidas para apoyar las actuaciones realizadas por las jurisdicciones nacionales, presentan ciertas fortalezas y debilidades a la hora de abordar el fenómeno de la corrupción transnacional frente a lo que pueden ofrecer: (a) los sistemas de justicia nacionales por sí mismos considerados; y (b) los TPIs y los THs.

En relación con los primeros, las comisiones y misiones de apoyo internacionales presentan las siguientes fortalezas:

1. Parecen contar con un amplio apoyo popular, puesto que la sociedad civil las ve como una herramienta central frente a una justicia nacional percibida como completamente cooptada por las maquinarias políticas de la corrupción (las encuestas de opinión realizadas en Guatemala, Honduras y El Salvador muestran como la CIGIC, la MACCIH y la CICIES mantuvieron en todo momento un apoyo de entre el 75% y el 95% de la población, el cual es muy superior al de cualquier otra institución a nivel nacional y supuso que la sociedad civil se movilizase para protegerlas cuando se vieron amenazadas por la política nacional).

2. La naturaleza internacional de las comisiones y misiones de apoyo potencia su capacidad de buscar apoyo ante los principales actores de la sociedad internacional (especialmente, Estados y organizaciones internacionales con capacidad para ejercer presión sobre los gobiernos de los países donde actúan, y para aprobar una financiación al margen del presupuesto general de dichos países que les permita sostenerse sin depender de los mismos), lo que supone una ventaja muy significativa frente a los sistemas de justicia nacionales.
3. La naturaleza internacional de las comisiones y misiones de apoyo les permite promover una cierta distancia entre los operadores judiciales y el sistema político nacional, cuyas estrechas relaciones constituyen uno de los obstáculos más importantes para la eficacia de las estrategias anticorrupción (al estar conformadas, en gran medida, por personal y financiación externa, se evita su cooptación por los gobiernos nacionales de los países afectados).
4. Como no se encuentran tan vinculadas a los sistemas jurídicos y políticos de los Estados donde operan, las comisiones y misiones de apoyo tienen también una mayor legitimación para:
(a) promover nuevas instancias y formas de cooperación para superar los obstáculos a las estrategias anticorrupción; (b) presentar recomendaciones de nuevas políticas públicas y reformas institucionales; y (c) coordinar el diseño e implementación de dichas políticas con las instituciones nacionales.

Las comisiones y misiones de apoyo internacionales presentan, sin embargo, ciertas debilidades en relación con los sistemas de justicia nacionales como mecanismos de respuesta ante la corrupción transnacional, entre las que cabe destacar las siguientes:

1. A pesar de la independencia presupuestaria y operacional de la que pueden disfrutar según los acuerdos que las crean, siguen siendo completamente dependientes de la voluntad soberana de los Estados al momento de su establecimiento y de su disolución (con independencia de que se deba a la falta de la cooperación y/o financiación acordada, o a la ausencia de acuerdo para prorrogar su mandato; razón última del cierre de

la CIGIC y la MACCIH). Incluso la denuncia del acuerdo de creación puede terminar de forma súbita con la mismas, como ocurrió con la CICIÉS en El Salvador. Por ello, las comisiones y misiones de apoyo operan en un contexto de provisionalidad y gran vulnerabilidad, donde investigar a los miembros de los gobiernos de turno se convierte con frecuencia en algo peligroso para la continuidad de su existencia (esto, a pesar de que, en teoría, una de sus principales fortalezas es su independencia de las entidades gubernamentales).

