

HÉCTOR OLASOLO

Director Académico

FEDERICO FREYDELL MESA

SOFÍA LINARES BOTERO

ANA MARÍA MARTÍNEZ AGUDELO

GABRIELA VELÁSQUEZ MEDINA

Coordinadores

17

RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

PARTE II

Cuestiones sustantivas y procesales



tirant
lo blanch

**PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA**

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

PARTE II

Cuestiones sustantivas y procesales

Volumen 17

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 II

Cuestiones sustantivas y procesales

Volumen 17

Director Académico

HÉCTOR OLASOLO

Coordinadores

FEDERICO FREYDELL MESA

SOFÍA LINARES BOTERO

ANA MARÍA MARTÍNEZ AGUDELO

GABRIELA VELÁSQUEZ MEDINA



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

© VV.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: 978-84-1056-424-4
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), 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	15
Coordinadores	16
Autores	19
Abreviaturas	25
Prólogo	31
<i>Olga Herrera Carbuccia</i> (República Dominicana) Magistrada de la Corte Penal Internacional (2012-2021)	
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	39
<i>Héctor Olasolo</i> (España/Colombia)	
Capítulo 1. Formas de autoría y participación. Especial atención a los máximos responsables	59
<i>Wendy Pena González</i> <i>Ana Pérez Cepeda</i>	
Capítulo 2. La responsabilidad de los superiores militares y civiles por delitos cometidos por sus subordinados.....	95
<i>Joana Loyo Cabezudo</i> <i>Jorge Rodríguez Rodríguez</i>	
Capítulo 3. Verso l'istituzione della responsabilità internazionale delle persone giuridiche nel diritto penale internazionale	129
<i>Paolo Caroli</i> <i>Alice Giannini</i>	
Capítulo 4. Los programas de incentivos para alertar o denunciar y los programas de protección de denunciantes, informantes y testigos	173
<i>Yamila Rodríguez</i> <i>Magali Bobbio</i>	

Capítulo 5. Plea agreements.....	251
<i>Tatiana Bachvarova</i>	
<i>Meritxell Regué</i>	
<i>Mirka Fries</i>	
Capítulo 6. La prescripción como impedimento procesal al enjuiciamiento.....	313
<i>María José Rodríguez Puerta</i>	
Capítulo 7. La inmunidad internacional como impedimento procesal al enjuiciamiento	365
<i>Claudia Jiménez Cortés</i>	
Capítulo 8. Conclusiones y recomendaciones	413
<i>Héctor Olasolo</i>	

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, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en DI, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANI-DIP) 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>.

Sofía Linares Botero (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>.

Ana María Martínez Agudelo (Colombia)

Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia) con profundización en Derecho Ambiental. Estudiante de la Especialización en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario. 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).

Gabriela Velásquez Medina (Colombia)

Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia). Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Externado (Colombia). 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).

Autores

Bachvarova, Tatiana (Bulgaria)

PhD. Abogada Litigante de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional; Red Europea de Formación Judicial e Instituto Nacional de Justicia de Bulgaria. Se ha desempeñado en el pasado como Jueza del Tribunal de Distrito de Sofía; Letrada del Tribunal Especial para el Líbano; Consultora Jurídica de las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya.

Bobbio, Magali (Argentina)

Abogada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina con especialidad en Derecho Penal. También cuenta con una maestría (con honores) en “Crímenes Internacionales y Criminología” de la Universidad Vrij, Ámsterdam, Países Bajos. Trabajó durante más de 7 años en varios tribunales orales de Buenos Aires brindando asesoría legal a jueces del poder judicial argentino. En la Corte Penal Internacional ocupó diversos puestos tanto en la Fiscalía como en las Salas. Luego de haber trabajado más de 8 años como asesora jurídica en la Sala de Apelaciones, actualmente trabaja como letrada en la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, brindando asesoramiento legal a los jueces de la sala. Ha participado en varias conferencias en diferentes países, tanto en español como en inglés, y ha publicado varios trabajos académicos sobre diversos temas relacionados con el DIP.

Caroli, Paolo (Italia)

Profesor Ayudante Doctor (RTDB) de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín, Italia. Anteriormente, fue fellow de la Fundación Alexander von Humboldt en la Facultad de Derecho de la Universidad de Hamburgo y en la Universidad Humboldt de Berlín (Cátedra del Prof. Dr. Florian Jeßberger), Profesor Contratado en la Universidad de Trento e

Investigador Postdoctoral en la Universidad de Bolonia dentro del proyecto M.E.L.A. Tiene un doctorado cum laude en derecho penal (2017) de la Universidad de Trento y su tesis doctoral (supervisor Prof. Dra. Emanuela Fronza) fue galardonada con premios académicos en 2017, 2020 y 2021. Es autor de las monografías *Transitional Justice in Italy and the Crimes of Fascism and Nazism* (Routledge 2022), *Il potere di non punire. Uno Studio sull'Amnistia Togliatti* (Esi 2020) y de varios artículos académicos y capítulos de libros en inglés, alemán, español, portugués, italiano. Fue invitado a presentar la experiencia italiana de justicia transicional en varias conferencias académicas en varios países europeos y en los Estados Unidos. Es alumno del ECCHR de Berlín.

Fries, Mirka (Alemania)

Profesional del derecho con experiencia en derecho internacional, derechos humanos y justicia penal. Tiene un LL.B. en Derecho Alemán e Internacional de universidades de renombre en Alemania, así como un LL.M. en derecho penal internacional y derechos humanos de la Universidad de Ámsterdam y la Facultad de Derecho de Columbia. Ha trabajado en la Corte Penal Internacional y organizaciones de la sociedad civil, centrándose en los derechos de los niños, la violencia sexual y los refugiados. Participó en el “Mercator Fellowship” en asuntos internacionales, investigando el reclutamiento y uso de niños soldados en Uganda. Trabajó como “Bertha Fellow” en el Centro Europeo para los Derechos Constitucionales y Humanos en los Departamentos de Negocios y Derechos Humanos y Crimen Internacional y Responsabilidad. Actualmente, es investigadora doctoral en la Universidad Friedrich-Alexander Erlangen-Nuremberg y forma parte del Programa de Doctorado Internacional sobre Negocios y Derechos Humanos de la universidad.

Giannini, Alice (Italia)

Doctoranda en Derecho Penal por la Universidad de Florencia y la Universidad de Maastricht. Su investigación se centra en el

comportamiento delictivo y la responsabilidad de los sistemas de inteligencia artificial. Antes de doctorarse, estudió Derecho en la Universidad de Bolonia. Es abogada penalista y miembro de Strali, ONG que se dedica al litigio estratégico a escala nacional e internacional. Ha sido investigadora visitante de corta duración en la UC Hastings, California. Sus áreas de especialización son el derecho penal comparado e internacional, el derecho penal y las nuevas tecnologías, y la detención y los derechos de los reclusos.

Jiménez Cortés, Claudia Cristina (España)

Desde 1997, profesora Titular de Universidad, especialidad en Derecho Internacional Público en la Universidad Autónoma de Barcelona. Magíster en International Human Rights Law por el Human Rights Centre de la Universidad de Essex (Reino Unido) en 1990; magíster en Estudios Europeos por el Instituto de Estudios Europeos de la UAB, 1993 y doctora cum laude por unanimidad en Derecho por la UAB, 1995. A nivel investigativo, destacan su monografía “GATT, WTO and the regulation of international trade in textiles” (Ashgate/Darhmouth, 2018) y sus últimas publicaciones relativas a “La desnaturalización de la zona SAR en el Mediterráneo Central: de pieza clave para salvar vidas a instrumento contra los derechos humanos” (Revista Española de Derecho Internacional, vol. 74 (2022), núm. 2, pp.245-270) y “Las víctimas de trata y tráfico en Libia: Una oportunidad que la Corte Penal Internacional no debe dejar pasar” (en Salinas, A. & Petit, E. (coords.) *La Corte Penal Internacional 20 años después*, Tirant lo Blanch, 2021). ORCID: 0000-0001-6782-0044.

Loyo Cabezudo, Joana (España)

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

Olasolo, Héctor (Colombia/España)

Ver sección de director académico.

Pena González, Wendy (España)

Doctoranda en Derecho penal en la Universidad de Salamanca e investigadora visitante Fulbright en la University of Pennsylvania. Es graduada en Derecho y graduada en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad Autónoma de Madrid y Máster en Derecho penal y política criminal en la Universidad de Salamanca (con premio extraordinario). Ha impartido clases en Introducción al Derecho penal, Teoría jurídica del delito y Criminal Policy, y ha publicado un libro y artículos en revistas académicas de impacto en el área del Derecho. Ha realizado presentaciones en congresos nacionales e internacionales. Ha recibido el primer premio en el Certamen de Estudios Críticos sobre Justicia del Instituto Iberoamericano de La Haya (2021). Sus líneas de investigación son el terrorismo, los delitos de expresión y la proporcionalidad en el derecho penal.

Pérez Cepeda, Ana (España)

Catedrática en Derecho penal en la Universidad de Salamanca desde 2016. Es doctora por la misma universidad desde 1997. Fue profesora Titular de Derecho Penal en la Universidad de La Rioja (1999-2009) y Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de La Rioja de (2000- 2002). Ha realizado estancias de investigación en la Universidad de Ámsterdam (Holanda), Instituto de Criminología y Derecho Penal económico en Friburgo (Alemania), Universidad de Bolonia (Italia), Universidad de Birkbeck (UK) y Universidad de Catania (Italia). Ha impartido conferencias y cursos en diversas universidades de Europa, Latinoamérica y españolas. Sus líneas de investigación se centran en el Derecho penal e inmigración, Derecho penal económico, la responsabilidad penal de abogados y procuradores, el terrorismo, la política-criminal en la sociedad postmoderna, y Derecho penal europeo e internacional. Ha dirigido proyectos de investigación sobre el principio de justicia universal, la delincuencia transnacional, el terrorismo y la aporofobia. Tiene 7 monografías publicadas y más de 50 capítulos de libro y artículos en revistas nacionales e internacionales, en español e inglés.

Regué, Meritxell (España)

Fiscal delante de la sala de apelaciones y miembro de la sección de coordinación legal de la fiscalía. Ha trabajado en la fiscalía de la CPI desde 2009 hasta el presente participando y contribuyendo en casi todas las situaciones y casos de la Corte. Ha trabajado en la sección de justicia criminal del Centro Internacional para Justicia Transicional. En tal capacidad, ha dado soporte legal a diversas jurisdicciones nacionales para reforzar su capacidad para investigar y juzgar crímenes internacionales. Con anterioridad ha sido fiscal en el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia donde participó en los casos de Mrksic et al. y Boskoski & Tarculovski. Participa regularmente en cursos de capacitación y ponencias a nivel internacional en el campo del derecho internacional. También ha publicado de forma regular en el mismo tema, así como en el tema de reparaciones.

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.

Rodríguez, Yamila (Argentina)

Abogada (Universidad de Buenos Aires), Máster en Derecho (Universidad de Palermo), especialista en Derechos Humanos y Derecho Constitucional (Universidad de Palermo), especialista en Justicia Juvenil y Derechos del Niño (Universidad de Buenos

Aires) y diplomada en Derechos Humanos (Abo Akademi). Actualmente es candidata a Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires y se desempeña con funcionaria en el sistema de justicia federal argentino.

Rodríguez Puerta, María José (España)

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB). Desde 2001 Profesora Titular de Derecho penal en la Universitat Autònoma de Barcelona. Doctora Cum Laude en Derecho por la Universidad de Barcelona (UB, Sección Lleida) con la tesis titulada “El delito de cohechos: análisis dogmático y político criminal” en 1997, que fue posteriormente publicada por la Editorial Aranzadi. Se ha ocupado, fundamentalmente, de los delitos contra la Administración Pública, y, en particular, de las conductas vinculadas a la corrupción. Esta línea de investigación ha presidido la mayor parte de su trayectoria, plasmándose tanto en publicaciones como en la dirección de trabajos de investigación. Se ha ocupado también de otras cuestiones con el Derecho Penitenciario, la Victimología, la delincuencia económica, las sanciones, la responsabilidad penal de los partidos políticos y, más recientemente, de la justicia restaurativa y su posible implementación en delitos económico, aquellos cuyas víctimas son colectivas y/o difusas. La mayor parte de sus publicaciones se anudan a proyectos de investigación nacionales e internacionales. De entre sus publicaciones destaca su participación, desde la primera edición, en los Comentarios al Código penal, dirigidos por el Prof. Quintero Olivares y Prof. Fermín Morales Prats. Además, desde 2004 es secretaria de la Revista Derecho y Proceso Penal de la Editorial Thomson- Reuter-Aranzadi.

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
TIPs/TPIs	Tribunales Internacionales Penales
TMI	Tribunal Militar Internacional

TMILO	Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente
TPIs/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 inglés

ECCC	Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia
ICC	International Criminal Court
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
IMT	International Military Tribunal of Nuremberg
KSC	Kosovo Specialist Chambers
SCSL	Special Court for Sierra Leone
STL	Special Tribunal for Lebanon
TC	Trial Chamber
TOC	Transnational Organized Crime

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

La corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad —civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales—, así como al derecho al desarrollo, debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad¹. Hemos iniciado este prólogo con una reflexión sobre la corrupción realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la cual destaca además “la relevancia de la cooperación entre los sistemas de justicia de los Estados, con miras a enfrentar un fenómeno transnacional, tales como el intercambio de información, la creación de unidades de investigación multilaterales que pudiesen fomentar una unidad probatoria y una política coordinada de identificación de flujos de activos destinados a corrupción, y de recuperación de activos”².