2. Las facultades que les atribuyen los gobiernos nacionales pueden variar notablemente (tanto al momento de su creación como a lo largo de su mandato), por lo que no son necesariamente una garantía de lucha anticorrupción eficaz (la CIGIC ha disfrutado de amplias facultades de investigación y participación procesal, que no han sido compartidas ni por la MACCIH, ni por la CICIÉS). En consecuencia, asumir que todas las comisiones y misiones de apoyo van a tener un mismo potencial de lucha contra la corrupción es una conclusión errónea. Además, al depender en todo momento de las competencias les atribuyen los Estados anfitriones, es probable que aquellos gobiernos nacionales que no estén genuinamente interesados en la lucha anticorrupción les vayan a otorgar facultades insuficientes (este riesgo es importante porque una de las herramientas más eficaces del COT es la cooptación de las estructuras gubernamentales para facilitar sus acciones criminales y garantizar su impunidad).
3. La propia finalidad de las comisiones y misiones de apoyo no queda clara en muchos casos, lo que, si bien ocasionalmente puede ser un beneficio, acaba normalmente teniendo un impacto negativo en sus actuaciones. Así, mientras la CIGIC se benefició de esta situación porque, si bien inició sus actuaciones como una entidad dedicada a la persecución de los grupos delincuenciales organizados vinculados al conflicto armado (CIACS), con el paso del tiempo fue extendiendo sus competencias para convertirse en una herramienta indispensable en la lucha anticorrupción en Guatemala, la CICIÉS y la MACCIH representan el caso contrario. Esto se debe a que, a pesar de

tener un amplio mandato, no disfrutaron nunca de las facultades y presupuesto necesarios para convertirse en una garantía contra la corrupción y la impunidad en los países en los que respectivamente operaron (además, las limitaciones impuestas por las autoridades hondureñas y salvadoreñas al personal que provenía de terceros Estados condenaron a estas comisiones a la irrelevancia).

Las comisiones y misiones de apoyo internacionales presentan también toda una serie de fortalezas y debilidades frente a lo ofrecido por los TIPs y los THs a la hora de responder a la corrupción transnacional. Entre las primeras destacan las siguientes:

1. Su mandato puede tener expresamente una naturaleza anticorrupción, lo que no es normalmente el caso con los TIPs y los THs.
2. Son mucho más prolíficas en sus procedimientos e investigaciones que la gran mayoría de los TIPs y los THs, que por lo general limitan sus actuaciones a un pequeño grupo de máximos responsables en las distintas situaciones de las que conocen (esto se produce incluso en los casos en los que las comisiones y misiones de apoyo no han podido ser verdaderamente efectivas para abordar las prácticas corruptas).
3. Favorecen la implementación de estrategias multidimensionales para luchar contra la corrupción transnacional, debido a las facultades que generalmente les son atribuidas para formular recomendaciones de reformas legislativas, diseñar programas de entrenamiento de agentes estatales y no estatales, y fomentar la adopción de medidas para fortalecer la independencia judicial y el estado de derecho.
4. Realizan sus actuaciones de manera mucho más cercana a las poblaciones nacionales afectadas, con quienes tienen muchas más posibilidades de interactuar que los TIPs y los THs (sus facultades para entrar en diálogo y fomentar la concienciación de la población sobre los distintos tipos de prácticas corruptas y los daños que generan constituyen una parte importante de sus estrategias anticorrupción). Esto les permite recurrir a la sociedad civil y a la opinión pública como aliados para superar

las resistencias institucionales a sus actuaciones (lo que en momentos especialmente críticos puede promover importantes movilizaciones sociales en su favor).

5. Operan con un presupuesto significativamente más limitado que el que es necesario para hacer operativos a los TIPs y a los THs (la CIGIC operó, por ejemplo, con un coste aproximado de 1,5 millones de dólares anuales, lo que supone la mitad del gasto anual de las SETC, un tercio en relación con el TESL y cincuenta veces menos que el TPIY, el TPIR y la CPI).

Sin embargo, las comisiones y misiones de apoyo presentan también ciertas debilidades frente a los TIPs y los THs, entre las que han de mencionarse las siguientes:

1. El ejercicio de las facultades que se les atribuyen depende en todo momento del Estado anfitrión (los casos de la MACCIH y la CICLES demuestran como el Estado anfitrión, a pesar de haber firmado acuerdos con organizaciones internacionales para su establecimiento, conserva en última instancia la capacidad de obstaculizar sus actuaciones, pudiendo incluso privarlas *de facto* de sus facultades de investigación).
2. La necesidad de que el Estado anfitrión acceda a renovar periódicamente su mandato y facultades las coloca en una situación de gran vulnerabilidad, y supone un obstáculo importante para investigar los casos de infiltración del COT en las instituciones estatales, sobre todo si afecta, como hemos visto en los casos de la CIGIG y la MACCIH, a las más altas autoridades del Estado (el nivel de dependencia real de las comisiones y misiones de apoyo de los gobiernos de turno en los Estados anfitriones es mucho mayor de lo que sucede en relación con los TIPs, si bien en el caso de los THs el nivel de injerencia de los gobiernos de los Estados afectados puede ser también muy importante, como lo refleja la situación en las SETC)⁶.