Este análisis de la CIDH nos muestra la preocupación existente con relación a la lucha contra la corrupción. A lo que hay que añadir que, a pesar de todos los instrumentos internacionales tanto universales y regionales adoptados en las últimas décadas con el objetivo de luchar contra la corrupción, el índice de percepción de la corrupción 2022 de Transparencia Internacional indica que no se ha avanzado mucho en la lucha contra la misma³.

Al respecto, es importante señalar que, aunque la lucha contra la corrupción sea responsabilidad estatal, la doctrina e investigación jurídica pueden ayudar a definir la mejor estrategia jurídica para combatir este flagelo. De esta manera, la presente obra colectiva, titulada “Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal II: cuestiones sustantivas y procesales”, continúa, bajo la dirección académica del Profesor Héctor Olasolo y la coordinación

¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*. Párr. 25.

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Resolución 1/18. Corrupción y Derechos Humanos*. 2 de marzo de 2018.

³ Transparency International (2023). *Corruption Perceptions Index 2022*.

de Sofia Linares Botero, Ana María Martínez Agudelo y Gabriela Velásquez Medina, la investigación desarrollada en el volumen anterior sobre “Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal I: mecanismos de aplicación y cooperación internacional” (Olasolo (dir.), Freydell Mesa & Sánchez Sarmiento (coords.), 2023).

Como se señala en las conclusiones a este último volumen, la situación actual no hace sino reflejar, por un lado, las limitaciones enfrentadas por los distintos mecanismos de aplicación del derecho internacional penal (DIP), y por otro lado, la ausencia hasta muy recientemente de un planteamiento serio sobre la posibilidad real de que dichos mecanismos, o al menos una parte de los mismos, puedan ser incorporados a una estrategia anticorrupción más amplia para hacer frente a las manifestaciones más graves de la corrupción transnacional (incluyendo las asociadas al crimen organizado transnacional (COT)).

Es por ello que, de acuerdo a los autores, es necesario adoptar una estrategia diseñada en torno a los tres siguientes elementos: (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 el análisis sobre las medidas concretas disponibles para minimizar el impacto en su eficacia de los problemas que pueden aparecer si se recurre a dichos mecanismos con este propósito; y (c) incorporar los resultados alcanzados en el diseño de las nuevas estrategias de lucha contra la corrupción transnacional.

La obra colectiva aquí presentada se enmarca dentro del segundo elemento, y se dirige a responder a la pregunta de investigación relativa a si los mecanismos de aplicación del DIP pueden, y de qué manera, contribuir a abordar el fenómeno de la corrupción transnacional, a la luz de la forma en que el DIP aborda toda una serie de cuestiones sustantivas y procesales particularmente relevantes a estos efectos.

Con este fin, un grupo de especialistas de diferentes nacionalidades y gran trayectoria académica y profesional, abordan dichas

cuestiones, entre las que destacan las relativas a las formas de autoría y participación (con especial atención a la autoría y la coautoría mediatas en relación con los máximos responsables de crímenes internacionales), la responsabilidad de los superiores militares y civiles por delitos cometidos por sus subordinados, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los programas de incentivos para alertar o denunciar, los programas de protección de denunciantes, informantes y testigos, los acuerdos de aceptación de responsabilidad entre la Fiscalía y la Defensa (*plea agreements*) y la prescripción y la inmunidad internacional como posibles impedimentos procesales al enjuiciamiento.

Llegados a este punto, es importante tener en cuenta que, al referirnos a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional (como señala el preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI)), se tiende a identificar el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y la agresión; razón por la cual el DIP y la justicia internacional penal se han enfocado en una estructura jurídica con el fin de investigar y juzgar estos crímenes. Sin embargo, el catálogo de crímenes recogidos en las convenciones internacionales es mucho más extenso. Así, el profesor M. Cherif Bassiouni ha identificado a este respecto 281 convenciones internacionales que recogen hasta veintisiete tipos de crímenes, entre los que se incluyen el tráfico ilegal de drogas y crímenes conexos, la criminalidad organizada y el soborno de funcionarios extranjeros⁴, los cuales se encuentran vinculados con la corrupción transnacional (en particular, el soborno, tanto público como privado, de carácter nacional o internacional).

En este contexto, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) aprobada el 15 de noviembre de 2000, plantea la relación entre la delincuencia organizada y la corrupción, solicitando a los Estados Parte a adoptar medidas de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos. De manera que frente a

⁴ Bassiouni, M.C. (2013). *Introduction to International Criminal Law*. Second Revised Edition. 2013. Pp. 143-145.

la corrupción transnacional y su vinculación con la delincuencia organizada, los Estados deben aunar esfuerzos para adoptar un marco jurídico adecuado para investigar, juzgar y sancionar a los culpables.

Como resultado, en los últimos años muchos países latinoamericanos han iniciado una lucha contra la impunidad para sancionar los actos de corrupción cometidos en el ejercicio del poder público. Así mismo, en esta obra se mencionan dos iniciativas de tribunales internacionales penales de ámbito regional que podrían ejercer también su jurisdicción sobre la corrupción transnacional: el Protocolo de Malabo (2014) que prevé la creación de una Sección Especializada en DIP dentro de la jurisdicción de la Corte Africana de Derechos Humanos y Justicia (CADHJ) y el proyecto para el establecimiento de una Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Transnacional Organizado (COPLA). Sin embargo, el caso Odebrecht, cuyo impacto se ha extendido a múltiples países en tres continentes⁵, revela que se sigue necesitando más que nunca un sistema de justicia efectivo para enfrentar la corrupción transnacional.

Ante esta situación, y si bien el procedimiento puede ser un poco complejo, la base jurídica que proporcionan las convenciones internacionales sobre la corrupción puede permitir un cierto avance hacia una normativa eficaz sobre las cuestiones básicas de la responsabilidad y la culpabilidad, así como en lo relativo a la regulación de las cuestiones procesales, siempre que los Estados tengan la voluntad política y responsabilidad necesarias.

Además, es en todo caso necesario tener en cuenta los siguientes tres aspectos. En primer lugar, que en la investigación y enjuiciamiento de los presuntos culpables se debe adoptar un marco normativo que respete las garantías del debido proceso, puesto que, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIHD), ha afirmado:

⁵ Fronza, E. & Insolera, P. (2021). "El Caso Odebrecht". En Olasolo, H., Buitrago Díaz, E. & Mané Granados, C.S. & Sánchez Sarmiento, A. (coords.) (2021). Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia. Vol. 12. Tirant lo blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores: Valencia (España). Pp. 44.

La sana lucha contra la corrupción y la deseable persecución de los delitos contra la administración pública, no es admisible que se perviertan desviándose en un recurso lesivo a la democracia, mediante el sometimiento a una indefinida situación procesal incierta a personas políticamente activas, con el resultado de excluirlas de la lucha política democrática. El propio objetivo de combatir la corrupción, ante situaciones susceptibles de convertir el celo por la transparencia en el manejo de la cosa pública en un instrumento antidemocrático, exige que se extreme el cuidado e inclusive se abrevie el término que usualmente se considera tiempo razonable del proceso, en defensa de la salud democrática de todo Estado de Derecho⁶.

En segundo lugar, la importancia de establecer medidas concretas sobre la identificación, la localización, y el embargo preventivo o la incautación de bienes con miras a su eventual decomiso, porque, como la propia CtIDH ha subrayado, la corrupción impacta los grupos vulnerables y afecta los derechos humanos, lesionando a la ciudadanía y menoscabando los valores morales de una sociedad⁷.

En tercer lugar, la necesidad de establecer la responsabilidad internacional penal de las personas jurídicas que obtienen importantes beneficios mediante prácticas corruptas. Así, considerando que el principio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es admitido por casi toda la doctrina y reconocido en numerosas legislaciones nacionales, su reconocimiento en el DIP ayudaría a combatir la corrupción transnacional.

En cuanto a la estructura de la obra, esta se divide en siete capítulos principales, y uno de conclusiones y recomendaciones, a través de los cuales se abordan las siguientes cuestiones sustantivas y procesales, que son particularmente relevantes a los efectos de contestar la pregunta de investigación arriba mencionada:

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. *Sentencia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Serie C. No. 330. 1 de diciembre de 2016. Párr.178

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. *Sentencia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Serie C. No. 3512. 9 de marzo de 2018. Párr. 241.

1. Las formas de autoría y participación, con especial atención a la autoría y la coautoría mediatas en relación con los máximos responsables de crímenes internacionales (analizadas por Pena González y Pérez Cepeda en el capítulo 1).
2. La responsabilidad de los superiores militares y civiles por delitos cometidos por sus subordinados (estudiada por Loyo Cabezudo y Rodríguez Rodríguez en el capítulo 2).
3. La responsabilidad penal de las personas jurídicas (abordada por Caroli & Giannini en el capítulo 3).
4. Los programas de incentivos para alertar o denunciar y de protección de denunciantes, informantes y testigos (analizados por Rodríguez y Bobbio en el capítulo 4).
5. Los acuerdos de aceptación de responsabilidad entre la Fiscalía y la Defensa (*plea agreements*) (estudiados por Bachvarova, Regué y Fries en el capítulo 5).
6. La prescripción como impedimento procesal al enjuiciamiento (abordada por Rodríguez Puerta en el capítulo 6).
7. La inmunidad internacional como impedimento procesal al enjuiciamiento (estudiada por Jiménez Cortés en el capítulo 7).

Al abordar cada una de estas cuestiones, los autores realizan un análisis comparado del marco jurídico y jurisprudencial relevante de los siguientes tribunales internacionales e híbridos: (a) la CPI; (b) los tribunales internacionales penales de ámbito universal (el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)); (c) los tribunales internacionales penales de ámbito regional arriba mencionados (la Sección Especializada en DIP de la CAJDH y la COPLA); y (d) una selección de cuatro tribunales híbridos que incluyen el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL), las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya (SETC), el Tribunal Especial para El Líbano (TEL) y las Salas Especializadas de Kosovo (SEK).

Como el director académico de la obra señala, estos últimos han sido elegidos por su relevancia para las cuestiones objeto de análisis dentro del modelo de creación de tribunales híbridos al que re-

presentan. Así, mientras el TESL y las SETC han sido creados por un Acuerdo Internacional entre el Estado afectado (Sierra Leona o Camboya) y una organización internacional de ámbito universal como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el TEL ha sido establecido a través de una resolución (la 1557 de 2007) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU), ante la negativa del Parlamento del Líbano a la ratificación del Acuerdo alcanzado para su creación entre la ONU y el gobierno libanés. Por su parte, las SEK han sido constituidas mediante las correspondientes reformas constitucionales y legislativas introducidas en la normativa interna kosovar en 2015, a raíz de la interacción entre el gobierno del Estado afectado (Kósovo) y una organización internacional de ámbito regional como la Unión Europea (el Consejo de Europa también ha jugado un papel relevante a este respecto).

La obra colectiva finaliza con el capítulo 8 sobre conclusiones y recomendaciones, que ha sido elaborado por el profesor Héctor Olasolo, en cuanto que director académico de la obra. En el mismo, se recogen de manera sintética los principales aspectos de cada uno de los capítulos y se sugiere la adopción de diecisiete recomendaciones sobre las cuestiones sustantivas y procesales abordadas. Estas últimas son presentadas comenzando por las más generales (como, por ejemplo, la revisión de la estructura principalmente retributiva del DIP con un enfoque más pluralista, que busque conciliar los aspectos retributivos, restauradores y transformadores de las demandas de justicia que se le realizan), para pasar posteriormente a aquellas que tienen contenido más concreto (este es el caso de la admisión de la imprescriptibilidad en relación con algunas clases de corrupción transnacional, sistémica, estructural y/o generalizada sobre las que puedan eventualmente ejercer jurisdicción algunos de los tribunales internacionales o híbridos estudiados).

No quisiera finalizar sin antes agradecer la invitación para presentar este prólogo y dar la enhorabuena a los autores por la importante contribución que realizan en esta obra a un tema tan relevante como el relativo a la lucha contra la corrupción transnacional y la impunidad. Felicito también al profesor Hector Olasolo por su capacidad para formar un equipo internacional de investigación con una trayectoria académica y profesional tan consolidada y un análisis

metodológico tan serio. Del mismo modo, extendiendo mi felicitación al Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Min-ciencias) y a las Universidades del Rosario (Colombia) y Pontificia Javeriana (Colombia) por haber apoyado durante los últimos tres años un proyecto de investigación de la más alta calidad como el aquí presentado, así como 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 el acierto en publicar la obra en la colección *Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*, y promover de esta manera una reflexión más profunda sobre las cuestiones abordadas en la misma.

En Los Ángeles, California (EE.UU), a 20 de agosto de 2023,

Olga Herrera Carbuccia

(República Dominicana)

Magistrada de la Corte Penal Internacional (2012-2021)

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

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

- Seminario Internacional 5: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Administrativo: <https://www.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-casos-estudios-de-colombia-y-la-amazonia-brasileña>.

nacional-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.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-17-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-internacional-de-los-espacios-maritimos.

- Seminario Internacional 18: Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional: Resultados del Programa 70593 de Minciencias y de los Proyectos 70817, 71848 y 71861: <https://www.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 1-2024-71861) titulado “sobre el modelo de simulación elaborado mediante el software NetLogo 5.0 para reflejar la dinámica social de la ciudad-puerto desde una perspectiva basada en agentes y la incidencia del fenómeno de la corrupción en el narcotráfico marítimo”

(el concepto técnico), el cual ha sido desarrollado en el marco de la colaboración mantenida con el CMCÓN 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 en 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): Universidad de Turín (Italia)

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 Maastricht (Países Bajos)
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 11 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)*

Capítulo 1

Formas de autoría y participación. Especial atención a los máximos responsables

WENDY PENA GONZÁLEZ*
ANA PÉREZ CEPEDA*

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción transnacional asociada al crimen organizado transnacional (COT) dificulta la determinación de los partícipes. Es im-

* Doctoranda en Derecho penal en la Universidad de Salamanca e investigadora visitante Fulbright en la University of Pennsylvania. Es graduada en Derecho y graduada en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad Autónoma de Madrid y Máster en Derecho penal y política criminal en la Universidad de Salamanca (con premio extraordinario). Ha impartido clases en Introducción al Derecho penal, Teoría jurídica del delito y Criminal Policy, y ha publicado un libro y artículos en revistas académicas de impacto en el área del Derecho. Ha realizado presentaciones en congresos nacionales e internacionales. Ha recibido el primer premio en el Certamen de Estudios Críticos sobre Justicia del Instituto Iberoamericano de La Haya (2021). Sus líneas de investigación son el terrorismo, los delitos de expresión y la proporcionalidad en el derecho penal.

* Catedrática en Derecho penal en la Universidad de Salamanca desde 2016. Es doctora por la misma universidad desde 1997. Fue profesora Titular de Derecho Penal en la Universidad de La Rioja (1999-2009) y Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de La Rioja de (2000- 2002). Ha realizado estancias de investigación en la Universidad de Ámsterdam (Holanda), Instituto de Criminología y Derecho Penal económico en Friburgo (Alemania), Universidad de Bolonia (Italia), Universidad de Birkbeck (UK) y Universidad de Catania (Italia). Ha impartido conferencias y cursos en diversas universidades de Europa, Latinoamérica y españolas. Sus líneas de investigación se centran en el Derecho penal e inmigración, Derecho penal

portante, por esta razón, encontrar un modelo doctrinal y axiológico de derecho internacional penal (DIP) que encaje completamente con los delitos planteados. La complejidad de las redes de corrupción públicas y privadas sitúan en las mismas una gran diversidad de intervinientes con mayor o menor nivel de contribución al delito. Además, la corrupción asociada al COT se caracteriza por la existencia de una relación directamente proporcional entre la mayor distancia de la comisión del hecho delictivo y la mayor responsabilidad penal. La selección de la teoría de autoría determina la gravedad de las penas que resulten de la imposición de un delito. Las diferentes teorías generadas en el marco de la doctrina penal en relación con los sistemas de coparticipación dan cuenta de la trascendencia del debate entre las distintas teorías de la autoría y participación. La relevancia de tal opción es todavía mayor en el ámbito del DIP, dada la gravedad de los delitos que entran en juego (y de las penas que los acompañan). En todo caso, de los tres sistemas de autoría y participación que existen en el DIP, dualista basado en criterios subjetivos, objetivos o dualista basado en el dominio del hecho, el que mejor responde a los delitos de corrupción transnacional es el último.

2. LOS REGÍMENES DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Son ya conocidos los diversos sistemas de autoría diferenciados por la doctrina penal. En primer lugar, existen los sistemas unitarios de autor, que consideran autores a todos los intervinientes en el delito. En segundo lugar, están los sistemas restrictivos de autor, que limitan el ámbito de la autoría exigiendo el cumplimiento de unos determinados criterios (principalmente con base en criterios obje-

económico, la responsabilidad penal de abogados y procuradores, el terrorismo, la política-criminal en la sociedad postmoderna, y Derecho penal europeo e internacional. Ha dirigido proyectos de investigación sobre el principio de justicia universal, la delincuencia transnacional, el terrorismo y la aporofobia. Tiene 7 monografías publicadas y más de 50 capítulos de libro y artículos en revistas nacionales e internacionales, en español e inglés.

tivo-formales, objetivo-materiales y objetivo-subjetivos). Por último, existen sistemas extensivos de autor, que distinguen entre autoría y participación, pero bajo la consideración de que son autores todos los que contribuyen causalmente al resultado típico.

En DIP no se puede hablar de un único sistema de autoría y participación. Desde los tribunales militares de Núremberg y Tokio, la configuración de los distintos tribunales internacionales penales (TIPs) ha sido cambiante, abarcando tres distintos sistemas de autoría y participación: un modelo unitario de autor (adoptado por el Tribunal Militar Internacional y el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente, y los tribunales que aplicaron la Ley del Consejo de Control Aliado núm. 10), un modelo diferenciador de autoría y participación basado en elementos subjetivos (aplicado por el Tribunal Internacional Penal para Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Internacional Penal para Ruanda (TPIR) y también por los tribunales híbridos (THs)), y un modelo diferenciador entre autoría y participación basado en el dominio del hecho (que es el aplicado por la Corte Penal Internacional)¹.

2.1. *El sistema monista o indiferenciado de Núremberg y Tokio*

Las primeras reglas introducidas en DIP sobre autoría y participación fueron desarrolladas por los Estatutos del Tribunal Militar Internacional (en adelante TMI) y del Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente (en adelante TMILO), y por los tribunales que aplicaron la Ley del Consejo de Control Aliado núm. 10 (Gil Gil & Maculán, 2016: 208 *et. seq.*).

Los Estatutos del TMI y del TMILO optaron, a lo largo de su articulado, por un modelo monista, indiferenciado o unitario que no distingue entre autoría y participación. Sin embargo, la ley del Con-

¹ Estas diferencias fueron sintetizadas en relación con el DIP, la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI en el caso Lubanga recoge estos tres modos de distinguir entre autores y partícipes: el enfoque objetivo, el enfoque subjetivo y el enfoque objetivo-material caracterizado por el dominio del hecho (Marchuk, 2014: 199; Olasolo, 2009: 346 *et. seq.*; Olasolo, 2013: 74 *et. seq.*).

sejo de Control Aliado recoge por primera vez la distinción entre responsabilidad principal y accesoria, pero los tribunales que aplicaron esta ley no recogieron estas diferenciaciones (Werle, 2011: 286). Así, fácticamente hasta el TPIY, establecido en 1991, se siguió en DIP un modelo unitario de autor o *Einheitstätermodell* (Ambos, 2005: 75; Werle, 2011: 342).

El concepto unitario de autor entiende que son autores todos aquellos que intervienen en la realización del hecho típico, con independencia de la entidad material mayor o menor de su contribución causal para el conjunto del hecho. Carece de relevancia si la aportación que lleva a cabo un interviniente en un hecho delictivo realiza o no la descripción típica (Jescheck, 1978: 889; Gómez Benítez, 1984: 1189). Como consecuencia de la adopción de una perspectiva estrictamente causal, serán considerados como autores del delito todos aquellos intervinientes en el hecho delictivo que aportan una condición causal del mismo (en este sentido también Guimaray, 2021: 267). Esta interpretación del concepto unitario se funda en la teoría de la equivalencia de condiciones: toda condición para la producción del resultado, en su concreta configuración, es causa del mismo. Por consiguiente, todos los que aportan alguna contribución que afecte al hecho delictivo deben considerarse causantes del mismo a la hora de la aplicación de una pena igual para todos los intervinientes en calidad de autor. De este modo, la jurisprudencia del TMI consideró que una conducta “meramente aprobatoria” era una intervención suficiente en crímenes contra la humanidad y de guerra (Ambos, 2005: 75).

Como se verá, el sistema monista o unitario pierde matices, considerando a todos los intervinientes en el hecho como autores, por muy limitada que haya sido su intervención.

2.2. El sistema dualista-subjetivo de los tribunales ad hoc

Un sistema diferenciador entre autores y partícipes no se introduce, en la práctica del DIP, hasta los Estatutos del TPIY y TPIR. De hecho, desde la aprobación del Estatuto del TPIY (ETPIY), todos los sistemas de derecho penal —incluyendo los tribunales *ad hoc*, los THs (Tribunal Especial para el Líbano, la Corte Especial para Sierra

Leona y las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya, y Sala Especializada de Kosovo) y la Corte Penal Internacional— incluyen un sistema dualista o diferenciador entre autores y partícipes.

No obstante, no todos los tribunales mencionados incorporan el mismo sistema de diferenciación entre autoría y participación. Mientras los sistemas del TPIY, el TPIR y los THs incorporan un criterio subjetivo para la diferenciación, el Estatuto de Roma (ECPI) se basa en el criterio objetivo-subjetivo del dominio del hecho.

2.2.1. El sistema dualista del TPIY y el TPIR

La jurisprudencia del TPIY se pronunció sobre la existencia de un sistema diferenciador en el ETPIY (en detrimento de uno unitario de autor) con motivo del estudio de la naturaleza de la empresa criminal común (ECC) o *Joint Criminal Enterprise* —que, como se verá, es una figura clave en la que se manifiesta el concepto de autoría del TPIY— (Olasolo, 2013: 63).

En este sentido, en el caso Tadic la Sala de Apelaciones se planteó si se encuadraba el concepto de ECC en el art. 7.1 del Estatuto (que señala que “la persona que haya planeado, instigado, u ordenado, la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen”). Para ello debía dar respuesta a la cuestión de bajo qué título (autoría o participación) responderían aquellos que formasen parte de una ECC, pero sin compartir el propósito criminal común. Aunque en el caso Tadic la Sala no es clara, sí es constante la jurisprudencia del TPIY en reconocimiento de la existencia de un sistema de autor que diferencia entre autores y partícipes (Gil Gil & Maculán, 2016, p. 212), y así se puede ver en los casos Milutinovic, Krnojelac, Vasiljevic, Blaskic, Krstic, Kvočka, Simic, Brdanin & Krajisnik, Dordevic & Gotovina —con la única excepción de la sentencia de primera instancia del caso Krnojelac, pero que no refleja la posición de la jurisprudencia del TPIY (Olasolo, 2013: 66-67)—. Esta misma doctrina fue acogida por el TPIR en el marco de la cuestión de la ECC, si bien su análisis fue más limitado, aplicando los precedentes del TPIY.

2.2.2. El elemento subjetivo como base de la diferenciación del concepto de autor en los tribunales ad hoc

Los TIPs *ad hoc* (comenzando por el TPIY) han acogido un concepto subjetivo de autor, cuya principal manifestación es la ECC, noción que órbita alrededor del elemento del propósito criminal del plan común (Odriozola-Gurrutxaga, 2015: 6). De este modo, la jurisprudencia de los tribunales ad hoc ha rechazado el criterio objetivo-formal y también el criterio objetivo-material de delimitación del concepto de autoría. La relevancia de ese elemento subjetivo gira alrededor de un eje: la ECC.

2.2.3. La empresa criminal común como su principal manifestación

El concepto de ECC o doctrina del propósito común es uno de los más controvertidos y discutidos conceptos del DIP (Marchuk, 2014: 166). Surge, del mismo modo que sucede con el concepto del dominio del hecho, con la finalidad de reflejar mejor el papel que tienen algunos líderes políticos y militares en el marco de campañas de criminalidad a gran escala o sistemática (Olasolo, 2009b: p. 266). En virtud de esta doctrina —que se propone como “arma mágica” para la persecución de crímenes internacionales (Ambos, 2007: 159)—, cuando hay una pluralidad de personas que actúan conjuntamente para perseguir un propósito criminal común todos los miembros del grupo son responsables penalmente (a título de responsabilidad principal) sin importar la intensidad de su contribución (Odriozola-Gurrutxaga, 2015: 6). El carácter consuetudinario de la ECC fue abrazado por el TPIY y el TPIR (Gil Gil & Maculán, 2016: 214) —que al mismo tiempo rechazaron el carácter consuetudinario del dominio del hecho—.

La jurisprudencia de los tribunales ad hoc ha reconocido tres variantes de la ECC: la variante básica, la sistemática y la variante amplia o extensiva.

La variante básica es la modalidad que se refiere al concepto más elemental de la ECC, es decir los casos en que simplemente hay un grupo de personas que actúan persiguiendo el propósito criminal

común. La variante sistemática es una modalidad de la variante básica que se desarrolla en el ámbito de un sistema de maltrato, es decir, cuando el propósito criminal común se institucionaliza. Así, el sistema de maltrato o extinción comprendería los supuestos de sistematización de la destrucción de un grupo étnico o religioso a través de estructuras institucionales (como los campos de concentración). Por último, la variante extensiva se refiere a delitos no integrales —que no tienen que ser parte del plan, sino simplemente haberse aceptado el riesgo de que los mismos se produzcan como consecuencia del plan— y requiere la concurrencia de una variante de la ECC básica o sistemática relativa a los delitos integrales. La intervención de cualquiera de las modalidades de ECC requiere que al menos uno de los delitos imputados sea un delito integral del plan común (Olasolo, 2009a: 7).

En relación con la naturaleza de la ECC, la jurisprudencia del TPIY (seguida por el TPIR) ha concluido que no se configura como el concepto de *complicity* o *partnership in crime* del *common law* (es decir, una figura que no establece diferenciación per se entre autores y partícipes), sino que se configura como una coautoría (responsabilidad principal por “comisión”), adecuándose a la previsión del art. 7.1 del ETPIY (Olasolo, 2009b: 274). Así, según la doctrina de los TPIY y TPIR posterior a la decisión de 21 de mayo de 2003 de la Sala de Apelaciones del TPIY (caso Milutinovic), el sistema es dualista, determinando la presencia de autoría con arreglo a un criterio subjetivo.

En relación con los elementos de esta doctrina de la ECC, se han identificado los siguientes elementos objetivos: (a) una pluralidad de personas; (b) un plan común para cometer uno o más delitos integrales —*core crimes*—; y (c) que contribuyan a su ejecución, aunque tiene carácter secundario el nivel de contribución (Odriozola-Gurrutxaga, 2015: 6-7). No es necesario que los mandos intermedios y autores materiales formen parte de la ECC.