⁶ El caso de la CIGIC, que, tras disfrutar inicialmente de facultades suficientes para garantizar el cumplimiento de su mandato, fue desmantelada en apenas dos años, deshaciendo más de una década de colaboración con las instituciones guatemaltecas, a raíz de las investigaciones iniciadas en 2017

3. El hecho de que su financiación dependa, al menos en parte, del Estado anfitrión refuerza su dependencia, problema que, si bien no existe en los TIPs, se ha observado también en algunos THs, como el TEL (cuyo funcionamiento ha tenido que suspenderse por el incumplimiento del Estado anfitrión con sus obligaciones financieras). Como muestran los casos de la CIGIC y la MACCIH, las donaciones voluntarias de terceros Estados y organizaciones internacionales son imprescindibles, lo que coloca a este tipo de comisiones y misiones de apoyo en una situación de constante provisionalidad y precariedad, que, con el paso del tiempo, se hace cada vez más difícil, y las hace muy vulnerables a los cambios de gobierno en los países donantes (como le sucedió a la CIGIC con la llegada de Donald Trump al poder en los EE.UU).
4. Como refleja la relación entre la Organización de Estados Americanos (OEA) por un lado, y la MACCIH y la CICIÉS por otro, la interacción entre las organizaciones internacionales que firman con los gobiernos de los Estados anfitriones los acuerdos de creación de las comisiones y misiones de apoyo puede estar plagada de desencuentros, sobre todo respecto a cuestiones presupuestarias (sobre todo si los Estados anfitriones no cumplen con su compromiso de financiación) y a las modalidades de cooperación (si estas no se encuentran adecuadamente regladas).

6. REFLEXIÓN FINAL: LA RECOMENDACIÓN DE LA ADOPCIÓN DE UNA ESTRATEGIA DE TRES PASOS

A la luz de lo anterior, se puede afirmar que no todos los mecanismos de aplicación del DIP se encuentran actualmente en condiciones de realizar una cierta contribución a abordar algunas de las manifestaciones más graves del fenómeno de la corrupción transnacional, como las desarrolladas de manera sistemática y/o generalizada a tra-

contra el entorno del entonces presidente Jimmy Morales, es un buen ejemplo de esta situación.

vés de redes articuladas que operan al más alto nivel en los sectores público, privado y al margen de la ley. Ejemplo de ello, es el principio de jurisdicción universal, a no ser que solo se recurra al mismo para hacer frente a las prácticas de corrupción transnacional asociadas al COT (especialmente, con el fin de castigar a los principales dirigentes de las organizaciones criminales que las promueven).

Otros mecanismos de aplicación del DIP, como los THs, que podrían, en principio, encontrarse disponibles para contribuir al abordaje de la corrupción transnacional, presentan, sin embargo, importantes problemas de falta de independencia, imparcialidad, financiación y cooperación estatal (al limitarse las obligaciones de cooperación a un solo Estado), que es probable que puedan afectar su eficacia en la lucha contra la corrupción transnacional, especialmente en relación con los prácticas fomentadas por altos representantes estatales y dirigentes del ámbito privado. Potenciar su componente internacional es ciertamente el mejor antídoto frente a estos problemas, si bien los Estados afectados se resisten en ocasiones a la implementación de este tipo de soluciones.

Este mismo tipo de problemas pueden vislumbrarse en relación con las comisiones y misiones de apoyo internacionales, si bien las variadas competencias de estas últimas en materia de reforma institucional y políticas públicas, les ha permitido evitar centrar sus actuaciones en el apoyo a la investigación y enjuiciamiento de los máximos responsables de las prácticas corruptas transnacionales, para dar una mayor relevancia a la reconfiguración institucional y la reformas legislativas. Además, su mayor cercanía e interacción con amplios sectores de la población de los países sedes les ha permitido obtener un amplio respaldo popular, que, en momentos de dificultad, se ha traducido en múltiples expresiones públicas de apoyo. Sin embargo, ni tan siquiera en estos casos se ha podido evitar su desmantelamiento cuando las los más altos representantes del Estado se han visto amenazados por sus actuaciones y la presión externa para que continuaran permitiendo sus operaciones se ha visto, a su vez, reducida con el paso del tiempo.

Existe, así mismo, un amplio abanico de mecanismos de aplicación del DIP que, o se encuentran todavía en una etapa muy incipiente de su proceso de creación (este es el caso de las propuestas de

creación de un TIP contra la corrupción de carácter permanente y ámbito universal, o de la iniciativa por una COPLA, también de naturaleza permanente, que opere exclusivamente en el ámbito regional de América Latina y el Caribe), o no han entrado aún en vigor por falta de las necesarias ratificaciones estatales (como la Sala Especializada en DIP de la CAJDH, establecida en 2014 por el Protocolo de Malabo, que, diez años después, aún no ha sido ratificado por ningún Estado miembro de la Unión Africana) —todo ello, al margen de los problemas operativos que puedan encontrar el día que entren en funcionamiento, debido, por ejemplo, a la gran extensión con la que han sido redactadas ciertas cláusulas de inmunidades, como la recogida en el art. 46A bis del Protocolo de Malabo.

Si a esto unimos que, desde 1994, el CSNU no ha vuelto a crear ningún otro TIP de ámbito universal (incluso a pesar de que, como hemos visto, sus sistemas de cooperación internacional basados en un modelo vertical de primacía entre los TPIs y los Estados parte de la ONU, parecen ser notablemente más efectivos que los modelos de cooperación horizontal, como el previsto en el ECPI), pareciera que, al menos en el corto plazo, el principal mecanismo de aplicación del DIP que pueda ser utilizado para contribuir al abordaje de la corrupción transnacional, es la CPI (a pesar de su naturaleza complementaria de las jurisdicciones nacionales y de su “débil” sistema de cooperación internacional recogido en los arts. 86 et seq. del ECPI.). Sin embargo, incluso esta última opción está lejos de llegar a ser pacífica, sobre todo a la luz de la escasa eficacia mostrada hasta el momento por la CPI para investigar, enjuiciar y sancionar a los máximos responsables de los crímenes internacionales centrales (sobre todo cuando se trata de los más altos representantes del Estado).

En última instancia, esta situación no hace sino reflejar, por un lado, las limitaciones a las que actualmente se enfrentan los distintos mecanismos de aplicación del DIP, y por otro lado, el hecho de que hasta muy recientemente no se ha planteado la posibilidad real de que dichos mecanismos, o al menos una parte de los mismos, puedan ser incorporados a una estrategia anticorrupción más amplia. Por ello, el primer paso en esta dirección es generar conciencia de que, si bien los crímenes internacionales centrales y las manifestaciones más graves de la corrupción transnacional, no comparten la misma na-

turalidad, esto no significa que no sea posible, e incluso conveniente, extender la estrategia anticorrupción para incluir algunos de estos mecanismos en la lucha contra las manifestaciones más graves de la corrupción transnacional. Además, como segundo paso, es necesario que se siga profundizando en un mayor nivel de análisis con respecto a las medidas concretas disponibles para minimizar el impacto de los problemas identificados, tanto en lo relativo al alcance de sus actuaciones, como a la manera de garantizar la cooperación internacional necesaria para que puedan tener la capacidad de llevarlas a cabo con un mínimo nivel de eficacia. Finalmente, se recomienda dar un tercer y definitivo paso adelante consistente en incorporar los resultados alcanzados en esta materia en el diseño de las nuevas estrategias de lucha contra la corrupción transnacional.



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/

978-84-1056-423-7



9 788410 564237



tirant
lo blanch

**PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA**