Los elementos subjetivos varían según la variante de la ECC de que se trate: (a) en las variantes básica y sistemática se requiere que todos los miembros de la ECC compartan la intención de cometer los delitos integrales del plan común y también el *dolus specialis* que requiera el delito en cuestión; (b) en la variante sistemática se exige, en adición, que se conozca el sistema institucionalizado de maltrato

y que se haya permanecido en el mismo pese a dicho conocimiento (por lo que se deduce que existe voluntad para participar en el sistema para que se cometan los delitos, aunque lo que se exige en términos estrictos es el conocimiento de ese sistema de maltrato); y (c) en la variante extendida se requiere, por una parte, la intención de participar y perseguir el propósito criminal común, y —para atribuir a los partícipes los delitos no integrales— se requiere además el conocimiento y la aceptación del riesgo previsible de que, en el marco de la ejecución del dicho plan, alguno de los miembros de la ECC ejecute otros delitos no integrales. De este modo, para la imputación de los delitos no integrales en la variante extendida se exige un *dolus eventualis* que se puede considerar incluso cercano a la imprudencia consciente (Olasolo, 2009a: 15).

En todo caso, según la doctrina de los tribunales ad hoc las tres variantes tienen naturaleza de coautoría y determinan la responsabilidad principal de los intervinientes (Gil Gil & Maculán, 2016: 212).

2.3. El sistema de los tribunales híbridos

2.3.1. De nuevo: un sistema subjetivo

Los THs (Tribunal Especial para el Líbano – TEL, el Tribunal Especial para Sierra Leona – TESL, y las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya – SECC; y Salas Especializadas de Kosovo, SEK) han descartado igualmente el sistema monista de autor, adoptando un sistema dualista o diferenciador entre autores y partícipes basado en criterios subjetivos (Olasolo & Carnero Rojo, 2015: 589; Marchuk, 2014: 199).

En todo caso, los THs modernos han basado su jurisprudencia en la de los tribunales *ad hoc* —básicamente en la del TPIY, que es la que ha sido objeto de un mayor desarrollo—, aunque con alguna interpretación original —por ejemplo, la jurisprudencia del TESL ha concentrado su atención en la interpretación del propósito común de la ECC—. En concreto, el enfoque subjetivo de diferenciación entre autoría y participación también ha sido adoptado por los THs (Marchuk, 2014: 162, 195).

Así, los estatutos de los THs vienen a replicar lo dispuesto en el art. 7.1 del ETPIY. Respectivamente se recogen disposiciones análogas a dicha previsión en el art. 6.1 del Acuerdo entre Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona para el establecimiento de una Corte Especial para Sierra Leona; el art. 29 de la Ley sobre el establecimiento de las SECC; y el art. 16.1.a) de la Ley sobre las SEK).

En el caso del TEL, su art. 3 no recoge una previsión análoga, estableciendo, sin embargo, que una persona puede ser individualmente responsable por crímenes en la jurisdicción del tribunal si: (a) cometió, participó como cómplice, organizó o dirigió a otros a cometer el crimen; (b) contribuyó de otro modo a la comisión del crimen cometido por un grupo de personas actuando con un propósito común, donde cada contribución es intencional y es o hecha con el ánimo de perseguir la actividad. La Sala de Apelaciones ha sostenido (por ejemplo, en la Decisión Interlocutoria sobre la Ley Aplicable STL-11-01/1) que el apartado b de dicho artículo hace referencia al propósito criminal común propio de la ECC (y, por tanto, a un sistema subjetivo), disponiendo además que la doctrina de la coautoría (propia del dominio del hecho) no está reconocida en el derecho internacional consuetudinario.

2.3.2. La empresa criminal común como principal manifestación... y su controvertida aplicación

De la misma manera, los THs han incorporado la ECC como manifestación principal del modelo subjetivo de diferenciación entre autores y partícipes. Sin embargo, si bien es cierto que todos han incorporado esta institución, también lo es que no todos lo han hecho en la misma medida.

El TESL ha incorporado diligentemente la jurisprudencia de los tribunales ad hoc en relación con la aplicabilidad de la doctrina de la ECC (por ejemplo, en los casos AFRC y Charles Taylor). El TESL discutió, al aplicar la ECC, la amplitud admisible del concepto de “propósito común”, habiendo concluido que comprende tanto los objetivos de la ECC como los medios necesarios para alcanzarlos (Marchuk, 2014: 195 et. sec.; Olasolo, 2013: 420 et. sec.; Malleçons, 2010: 10).

Por otra parte, ha sido controvertida la aplicación de la forma ampliada de la ECC (la ECC III) en los THs. Si bien todos los THs han reconocido el carácter de derecho internacional consuetudinario de las variantes básica y sistemática de la ECC, la aceptación del carácter consuetudinario de la ECC extendida ha sido rechazada por las SECC (caso 002), determinando su inaplicabilidad. Empero, en el caso del TESL y del TEL, sí se ha considerado que la ECC III es parte del derecho internacional consuetudinario. En relación con las SEK, en agosto de 2021, el instructor admitió que la ECC III constituye derecho consuetudinario (caso Hashim Thaçi, Kadri Veseli, Rexhep Selimi, & Jakup Krasniqi) —por tanto, aplicable—. El carácter variable de la aceptación de la modalidad extensiva (ECC III) por los THs hace discutible su aceptación como parte del derecho consuetudinario, pues contradice la consideración de que la institución es parte de una práctica constante y uniforme en derecho internacional (DI).

2.4. Los modelos de los tribunales internacionales penales de ámbito regional

En cuanto a los tribunales regionales, hay dos sistemas diferenciados: el Protocolo de Malabo y el proyecto de Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Transnacional Organizado (COPLA).

El protocolo de Malabo establece un sistema dualista objetivo-subjetivo, pues recoge en el art. 46B(1) del Anexo una redacción casi idéntica del principio de responsabilidad penal individual a la establecida en el ECPI (aunque en el caso del Protocolo de Malabo los elementos subjetivos no son genéricos, sino que se recogen para cada delito).

En cambio, el Estatuto del Proyecto COPLA no menciona directamente figuras de autoría y participación, aunque en su art. 30, relativo a las penas aplicables, sí establece que se deberán imponer penas más graves dependiendo de la situación jerárquica del sujeto en la estructura, lo que parece aludir a un sistema objetivo como el dominio del hecho.

2.5. El sistema dualista del dominio del hecho de la Corte Penal Internacional

2.5.1. El modelo dualista de autoría en la Corte Penal Internacional

Mucho más claro es el ECPI en su acogida de un sistema restrictivo de autor, pues establece expresamente en el apartado 3 del art. 25 la regulación de los diferentes modos de autoría y participación (en este sentido *vid.* Ambos, 2011: 478-484). La letra a) se refiere a los supuestos de autoría, y las letras b), c) y d) a supuestos de participación que dan lugar a responsabilidad accesoria, derivada de la principal (Faraldo, 2005:17 *et. sec.*).

Los supuestos de autoría son, según el ECPI: la autoría directa, la coautoría por codominio funcional y la autoría mediata (a través de otro o por aparatos organizados de poder —en adelante AOP—). A ellos la CPI ha añadido un cuarto tipo de responsabilidad principal: la coautoría mediata por aparatos organizados de poder, que supone una modalidad mixta entre las dos últimas expresadas (así se puede ver en la sentencia de apelación del caso Lubanga y en la sentencia de instancia del caso Ntaganda).

Los supuestos de responsabilidad accesoria abarcan: la letra b), que acoge supuestos de ordenación, proposición o inducción a cometer un crimen; la letra c), que abarca supuestos de complicidad, colaboración o encubrimiento (implicando un menor grado de responsabilidad, como indica Ambos, 2011: 481); la letra d), que comprende la contribución de otro modo a la comisión o tentativa del crimen por un grupo de personas con una finalidad común.

El carácter accesorio y derivado de la responsabilidad de los apartados b) y c) y d) ha sido confirmado por la CPI en los casos Lubanga, Katanga, Ngudjolo y Bemba (Olasolo & Carnero Rojo, 2015: 558). Según la propia CPI, el apartado d) recoge la forma de responsabilidad individual más semejante a la ECC. No obstante, en el caso del art. 25.3.d) ECPI se configura como una forma de complicidad residual, y, por tanto, como una forma de responsabilidad accesoria no equiparable a la ECC (en este sentido, Kiss, 2013: 8 *et. seq.*).

2.5.2. El dominio del hecho en la Corte Penal Internacional

A diferencia del modelo unitario adoptado por los tribunales posteriores a la II Guerra Mundial y el modelo subjetivo de los tribunales ad hoc, la CPI ha asumido que el dominio del hecho es la característica común de todas las formas de autoría del ECPI (Werle, 2011: 289). El concepto de dominio del hecho, aunque algunos autores lo identifican con los modelos objetivo-materiales, no se ajusta exactamente a esa clasificación, pues incorpora criterios subjetivos y no se apoya en criterios causales. La teoría, desarrollada por Roxin (2016), considera que autor es quien domina el sí y el cómo de la realización del hecho delictivo.

Así, la noción de dominio del hecho, cuyo antecedente en DIP se puede identificar en la sentencia de primera instancia del TPIY en el caso Stakic (Olasolo & Pérez Cepeda, 2004, *passim*), ha sido la asumida por la CPI para diferenciar entre autoría y participación. En realidad, como señala Marchuk (2014: 251), ello supone una mejora significativa en relación con la adopción por los tribunales ad hoc de la teoría de la ECC al elevar los requisitos de la contribución exigiendo su carácter esencial para poder apreciar la autoría.

Sus principales manifestaciones son la autoría mediata (incluyendo la autoría mediata por aparatos organizados de poder), la coautoría por codominio funcional, y la coautoría mediata por AOP. El propio ECPI, en el art. 25.1 establece como modos de autoría la comisión del crimen por el autor solo (autoría directa, donde el ejecutor tiene el dominio del hecho), con otro (coautoría por codominio funcional), o por conducto de otro (autoría mediata, donde el ejecutor tiene el dominio de la voluntad). Adicionalmente, la CPI (por ejemplo en los casos Ntaganda y Lubanga) ha reconocido como modalidad específica de autoría la coautoría mediata (conjunción de las dos últimas).

En resumen, existen tres sistemas distintos de abordaje de la autoría y participación en el DIP (no diferenciación, diferenciación con base a un criterio subjetivo y diferenciación con base al dominio del hecho). Parece conveniente ahora pasar al estudio de las fortalezas y debilidades de cada uno de los sistemas y, posteriormente, evaluar su adecuación a las situaciones de corrupción asociada al COT.

3. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DE LOS DISTINTOS SISTEMAS DE AUTORÍA EN DERECHO INTERNACIONAL PENAL

3.1. *El sistema monista*

El sistema monista, como se ha señalado anteriormente, parte de un concepto unitario de autor, de tal modo que entiende que son autores todos aquellos que intervienen en la realización del hecho típico, con independencia de su contribución causal para el hecho.

No son desconocidas las críticas al sistema unitario (aunque sean matizables). En primer lugar, se considera autores a personas que no han realizado el tipo penal, considerando aisladamente causalidades que por sí solas no determinan un comportamiento punible. En segundo lugar, plantean problemas con el principio de legalidad, pues renuncian a la delimitación de las conductas lesivas o peligrosas a través de los tipos y convirtiendo artificiosamente todas las contribuciones al hecho en meros procesos de causación de las lesiones o puestas en peligro de un bien jurídico, perdiéndose, de esta forma, el injusto específico de la acción de cada tipo las normas penales. Las normas penales, al establecer los comportamientos delictivos se refieren a la conducta del autor, razón por la cual los sistemas dualistas o diferenciadores introducen sólo la punición de otras formas de contribución al delito cuando expresamente lo recoge la ley. Además, plantea dificultades de compatibilidad con el principio de intervención mínima (Olasolo & Pérez Cepeda, 2004: 482 *et. seq.*). En definitiva, se pierden los matices entre intervinientes en los hechos punibles, de tal modo que difícilmente se puede mantener la legitimidad de la injerencia del *ius puniendi* estatal para los partícipes más leves, por la equiparación de comportamientos con distinta lesividad y la consecuente desproporción entre intervención punitiva y participación en el hecho punible.

3.2. *El sistema subjetivo y la empresa criminal común*

El sistema de la ECC es idóneo para reflejar las relaciones horizontales existentes entre los distintos miembros de una empresa criminal común.

Sin embargo, la teoría de la ECC es incapaz de definir adecuadamente los límites entre autoría y participación, dada la amplitud de la consideración de las contribuciones necesarias para ser coautores (Marchuk, 2014: 251). Así, la extensión del concepto (aunque no sea igual a la ya prácticamente desterrada teoría del acuerdo previo que había adoptado la jurisprudencia española, más cercana a la responsabilidad objetiva) determina que se hagan equiparables a efectos de pena niveles de contribución al crimen muy diferentes (Gil Gil & Maculán, 2016: 215). Y ello pese a que la más reciente jurisprudencia exige para la imputación que la contribución sea significativa, pero sigue siendo una exigencia muy inferior a los criterios del dominio del hecho. Por otra parte, la subjetividad en la delimitación entre autoría y participación es siempre peligrosa, pues deja demasiado margen a la discrecionalidad (Werle, 2011: 298). A ello se unen las críticas por las dificultades de hacer conciliable la ECC con los derechos a un juicio justo para los acusados por las posibilidades de vulnerar la presunción de inocencia, dados los pocos elementos de prueba que se requieren para determinar la existencia de *mens rea* en los intervinientes (Malleons, 2010: 10).

Las dificultades de justificación de la institución de la ECC son todavía mayores cuando lo que se aplica es la forma ampliada de ECC (ECC III) al minar la legitimidad del DIP (Mettraux, 2009; Easterday, 2009), puesto que la naturaleza atribuida a la ECC no se corresponde con el tratamiento histórico de la noción de ECC (Olasolo, 2009b: 263-287). Asimismo, la introducción de la variante amplia de la ECC reduce el estándar mínimo del elemento subjetivo propio del DIP (que para la CPI es el dolo eventual) a una suerte de imprudencia consciente. Por último, se ha apreciado que la indefinición inicial e incertidumbre generadas alrededor de la naturaleza jurídica de la ECC era un intento de justificar su carácter consuetudinario sobre la base de su previa aplicación en sistemas monistas —justificación que, habría que reexaminar por numerosos motivos (Olasolo, 2013: 102-127).

3.3. El sistema del dominio del hecho

El sistema del dominio del hecho ha protagonizado también un sonado debate en la doctrina penal. Particularmente, lo ha hecho a raíz de la figura de la autoría mediata, es decir, de la posibilidad de considerar a los sujetos de atrás como autores del delito. En el marco de ordenamientos penales como el español, donde la pena del inductor se equipara a la del autor, la relevancia del debate es escasa a efectos penológicos, por lo que no parece pertinente ampliar el concepto de autor al sujeto de atrás cuando los ejecutores materiales son considerados plenamente responsables. En el caso del Estatuto de Roma, aunque este asume la accesoriedad de las conductas de ordenación, inducción o proposición de crímenes, no existe una previsión expresa de la necesidad de atenuación de la pena para los partícipes (aunque sí se impone la obligación de tener en cuenta el grado de participación del condenado en la determinación de la pena en las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP)), por lo que es posible aplicar la misma pena al autor que al inductor, de tal modo que los efectos de la determinación de una u otra calificación apenas tendrán relevancia. La figura de la autoría mediata goza de mayor aceptación en los supuestos en que se base en la irresponsabilidad del sujeto ejecutor, o en coacción o error. Son más discutidos, en cambio, los supuestos de utilización de la estructura jerárquica para cometer el hecho delictivo, pese a la vital importancia del empleo de la figura en los delitos internacionales (Martínez, 2012: 170).

Por respeto (entre otros) al principio de intervención mínima del derecho penal, parece claro que la autoría mediata por AOP no se puede aplicar en todos los ámbitos de delincuencia, como se defenderá con posterioridad.

En definitiva, se puede concluir que no hay un “sistema único” de autoría en DIP, debiéndose analizar cuáles son eficaces y adecuados a la luz de los problemas que puede plantear la corrupción transnacional.

4. LOS SISTEMAS DE AUTORÍA ANTE LA CORRUPCIÓN ORGANIZADA TRANSNACIONAL

4.1. *La cuestión de la corrupción organizada transnacional*

Los crímenes internacionales se caracterizan por el hecho de que normalmente están implicadas un gran número de personas, y porque la intervención en los hechos normalmente es mayor cuando aumenta la distancia de la ejecución del delito (Werle, 2017: 284). Lo mismo sucede en muchos supuestos de corrupción asociada a la COT. La corrupción, aunque no es un fenómeno de reciente creación, ha sido objeto de mayor atención en las últimas décadas (Tanzi, 1998: 2 *et. seq.*), consecuencia de lo cual —aunque todavía no hay un consenso internacional entorno a la definición y tipos del fenómeno de la corrupción transnacional— se ha consensuado la necesidad del establecimiento de un sistema de prevención y lucha contra la corrupción trasfronteriza (Olasolo & Mané, 2021: 647).

En todo caso, dada la complejidad de este tipo de crímenes, que han sido objeto de atención por organismos internacionales al vulnerar la estabilidad política y los derechos humanos (Zúñiga, 2018: 19), ninguno de los tres sistemas ya desarrollados en DIP se va a adecuar perfectamente a las características de los delitos de corrupción pública y privada.

Además, hay que tener en cuenta que las estructuras sobre las que giran la corrupción y la criminalidad organizada transnacional son muy complejas y extensas, contando con un gran número de potenciales ejecutores y, además, con autoridad (ya sea de origen legítimo o no). Por ello, aunque la corrupción asociada a la COT tiene relación con la criminalidad de empresa y la criminalidad económica no se pueden equiparar las estructuras empresariales con las que intervienen en esta clase de corrupción.

4.2. *¿Un sistema idóneo? El dominio del hecho como mejor opción en el ámbito de la corrupción*

Se puede inferir que, en este marco los inconvenientes del sistema unitario de autor se acrecientan: la complejidad de las redes de

corrupción públicas y privadas sitúan en ellos a una gran diversidad de intervinientes con mayor o menor nivel de contribución al delito, de modo que equiparar el reproche de todos ellos sólo supone contrariar los principios del derecho penal. De hecho, igual que sucede con los delitos que ya configuran el DIP, la corrupción vinculada a la COT se caracteriza por la existencia de una relación directamente proporcional entre la mayor distancia de la comisión del hecho delictivo y la mayor responsabilidad penal (Werle, 2011: 284). En definitiva, en ningún caso sería aconsejable seguir la estela de los tribunales posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

Por otra parte, la figura de la ECC y el sistema subjetivo de los tribunales *ad hoc* tampoco parecen adecuarse a los supuestos de corrupción. La esencia del injusto es la intención compartida por los miembros de la ECC de que se cometan los delitos abarcados por el propósito criminal común (lo que no encaja en la corrupción, donde cada uno de los intervinientes en los hechos puede tener sus propios fines o no compartir el propósito criminal común), con independencia del nivel de contribución (que sí ha de tenerse en cuenta al determinar el desvalor de las conductas de los distintos intervinientes).

Por ejemplo, en el ámbito de la corrupción podría darse el supuesto de que, en una empresa multinacional, por decisión de dos de sus directivos, todos los empleados en su ámbito funcional participaran en la proposición, negociación y ejecución de sobornos a directivos de un ministerio para que se omitan las inspecciones relativas a los niveles de contaminación de la empresa. Algunos de los empleados podrían participar con mayor implicación (organizando la actuación, discutiendo los detalles con los directivos públicos, u ordenando ejecutar el pago). Sin embargo, otros de los empleados podrían simplemente intervenir facilitando el contacto telefónico del directivo, o el nombre de un subordinado del directivo público con el que se puede contactar. Todos ellos, empero, serían considerados como autores en el marco de la teoría subjetiva sostenida por los tribunales *ad hoc*, como miembros de una ECC. Y ello porque todos compartirían el propósito criminal común de sobornar a los directivos del ministerio para conseguir un beneficio empresarial en perjuicio del

medioambiente, pese a que la intensidad de la contribución configurada por la facilitación de datos de miembros del ministerio no es suficientemente alta como para considerar que tales empleados son partícipes a título de autoría.

Otro ejemplo podría ser el supuesto de un contrato de obras adjudicado por un organismo público a una empresa multinacional a cambio de una importante suma de dinero satisfecha a los miembros del organismo público. El administrativo que simplemente organiza el encuentro entre el directivo público y el privado para la negociación del acuerdo, también se consideraría que forma parte de la ECC siempre y cuando comparta el propósito criminal común, con independencia de que su aportación se haya limitado a organizar un encuentro entre los dos directivos.

Son más adecuadas para reflejar el distinto nivel de intensidad de las intervenciones, en cambio, las figuras de la autoría mediata, coautoría, coautoría mediata y participación, propias de la teoría del dominio del hecho. Así, por ejemplo, en el caso del soborno de la empresa multinacional al ministerio para evitar inspecciones, los dos directivos serían coautores de un delito de corrupción. Los demás empleados, según su capacidad de decisión sobre los hechos podrían ser también considerados coautores o meros partícipes (esto último si no podían decidir el sí y el cómo del desarrollo de los hechos). En cambio, los empleados que limitasen su intervención a facilitar contactos sólo podrían considerarse partícipes a título de complicidad. En el segundo de los ejemplos estudiados tampoco podría considerarse en ningún caso autor al administrativo que organiza el encuentro, por mucho que comparta el propósito criminal común, pues jamás podría decidir sobre el desarrollo del hecho (dada su ubicación a nivel estructural, su capacidad decisoria formal, y, sobre todo, su capacidad decisoria práctica sobre el hecho, que sería prácticamente inexistente).

Además, dadas las características de la corrupción transnacional (su carácter estructural, basado en organizaciones altamente jerárquicas, y, para el caso de esta jurisdicción transnacional, la nota de internacionalidad), es más apropiado tomar como ejemplo el sistema de autoría seguido por la CPI, en detrimento de los criterios de

los tribunales ad hoc, emergidos para dar respuesta a una situación concreta en la que era difícil probar la participación de los miembros de alto rango que formaban parte del plan común que daba inicio a los delitos. En todo caso, hay problemas que merecen un análisis específico, que se tratará de desarrollar en el trabajo (p. ej., delegación de funciones, delitos especiales o utilización de instrumentos dolosos no cualificados).

En definitiva, aunque el DIP ha estado dividido entre varios enfoques relativos a la doctrina de la responsabilidad del autor, existe una necesidad urgente de introducir en el mismo formas de participación que casen bien con los crímenes internacionales. En estos escenarios, se debe tener en cuenta que quienes están detrás de las escenas de los crímenes no son meros partícipes, sino verdaderos autores que deciden el sí y el cómo se desarrollan los mismos (Marchuk, 2014: 165 et. seq.). La disponibilidad de estructuras institucionales, altamente organizadas y jerarquizadas es característica de todos los crímenes internacionales, y también lo es en los delitos de corrupción vinculada a la COT, que se desarrollan a través de estructuras institucionales —públicas y/o privadas— de las que disponen los máximos decisores para ejecutar los crímenes.

En el caso de la ECC, su aplicación ha sido tan extensiva que se ha terminado considerando que su abreviatura en inglés, JCE es una abreviatura de la expresión “*just convict everyone*” (Marchuk, 2014: 169, Badar, 2006). En cambio, el sistema del dominio del hecho restringe más el concepto de autor (lo que es más fácilmente conciliable con el principio de intervención mínima del derecho penal), refleja de modo más fiel las diferentes aportaciones al hecho delictivo de cada uno de los intervinientes, tiene en cuenta elementos objetivos y subjetivos, por ende, tiene capacidad para dar respuesta a las diferentes problemáticas de intervención que se pueden presentar en la coparticipación en el ámbito de la corrupción. Desde esta teoría, se podría dar lugar a calificaciones de coautoría funcional (por ejemplo, para el caso de decisiones colegiadas si hay división de funciones de los miembros del órgano y realizan una contribución esencial en fase ejecutiva o preparatoria; o para decisiones ejecutivas de varios sujetos que se dividen las funciones), autoría mediata (por ejemplo,

en el caso de que se utilice a un trabajador para que acepte una remuneración no correspondida actuando este por error), autoría mediata a través de aparatos organizados de poder (en el caso de que se utilice la estructura jerárquica de la Administración) o participación. Por ejemplo, dos miembros de una Administración pública solicitan un pago por varios favores que pueden realizar para que se conceda a una determinada empresa internacional una subcontratación: uno de los miembros de la Administración, en su ámbito funcional de supervisión de concesiones públicas emitirá informe favorable de la empresa; el otro emitirá informe favorable en relación con la responsabilidad medioambiental de la empresa. La distribución de funciones en fase ejecutiva de varios sujetos determinaría su coautoría en el delito. La gravedad de los delitos transnacionales exige que el principio de *extrema ratio* del derecho penal se aplique todavía con mayor vigor que en los derechos penales nacionales, razón por la cual es inadmisibles la aplicación de criterios de imputación menos estrictos que el dominio del hecho.

Por último, el sistema de la ECC tiene capacidad de reflejar relaciones horizontales entre los distintos miembros de la empresa criminal común. Sin embargo, no parece que pudiese responder adecuadamente a las relaciones complejas, estructurales y jerárquicas propias de la corrupción vinculada al COT. Estas estructuras generalmente engloban organizaciones criminales de gran calibre en las que difícilmente se puede disentir, y organizaciones públicas en que los niveles de corrupción son tan elevados que el sistema tampoco permite negarse al cumplimiento de las órdenes, a lo que se suman las dimensiones descomunales de ambos tipos de estructuras. Todos ellos son motivos por los cuales es más apropiado el dominio del hecho como criterio para reflejar las aportaciones a los delitos de corrupción vinculada a la criminalidad organizada transnacional.

4.3. Aplicabilidad de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder a la corrupción

4.3.1. La falta de necesidad de la figura en el ámbito de la criminalidad de empresa

Por una parte, como se ha dicho, el límite y la diferencia entre autoría mediata y la inducción han protagonizado un sonado debate en la doctrina penal, pues en sistemas donde la pena del inductor se equipara a la del autor, la relevancia del debate es escasa a efectos penológicos, por lo que no parece pertinente ampliar el concepto de autor al sujeto de atrás cuando los ejecutores materiales son considerados plenamente responsables.

Por otra parte, si bien la figura de la autoría mediata goza de mayor aceptación en los supuestos que se basen en la irresponsabilidad del sujeto ejecutor, o en coacción o error, son más discutidos, en cambio, los supuestos de utilización de la estructura jerárquica para cometer el hecho delictivo.

En consecuencia, por respeto (entre otros) al principio de intervención mínima del derecho penal, lo que parece claro es que la autoría mediata por AOP no se puede aplicar en todos los ámbitos de delincuencia. En el ámbito de la criminalidad de empresa es más adecuado considerar inductores a quienes dan las órdenes. Y ello porque las empresas, como entidades que surgen de la legalidad no tienen organizaciones jerárquicas suficientemente rígidas para garantizar la fungibilidad de los ejecutores ni el automatismo del funcionamiento que permitirían aplicar la autoría mediata por AOP.

4.3.2. Idoneidad de la figura de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder para la corrupción asociada a la criminalidad organizada transnacional

En el marco de la corrupción, sin embargo, encuentra más sentido la incorporación de la figura de la autoría mediata, dado el estrecho vínculo con los aparatos estatales que permiten asegurar a los máximos dirigentes el cumplimiento de sus órdenes y el automatismo

mo de su ejecución. La existencia de una organización jerárquica es la base del funcionamiento de la administración. Así, la corrupción pública y privada, si bien se relacionan con la criminalidad de empresa también lo hacen con los aparatos de poder estatales, lo que abre la puerta a la introducción de la autoría mediata por aparatos organizados de poder en el marco de estos delitos. Y ello porque la capacidad de dominar la voluntad de otros y el automatismo de la ejecución se incrementa dramáticamente en el ámbito de las estructuras organizadas que cuentan con tales niveles de magnitud y poder o autoridad (la presencia de ambos factores, en cualquier caso, debería ser demostrada en el supuesto concreto).

La teoría de la autoría mediata por AOP fue desarrollada por Roxin (2016) ante la insuficiencia de las formas clásicas de dominio de la voluntad (error, coacción) para explicar algunos casos en que el ejecutor material de la conducta era plenamente responsable. La figura surge como respuesta ante las organizaciones criminales que cuentan con una estructura jerárquica basada en la supremacía y subordinación de las órdenes (Jiménez, 2017: 93). Las organizaciones estatales y privadas en cuyo funcionamiento se basa la corrupción asociada a la criminalidad organizada transnacional coinciden con estas estructuras, y permite a los autores asegurar la efectividad de sus instrucciones u órdenes, al contar con todo el aparato estatal para el cumplirlas.

Se cumplen los criterios de la autoría mediata pues en el marco de las estructuras que juegan un papel en la COT es habitual que un sujeto tenga control y dirección sobre parte de la organización, forme parte de una estructura jerárquica y tenga la ejecución asegurada por la disposición de los mandos inferiores a ejecutarla, siendo idónea la figura de la autoría mediata por dominio de organización para estos supuestos.

De este modo, se puede apreciar el cumplimiento de los requisitos de la autoría mediata por AOP (recogidos, por ejemplo, en la sentencia de instancia del caso Ntaganda); en concreto la fungibilidad de los ejecutores —pues si uno no cumple otro cumplirá la instrucción recibida—, la disposición incondicional de los autores materiales (este rasgo será más claro cuanto más institucionalizada esté la corrupción en la organización), y el poder de mando del autor

mediato en la estructura jerárquica. La jerarquía de la organización requiere tener en cuenta la estructura y las formas de mando, los medios para asegurar el cumplimiento de las operaciones y la posición del sujeto en esa estructura de mando (como se ve en la sentencia de instancia del caso Ongwen). Tal jerarquía es propia de las estructuras estatales, que se organizan de forma vertical y muy estructurada, y el automatismo de la organización se refleja en la capacidad derivada de las atribuciones y competencias de los superiores en el ámbito público, que cuenta con personas ubicadas en los puestos ejecutorios clave. Además, la amplitud de las organizaciones estatales (que son las organizaciones más amplias) y las privadas que participan en los delitos de corrupción transnacional, garantiza la posibilidad de sustituir a los ejecutores y ver cumplidas las órdenes.

Es esencial incidir en que será en cada caso concreto cuando se pueda determinar la disposición incondicional de los autores para cometer los delitos. Hay ejemplos claros en los que se daría esta fungibilidad de los ejecutores y disposición incondicional al cumplimiento de las órdenes. Por ejemplo, una empresa privada transnacional que encubre una organización de corte mafioso dedicada al tráfico de estupefacientes, y que realiza pagos a distintos países de elevadas cuantías para eludir los controles fiscales, sanitarios y aduaneros que podrían sacar a la luz la organización criminal. En este caso si varios directivos de las distintas áreas de la empresa ficticia y de la organización criminal organizan la toma de decisiones y la ejecución para llevar a cabo estos pagos, parece evidente que ellos actuarían como coautores mediatos (cada uno controla su ámbito de dominio) y que difícilmente los ejecutores pueden ser considerados autores, pues su capacidad de decisión en el marco de una organización de tal calibre sería muy limitada, sino inexistente. En estos casos en que converge sólo en general la existencia de una organización mafiosa con la comisión de los delitos de corrupción, la máxima categoría que cabe atribuir a estos partícipes fungibles es la de cómplices. Todavía más evidente es el caso de un Estado no democrático (donde el cumplimiento de las órdenes difícilmente puede ser negado) o un Estado u organización pública con niveles de corrupción muy elevados, donde será muy difícil que un ejecutor se niegue a participar en los hechos. En estos dos últimos casos es también inasumible la consideración de

los ejecutores fungibles como meros partícipes, debiendo descartarse toda intervención punitiva sobre los mismos.

Sería más difícil hablar de autoría mediata en el caso de una organización pública que depura habitualmente responsabilidades por corrupción a través de sistemas de control judiciales y extrajudiciales (con mecanismos de rendición de cuentas parlamentarios), y cuyos niveles de corrupción se mantienen muy bajos. Esto es, en tal caso es más difícil plantear que sea automático el cumplimiento de las órdenes por parte de los inferiores jerárquicos, de modo que los directivos decisores actuarían como autores y los inferiores jerárquicos (según el nivel de contribución y su capacidad de decisión sobre el hecho) actuarían como autores o partícipes.

El ECPI, por último, no exige que la organización funcione al margen de la ley (Olasolo, 2013: 202) —requisito que sí introdujo Roxin (2016) al teorizar esta modalidad de autoría mediata—; pero, si se llegase a exigir para juzgar como autoría mediata a través de AOP los delitos de corrupción transnacional, se podría entender que se manifiesta en la instrumentalización delictiva de la distribución normativa y jerárquica de la entidad estatal, reflejando un funcionamiento paralelo a la legalidad (Guimaray, 2021).

Asimismo, si los requisitos de la autoría mediata por AOP coexisten con los de la coautoría (en particular, la división de funciones), sería posible apreciar una coautoría mediata a través de AOP (será bastante habitual para el caso de que varios sujetos con capacidad decisoria en ámbitos funcionales diferentes —por ejemplo, tributario y comercial— dirijan la actuación criminal).

4.4. Idoneidad del dominio del hecho para supuestos de delegaciones y delitos especiales

4.4.1. La delegación de funciones

Actualmente es muy habitual la descentralización y delegación de funciones en la vida económica, que lleva consigo la modificación de las situaciones de competencia de partida.

Este supuesto de delegación de funciones plantea problemas, ¿es posible hacer responder al delegante que cumple los requisitos en comisión por omisión? En principio no, como se verá, exonerándose el delegante y respondiendo el delegado como autor siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos.

Partiendo de la base de que muchos de los delitos de corrupción son cometidos por sujetos que tienen reservadas determinadas funciones es importante saber qué sucede en los supuestos de delegación de las funciones en cuyo marco se comete.

La situación que aquí se describe no se refiere a supuestos en que un superior emite, en el ámbito de su competencia funcional, una orden cuyo cumplimiento está automatizado en el marco de una organización estructurada (porque entonces entraría en juego la autoría mediata por aparatos organizados de poder que, como se ha dicho, puede jugar un rol importante para los delitos de corrupción organizada transnacional). Se refiere, en cambio, a los supuestos en que se transfieren el control y el ejercicio de unas determinadas funciones al delegado, que pasa a tener el control sobre las mismas y que es quien comete materialmente el delito en ejercicio de tales funciones delegadas.

La delegación se materializa en la dotación del dominio necesario sobre el hecho, entendido este como la capacidad financiera o las facultades de paralización de directrices. La falta de este requisito deja a la aceptación de la transmisión de la posición de garante como inoperante, y a la delegación en intento. Por otra parte, la delegación quedará sin efecto cuando se trate de los deberes básicos que el delegante debe cumplir él mismo².

² En el marco de la Administración pública suelen ser disposiciones legales o reglamentarias las que establecen las competencias y los límites de la delegación. Por ejemplo, si una disposición establece —como es habitual— que el director de una agencia pública sólo puede delegar la competencia sobre subvenciones públicas cuando estas consistan en una cuantía de hasta quinientos mil euros, quedará sin efecto la delegación a efectos de transferir la responsabilidad penal al delegado por el hecho delictivo (pudiendo considerarse al delegado como partícipe).

Aquí se pueden vislumbrar varios escenarios, con consecuencias diferentes en materia de autoría y participación. En primer lugar, para que la delegación exonere de responsabilidad al delegante, es necesario que las funciones transmitidas sean transmisibles y que el delegado haya asumido efectivamente la función delegada. De este modo, el delegante habría transmitido el dominio del hecho al delegado, que sería quien tendría el control sobre el mismo (razón por la cual quedaría exento de responsabilidad el delegante).

Por ejemplo, el Director de un Consejo público de investigaciones científicas delega la competencia en materia de subvenciones inferiores a quinientos mil euros en los subdirectores de cada área, y estos asumen y ejercitan en la práctica esta delegación (pudiendo controlar las convocatorias de subvenciones en su área, las condiciones de la delegación, la concesión de las subvenciones y su revocación). En este caso, los subdirectores ejercen en la práctica el dominio sobre estas competencias, pueden controlarlas completamente y por tanto la delegación es efectiva. Si uno de los subdirectores en su ámbito de competencia acepta pagos a cambio de conceder una de las subvenciones a una importante compañía farmacéutica multinacional, será este director (y no el superior que ha delegado) el que sea responsable como autor del hecho delictivo.

En segundo lugar, si el delito de corrupción se deriva del hecho de que el delegante le da instrucción u orden para cometer el delito al delegado (en caso de que la delegación sea efectiva y se haya transmitido el control sobre el riesgo, es decir, se transmite el dominio sobre el hecho, pero el delito se comete a instancia del delegante), el delegado podría ser considerado autor y el delegante inductor.

Si en el caso expuesto del Centro de investigaciones científicas, el Director hubiese transmitido la competencia en materia de subvenciones a los subdirectores, y hubiese además transmitido al subdirector de salud pública la instrucción de que debía conceder la subvención a la empresa farmacéutica X, el Director sería inductor y el delegado autor.

En definitiva, si se dan requisitos formales, se puede producir una transmisión de la posición de garantía específica, que exonere de responsabilidad al delegante, siempre y cuando el sujeto delegado

asuma de forma concreta el control sobre un determinado riesgo y realice con su omisión o acción el tipo penal. Si estos no se producen, el dominio del hecho permanecerá en el ámbito del delegante, y, por tanto, seguirá respondiendo a título de autor.

La solución es diferente cuando se trata de una infracción del deber objetivo de cuidado por falta de instrucción e información adecuada a los delegados, ya que estos últimos no son responsables cuando actúan bajo error invencible. En consecuencia, los delegantes podrían ser imputados a título de coautores o partícipes (activos o en comisión por omisión imprudente) —si el error es vencible—, y a título de coautoría mediata en el supuesto de que los delegados actúen bajo error invencible.

Por ejemplo, una Secretaria General de un Ministerio tiene atribuida la competencia de concesión de contratos públicos, y la delega en un subordinado administrativo. Este subordinado desconoce que no es adecuado recibir un regalo tras haber otorgado de un contrato público a una empresa privada y acepta un costoso viaje para ver un campeonato de fórmula 1 como regalo de agradecimiento de la empresa. Al no haber sido formado ni informado al respecto, podría considerarse que actúa con error de prohibición vencible, por lo que la Secretaria delegante (por no haberle informado) y el administrativo delegado podrían ser considerados coautores en la comisión por omisión imprudente del delito de cohecho impropio (la delegante a título de comisión por omisión), y ello siempre y cuando se prevea la modalidad imprudente de ese delito de cohecho impropio.

El caso de que el error sea invencible tiene menos virtualidad práctica en los delitos de corrupción (no se hace aquí referencia a los supuestos aceptados socialmente, como una invitación a una bebida, sino a casos de mayor calibre), pues es fácil que se pueda conocer cuáles son las cosas que un funcionario público no debe hacer.

En definitiva, la teoría del dominio del hecho también nos proporciona soluciones adecuadas para los supuestos de delegación de funciones en el caso de la corrupción organizada transnacional, al permitir diferenciar adecuadamente las distintas situaciones que se pueden producir según si se ha o no traspasado adecuadamente el dominio sobre la acción u omisión típicas.

4.4.2. La conducta del *extraneus* en los delitos especiales

Las mayores diferencias entre los sistemas de autoría y participación no se producen en el ámbito de los delitos comunes, sino en el de los delitos especiales. Esta cuestión es esencial en el ámbito de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional, pues en este ámbito —al menos en sus modalidades pasivas— la mayoría de los tipos se configuran, en general, como delitos especiales (p. ej., sólo pueden ser cometidos por determinados funcionarios públicos: aquellos que tienen bajo su control el bien jurídico que se trata de proteger con el delito). En consecuencia, si bien hasta ahora la cuestión del *extraneus* apenas ha sido objeto de atención en el ámbito del DIP (pues, a excepción del crimen de agresión, los delitos que son objeto del mismo se configuran como delitos comunes), al ser habitual que los delitos de corrupción se configuren como especiales, es importante preguntarse si y en calidad de qué respondería un *extraneus* interviniente.

La consideración de los *extraneus* como autores en los delitos especiales sería una manifestación extrema del sistema unitario, si bien no es cierto que en este sistema no se pueda fundamentar la menor responsabilidad de los *extraneus*. De hecho, la mayoría de la doctrina entiende que, para obtener la punición del interviniente no cualificado, el concepto unitario de autor recurre a una relación de accesoriedad de la participación en el delito, respecto a la cualidad personal, aceptando la accesoriedad respecto al injusto especial (Díaz y García-Conlledo, 1991: 149 *et. seq.*).

Por lo tanto, la actuación del *extraneus* no es punible en sí misma, sino tan sólo a partir de su adhesión al hecho del autor cualificado. Así, será necesario que al menos uno de los intervinientes en el delito cumpla la totalidad de los elementos formales previstos en el tipo delictivo especial. Es decir, el autor debe cumplir los requisitos del tipo especial (debe ser un *intranus*), pero el partícipe puede ser un *extraneus* que interviene en el delito del autor cualificado. El problema se encuentra en la necesidad de incorporar criterios correctores nítidos y en el hecho de que, si estos no vienen previamente establecidos por la ley, no se estará respetando el principio de legalidad. Por tanto, lo que está claro es que no cabría extender el concepto de autor al *extra-*

neus, pues no cumpliría los requisitos del tipo penal y sería contrario al principio de intervención mínima.

¿Qué sucede cuando, al contrario, el sujeto de atrás es *extraneus*? Hay varios supuestos en que se puede dar esta situación.

Por una parte, se ha explicado ya que, dado el carácter institucional de la estructura, la jerarquía y oportunidad del dominio propios de los delitos de corrupción, es posible calificar al sujeto de atrás que domina el hecho como autor mediato a través de AOP en los delitos de corrupción asociados al crimen organizado transnacional. Por ejemplo, en el contexto de una sociedad donde es habitual la corrupción, los funcionarios del cuerpo de gestión aceptan la recepción de valiosas dádivas entregadas como compensación por la concesión de un proyecto urbanístico a una empresa, a instancias del Secretario General del área en cuestión.

En estos supuestos es posible que los ejecutores no cumplan los requisitos del delito especial de que se trate (por ejemplo, si el tipo hace alusión a la autoridad o funcionario público que tenga encomendada la custodia de determinados documentos y los ejecutores son funcionarios públicos entre cuyas funciones no está la custodia de documentos; o si se requiere que la autoridad o funcionario público tenga atribuidas funciones de adjudicación de contratos públicos, y el ejecutor no las tiene). Se debe entender que los ejecutores no pueden ser autores, pero sí partícipes. Partiendo de esta premisa, si concurre el supuesto de un sujeto de atrás *intraneus*, este puede ser considerado autor mediato y los ejecutores partícipes. En cambio, si el sujeto de atrás es *extraneus*, este estará exento de responsabilidad al no cumplir los requisitos del tipo. Además, en ese caso tampoco podrá ser responsable penalmente el partícipe ejecutor del delito (en virtud del principio de accesoriidad).

Se debe tener en cuenta que esta solución difiere mucho de aquella a la que se arribaría si considerase que el sujeto de atrás debe ser considerado partícipe (inductor) y el ejecutor como autor —opción que aquí se defiende que parece más oportuna para el caso de la criminalidad empresarial, pero no para la corrupción—. En tal caso, si el ejecutor es *extraneus* no podrá ser considerado como autor (y, con ello, también se eliminaría la responsabilidad penal del sujeto

de atrás, en virtud del principio de accesoriedad.). Sería necesario, por tanto, que el ejecutor (y no el sujeto de atrás) sea *intraneus*, para que las conductas no fuesen impunes. Esta opción no puede ser defendida en el marco de las estructuras institucionales jerárquicas y organizadas que configuran el marco de comisión de los delitos de corrupción transnacional para el caso de la comisión a través de estructuras organizadas de poder, porque en ellos el sujeto de atrás es quien domina ineludiblemente la ejecución de las acciones u omisiones constitutivas de delitos de corrupción.

Un segundo grupo de casos comprenden los supuestos de un delito ejecutado por un instrumento doloso no cualificado a instancias del sujeto cualificado. Por ejemplo, el cónyuge de una funcionaria pública solicita —a instancias de esta— un beneficio económico a una empresa a cambio de concederle un contrato público. En este caso no se está utilizando la organización institucional para cometer el hecho delictivo, sino a un instrumento doloso *extraneus*. Pues bien, en estos casos de realización del delito utilizando a un *extraneus* a instancias del *intraneus*, no parece que tenga sentido considerar la conducta del sujeto cualificado como autoría mediata, ya que realmente quien domina el hecho (quien puede decidir el sí y el cómo de la ejecución) es el sujeto doloso no cualificado. Sin embargo, si se considera, en cambio, que el instrumento doloso no cualificado es el autor material y el *intraneus* es inductor, entonces la situación es que la conducta del autor es impune, porque no reúne las características del delito especial; y lo mismo sucede con la conducta del partícipe inductor cualificado, en virtud del principio de accesoriedad. Este problema tiene difícil solución más allá de la incorporación de la teoría de la infracción del deber de Roxin (2014: 338) —en virtud de la cual el sujeto cualificado sería autor no por dominar el hecho sino por infringir el deber jurídico— en el texto legal, para evitar contravenir el principio de legalidad al considerar al sujeto no cualificado como autor.

4.5. Una propuesta sobre el sistema de autoría en el marco de la corrupción organizada transnacional

Como consecuencia de lo expuesto anteriormente, parece que lo óptimo sería el desarrollo de una regulación que incorpore la diferencia entre autoría y participación (contra los sistemas unitarios o extensivos del concepto de autor) y el dominio del hecho como criterio subyacente para la diferenciación (de modo que se consideren, por tanto, dentro de la autoría las figuras de la autoría mediata, la coautoría, la autoría mediata a través de AOP y la coautoría mediata a través de AOP).

Así, se propone el desarrollo de un artículo de contenido similar al previsto en el art. 25 del ECPI, en el que se establezca, en primer lugar, que la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales; que, quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto; que, de conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: (a) cometa ese crimen por sí solo, conjuntamente con otro o por medio de otro de quien se sirva como instrumento (o que sea penalmente responsable, en los casos en que el que utilice a otro esté infringiendo un especial deber jurídico protegido por el delito especial); (b) ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen; (c) con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; o (d) contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común.

Plantean problemas específicos los supuestos de intervención de instrumentos dolosos no cualificados en la realización del hecho. Al no tener los requisitos para ser autores según el tipo, no podrán ser considerados como tales, quedando impunes si no se establece en los tipos que deben ser considerados partícipes en el delito. Por ello, se debe incluir una cláusula específica que disponga que en estos delitos también serán considerados autores quienes no ejecuten el

hecho por sí solos sino utilizando a un sujeto doloso no cualificado, que podrá ser considerado partícipe (como hacen códigos penales nacionales como el español). Como se puede observar, en el apartado a) ya se introduciría una cláusula aclaratoria de que en los supuestos en que se utilice a un *extraneus* no cualificado para cometer el delito, el *intraneus* sería considerado autor si infringe un deber jurídico protegido por el delito. De tal modo que la solución planteada por Roxin para este tipo de casos quedaría introducida en la normativa, evitando la contradicción con el principio de legalidad.

Además, se deben desarrollar adecuadamente los tipos delictivos de los delitos de corrupción. En particular, parece oportuno prever expresamente en los tipos la referencia a los administradores “de hecho”, o a las personas que de hecho ejerzan las funciones que sancione el tipo, para evitar lagunas de punibilidad, así como la referencia a las conductas activas y pasivas.

Por último, del mismo modo, parece adecuado, por respeto al principio de legalidad, introducir una cláusula que prevea los efectos de las delegaciones de funciones que sean transmisibles. En este sentido, se podría introducir un apartado en virtud del cual se establezca que también serán considerados autores quienes cometen el delito en el marco de las funciones que le han sido delegadas; aclarándose que para que la delegación exonere de responsabilidad es necesario que las funciones sean transmisibles y que el delegado haya asumido el control sobre la función delegada.

5. CONCLUSIONES

La importancia de asumir un concepto restrictivo de autor se acrecienta en el marco del DIP. La gravedad de los delitos y la complejidad de las estructuras en que se desarrollan aconsejan seguir el criterio de la doctrina mayoritaria, adoptando un concepto restrictivo de autor. Pese a que el primer criterio asumido para diferenciar entre autoría y participación en el DIP ha sido un criterio subjetivo (el asumido por los tribunales *ad hoc* y los THs), este criterio no es admisible por extender demasiado el ámbito de la autoría y no exigir elementos subjetivos. Parece más oportuno en el ámbito de la co-

rrupción transnacional incorporar el criterio objetivo-subjetivo del dominio del hecho, criterio ya asumido por la CPI. En todo caso, hay problemas específicos que requieren de un particular análisis, reflejado a lo largo de este trabajo (límite entre autoría mediata e inducción, posibilidad de autoría mediata por aparatos organizados de poder, delitos especiales, y delegaciones). Finalmente, el respeto al principio de legalidad aconseja que toda previsión sea incorporada en el texto que rijan la jurisdicción penal internacional relativa a las prácticas sistemáticas o generalizadas de la corrupción transnacional asociada al crimen organizado transnacional (ya se extienda la jurisdicción material de la CPI o se cree un tribunal internacional penal contra la corrupción).

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Ambos, K. (2005). *La parte general del Derecho penal internacional*. Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung.
- Ambos, K. (2007). “Joint criminal Enterprise and Command responsibility”. *Journal of International criminal justice*. Vol. 5. Pp. 159-183.
- Ambos, K. (2011). “Individual Criminal Responsibility”. En: Triffterer, O. & Ambos, K. *Rome Statute of the International Criminal Court: Article-by-Article Commentary*. Londres: Bloomsbury Publishing
- Badar, M. E. (2006) “‘Just Convict Everyone!’ Joint perpetration: from Tadic to Stakic and Back again”. *International Criminal Law Review*. Vol. 6. Pp. 293-302.
- Díaz y García-Conlledo, M. (1991). *La autoría en Derecho penal*. Barcelona: PPU.
- Díaz y García-Conlledo, M. (2007). “Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos”. *Nuevo foro penal*. Vol. 71. Pp. 115-144.
- Faraldo, P. (2005). “Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el derecho penal español”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Vol. 16. Pp. 29-78.
- Gil Gil, A. & Maculán, E. (2016). *Derecho penal internacional*. Madrid: Dykinson.
- Guimaraes, E. V. (2021). *Delitos contra la administración pública y corrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Jiménez, C. (2017). *Dominio del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder*. Madrid: Dykinson.
- Mallesons, S. J. (2010). "Special Court for Sierra Leone: Joint Criminal Enterprise". En *Humanitarian Law Perspectives*.
- Marchuk, I. (2014). *The fundamental concept of crime in international criminal law. A comparative analysis*. Berlin: Springer.
- Martínez, A. (2012). "La coautoría mediata: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder". *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Vol. 8. Pp. 145-194.
- Mettraux, G. (2009). "Joint Criminal Enterprise has grown another tentacle!". *International Criminal Law Bureau*.
- Easterday, J. (2009). "Obscuring joint Criminal Enterprise Liability: The Conviction of Augustine Gbao by the Special Court of Sierra Leone". *Berkeley Journal of International Law*.
- Odrizola-Gurrutxaga, M. (2015). "Responsabilidad penal por crímenes internacionales y coautoría mediata". *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. Vol. 13-15.
- Olasolo, H. (2009a). Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional. *InDret Legal*. Vol. 3. <https://indret.com/reflexiones-sobre-la-doctrina-de-la-empresa-criminal-comun-en-derecho-penal-internacional/>
- Olasolo, H. (2009b). "Joint Criminal Enterprise and Its Extended Form: a Theory of Co-Perpetration Giving Rise To Principal Liability, a Notion of Accessorial Liability, or a Form of Partnership In Crime?" *Criminal Law Forum*. Vol. 20. Pp. 263-287.
- Olasolo, H. (2009c). "Developments In The Distinction Between Principal And Accessorial Liability In Light Of The First Case Law Of The International Criminal Court". En: Stahn, C. & Sluiter, G. (2009). *The Emerging Practice of the International Criminal Court*. Volumen 48 de la Serie Legal Aspects of International Organizations. Boston: Brill.
- Olasolo, H. (2009d). "El desarrollo en Derecho penal internacional de la coautoría mediata". *Derecho penal contemporáneo*. Vol. 27. Pp. 71-122.
- Olasolo, H. (2013). *Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olasolo & Pérez Cepeda, A. I. (2004). "The notion of control of the crime and its application by the ICTY in the Stakic case". *International criminal law review*. Vol. 4. Pp. 475-526.

- Olasolo, H. & Carnero Rojo, E. (2015). "Forms of Accessorial Liability under Article 25(3) (b) and (c)". En: Stahn, C. *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 557-591.
- Olasolo, H. & Mané, C. S. (2021). "La respuesta desde los mecanismos del Derecho penal internacional". En: Olasolo, H. et. al. (eds.) *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 641-692.
- Roxin, C. (2016). *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Roxin, C. (2014). *Derecho penal, parte general*. Madrid: Civitas.
- Tanzi, V. (1998). *Corruption Around the World*. FMI Papers.
- Werle, G. (2011). *Tratado de Derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Werle, G. (2017). *Tratado de Derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Capítulo 2

La responsabilidad de los superiores militares y civiles por delitos cometidos por sus subordinados

JOANA LOYO CABEZUDO*

JORGE RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ*

1. INTRODUCCIÓN

La atribución de responsabilidad a los superiores, ya sean civiles o militares¹, por los delitos cometidos por los subordinados, tal y como ha señalado Schabas (2017: 219), es una de las cuestiones que provoca mayores dilemas a la hora de enjuiciar los crímenes internacionales en el derecho internacional penal (DIP)². No obstante, los debates doctrinales y jurisprudenciales aún abiertos (y a los que se aludirán a lo largo de este trabajo), no deben de empecer la importancia que, en la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales y en el descubrimiento de la verdad de lo ocurrido (Pavón,

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

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid.

¹ La aplicación de esta figura tanto a los responsables civiles como militares es una cuestión que no se discute actualmente (*vid.* cómo se expone este consenso en: Wallach & Marcus, 2008: 480). A este respecto cabe aclarar que cuando nos referimos a los líderes militares, debemos tener en cuenta que dentro de esta categoría también deben incluirse otras organizaciones tales como los grupos paramilitares o grupos rebeldes (Case Matrix Network, 2016: 5).

² Tal y como ha señalado Cryer, nos hallamos ante una doctrina inculpatoria característica de este sector del Ordenamiento Jurídico Internacional (Cryer, 2010: 357).

2022), ha jugado y juega esta figura. Una figura que busca la responsabilidad tanto de aquellos superiores jerárquicos que se encuentran geográficamente alejados de la escena del crimen (pero que poseen responsabilidad dentro de la estructura organizativa), como de los subordinados que materialmente cometen dicha acción. De hecho, la importancia de la responsabilidad del superior deviene, en primer lugar, porque hablamos de una figura que implica un deber de acción que, en caso de ser obviado, repercute directamente en la responsabilidad de los máximos responsables, es decir, estamos ante un incentivo a los superiores para que impulsen las investigaciones de estos delitos. Y, en segundo lugar, porque pone el foco en el funcionamiento de las organizaciones (ya sean militares o no) al deber de probar el control efectivo del superior sobre el subordinado.

Y es que, tal y como iremos explicando a lo largo del presente capítulo, esta figura plantea características propias que hacen que no sea sencillo dilucidar cuándo un crimen debe ser atribuido al ejecutor material del hecho o a su superior, máxime si la relación de causalidad aparece un tanto desdibujada. Sin embargo, si los dilemas inherentes a esta especial atribución de responsabilidades penales no fueran suficientes, el análisis se complica si intentamos trasladar esta figura a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional.

Conviene precisar desde un principio que las especificidades que plantea la responsabilidad del superior también podrían ser aplicables a los casos de corrupción transnacional. En efecto, la posible ampliación de los tipos penales a los que podemos calificar como “crímenes internacionales” es aún un debate inacabado. Como es bien sabido, durante la negociación del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), junto con los crímenes que actualmente figuran en su art. 5, se propusieron otros como el terrorismo o el narcotráfico que, finalmente, no fueron incluidos. No obstante, con el tiempo, se han ido identificando otras conductas que por sus consecuencias y por el daño que infringen a la sociedad han activado el debate sobre la ampliación de los crímenes internacionales. Una de esas categorías, precisamente, es la corrupción transnacional, por los motivos que ya han sido analizados en los capítulos inaugurales de esta obra. Es más, la inclusión de la corrupción bajo la competencia de un tribunal internacional regional es ya una realidad: el Protocolo

de Malabo prevé la creación de una Sección Especializada en DIP dentro de la jurisdicción de la Corte Africana (CAJDH) con competencia, entre otros, sobre los delitos de corrupción. Un primer paso, por ende, se ha dado, a la espera de que el Protocolo entre en vigor.

Si trasladamos este debate al tema específico que nos ocupa en este capítulo, hemos de adelantar que la construcción de la figura de la responsabilidad del superior por los actos cometidos por sus subordinados no presenta ninguna especificidad en relación con los tipos penales de corrupción como el que acabamos de ver en el Protocolo de Malabo. De hecho, la construcción de la figura de la responsabilidad del superior por los actos cometidos por sus subordinados obedece a dinámicas propias de los crímenes internacionales centrales (*core crimes*), que han sido definidas y perfiladas por los distintos tribunales internacionales, ya sean de ámbito universal o regional o tengan naturaleza híbrida.

Pues bien, siendo este el punto del que partimos, en el presente trabajo vamos a analizar la atribución de responsabilidad a los superiores militares y civiles dentro de las distintas jurisdicciones internacionales. Para ello, dividiremos el análisis de la siguiente manera. De entrada, y tras unas breves notas introductorias sobre el fundamento y los primeros antecedentes de la figura, nos referiremos al régimen jurídico de la responsabilidad de los superiores militares y civiles tal y como aparece plasmada en los tribunales internacionales penales (TIPs) y los tribunales híbridos (THs). Concretamente, nos referiremos al TPIY, el TPIR, la CPI, el TESL, las SETC, el TEL y las SEK, así como al Protocolo de Malabo y a la propuesta de creación de una Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Transnacional Organizado (COPLA).

A continuación, realizaremos un análisis comparado del alcance de la diferente regulación y concluiremos pronunciándonos en torno a si sería posible aplicar el régimen jurídico de la responsabilidad de los superiores militares y civiles en los tribunales internacionales de ámbito universal y regional y de naturaleza híbrida, especialmente dirigida a abordar la corrupción asociada al crimen organizado transnacional.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SUPERIORES MILITARES Y CIVILES POR LOS DELITOS COMETIDOS POR LOS SUBORDINADOS

2.1. *Fundamento y primeros precedentes*

Si bien determinados expertos sitúan los orígenes³ de la responsabilidad del superior en los juicios acaecidos tras la Segunda Guerra Mundial (Schabas, 2017: 220; Wallach & Marcus, 2008: 461-462), lo cierto es que esta afirmación suele ser un tanto discutida. Y es que, a juicio de otros autores como Cryer (2010: 388), la primera referencia a esta cuestión debemos situarla en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra; regulación que, como posteriormente explicaremos, se ha visto plasmada en el ECPI (Kiss, 2016: 42). Sea como fuere, lo que parece indiscutible es que el origen se halla en el DIP y el DIH (Olasolo & Canosa, 2018: 449-451). Además, tal y como se ha señalado, esta figura formaría “parte también del Derecho Internacional consuetudinario” e, incluso, ha sido objeto de atención por el TEDH (*Ibid.*: 449-451).

Por lo que respecta al fundamento de la figura cabe señalar, siguiendo a Olasolo & Canosa (2018: 451), que ésta “se encuentra en la obligación jurídica que, conforme al DIP y al DIH, tiene todo superior, civil o militar, debido al control efectivo que despliega sobre sus subordinados, de adoptar las medidas necesarias y razonables a su disposición para prevenir, reprimir y someter a las autoridades competentes los crímenes internacionales cometidos por los mismos”.

2.2. *Regulación en los tribunales internacionales penales de ámbito universal*

2.2.1. *Tribunales ad hoc (Yugoslavia y Ruanda)*

Quizás, una de las novedades más reseñables que han sido aportadas por los tribunales internacionales ad hoc, concretamente por

³ Si se desea leer en profundidad un estudio detallado de la evolución de la figura acúdase a: Wallach & Marcus, 2008: 459-467.

el de Yugoslavia, lo encontramos dentro del caso *Dedalic et. al.* (también conocido como *Celebici*) donde la Sala de Primera Instancia (SPI) concluyó que “el principio de la responsabilidad penal individual de los superiores por no prevenir o reprimir los delitos cometidos por subordinados forma parte del derecho internacional consuetudinario” (TPIY, 1996: párr. 343)⁴.

En efecto, el principio de la responsabilidad del superior jerárquico se incorporó en el articulado de los Estatutos de los dos tribunales ad hoc, con un contenido idéntico. Así, según el art. 7(3) del Estatuto del TPIY (ETPIY), que luego sería replicado por el art. 6(3) del Estatuto del TPIR (ETPIR):

El hecho de que cualquiera de los actos a que se hace referencia en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no exime a su superior de responsabilidad penal si sabía o tenía motivos para saber que el subordinado estaba a punto de cometer esos actos o lo había hecho y el superior no había adoptado las medidas necesarias y razonables para prevenir esos actos o castigar a sus autores.

Estas disposiciones fueron posteriormente analizadas en profundidad por ambos tribunales, teniendo mayor peso la realizada por el TPIY, que será la que, principalmente, desarrollaremos aquí⁵.

Como primera referencia, hemos de referirnos necesariamente a la sentencia de primera instancia de caso *Dedalic et. al.* (párr. 346), donde el TPIY estableció los tres elementos que configuran esta responsabilidad: (a) la existencia de una relación superior-subordinado; (b) el superior sabía o tenía motivos para saber que el acto delictivo estaba a punto de cometerse o se había cometido; y (c) el superior

⁴ Pese a que la confirmación de su estatus como derecho consuetudinario aparece refrendada en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, otros indicios los tendríamos en su inclusión, como luego veremos, en el art. 28 del Estatuto de Roma.

⁵ Aunque nos detendremos en su mayor parte en la jurisprudencia del TPIY, en ciertos aspectos también nos referiremos a la práctica desarrollada por el TPIR.

no adoptó las medidas necesarias y razonables para prevenir el acto delictivo o castigar al autor del mismo⁶.

2.2.1.1. *La necesaria existencia de una relación superior-subordinado*

El ETPIY no realiza una diferenciación concreta entre superiores militares y civiles, entendiendo que a ambos les es aplicable dicha responsabilidad. Así lo constata el propio tribunal, que extiende esta responsabilidad a individuos en “posiciones de autoridad” ya sea dentro de una estructura civil o militar⁷. Así, según el TPIY:

[E]l uso del término genérico “superior” en esta disposición, junto con su yuxtaposición a la afirmación de la responsabilidad penal individual de ‘Jefe[s] de Estado o de Gobierno’ o ‘funcionario[s] gubernamental[es] responsable[s]’ en el Artículo 7(s)’, indica claramente que su aplicabilidad va más allá de la responsabilidad de los comandantes militares para abarcar también a los líderes políticos y otros superiores civiles en posiciones de autoridad [...]. Esta interpretación del ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 3, se ajusta a la doctrina del Derecho consuetudinario de la responsabilidad de mando” (TPIY, 1998: párrs. 356-357).

El TPIR, aunque también aceptó la posibilidad de poder extender la responsabilidad del superior a superiores civiles, determinó en el caso Akayesu, que habría que considerarlo caso por caso, de modo que se valorase en cada situación si el superior contaba, efectivamente, con dicho control sobre sus subordinados para poder, por un lado, evitar los hechos y, por otro, castigarlos en caso de llegar a materializarse (Akayesu, Sentencia de Primera Instancia: párr. 491).

De esta forma, la conclusión a la que llega el TPIY es que, en efecto, la responsabilidad del superior jerárquico por los crímenes come-

⁶ Esta jurisprudencia fue posteriormente confirmada por el TPIY en los casos *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Judgment 25 de junio de 1999, Case No.: IT-95-14/1-T; *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Judgment, 3 de marzo de 2000, Case No. IT-95-14-T. En el caso *Orić*, la sala de apelaciones añadió un cuarto: que los subordinados cometieran un crimen bajo el derecho internacional: *Prosecutor v. Naser Orić*, Judgment Trial Chamber 30 de junio 2006, Caso. No. IT-03-68-A, párr. 294

⁷ *Ídem*.

tidos por sus subordinados será exigible a civiles pero “solamente a aquellos que ejercitan un grado de control sobre sus subordinados similar al de los comandantes militares” (TPIY, 1998: párr. 378). La prueba determinante, por tanto, residirá en la existencia del control efectivo/material entre el superior (militar o civil) y el subordinado. Del mismo modo, en Kayishema et al (TPIR, 1999: párr. 216), el TPIR consideró que “la cuestión crucial en esos casos no era la condición civil del acusado, sino el grado de autoridad que ejercía sobre sus subordinados”.

A este respecto, es menester mencionar el caso Oric, en el que la Sala de Apelaciones del TPIY alegó que la Fiscalía debería probar el control efectivo más allá de toda duda razonable al alegar una relación superior-subordinado en el sentido del art. 7(3) del ETPIY (Sentencia de Apelación: párr. 91). Ello implica que el hecho de que la autoridad tenga solo el control delegado *de iure* no es suficiente para afirmar que exista en la práctica. En definitiva, según queda sentado en su jurisprudencia, si el control es “ausente o muy remoto”, no puede culparse al superior (TPIY, 1998: párr. 377).

A este respecto, es también importante mencionar ciertos indicadores utilizados por el TPIY y el TPIR para demostrar la existencia de dicho control, como puede ser “la conducción de operaciones de combate que involucren a las fuerzas que cometieron los delitos, o la participación en negociaciones que afecten a dichas fuerzas” (Olasolo, 2013: 787).

2.2.1.2. *El superior sabía o tenía razones para saber que se cometieron o se iban a cometer los hechos*

El componente subjetivo del injusto (*mens rea*) fue definido por el TPIY en la sentencia de primera instancia del caso Delalic *et. al.* (párr. 383) de la siguiente manera:

Tenía conocimiento efectivo, acreditado mediante pruebas directas o circunstanciales, de que sus subordinados estaban cometiendo o a punto de cometer los delitos a que se refieren los artículos 2 a 5 del Estatuto, o cuando tuviera en su poder información de una naturaleza que, como mínimo, le pusiera sobre aviso del riesgo de tales delitos, indicando la necesidad de una investigación adicional para determi-

nar si tales delitos fueron cometidos o estaban a punto de ser cometidos por sus subordinados.

Esto significa que contamos con dos posibilidades: o el superior sabía directamente que las acciones se estaban cometiendo o se iban a cometer; o disponía de información suficiente para llegar a saberlo, es decir, “tenía razones para conocer”.

En el primero de los casos, hemos de partir de la base de que el TPIY rechazó la presunción de conocimiento de los superiores (Ambos, 1999: 543) al contrario de lo que se hizo, por ejemplo, en los casos tras la Segunda Guerra Mundial, en los que, independientemente de que no se llegara a probar el conocimiento efectivo por parte del superior (caso Yamashita), se le condenó debido al componente de peligrosidad que ese desconocimiento llevaba aparejado⁸.

No obstante, el TPIY en el caso Blaskic interpretó que podrían utilizarse toda una serie de indicios como prueba de que se tenía conocimiento efectivo de la situación; a saber: el número y tipo de tropas involucradas, la logística utilizada, la localización de los hechos, la rapidez de las operaciones, el modus operandi para la comisión de los hechos, el personal que participó o la localización del comandante (TPIY, 2000: párr. 307).

Por otro lado, en la segunda alternativa arriba mencionada, surge la pregunta sobre cómo se puede probar que el superior disponía de suficiente información como para afirmar que “tenía razones para conocer”. Aunque como acabamos de argumentar, se rechaza una presunción total de conocimiento (que, implicaría, por tanto, la condena automática del superior), el TPIY sí que reconoce, también en este caso, la aplicación de ciertos indicios para poder probar que el superior contaba con información suficiente. En el caso Aleksovski, el TPIY alega, por ejemplo, que “[l]a posición superior de un indivi-

⁸ En este sentido es interesante la reflexión de Hessler, para quien la condena a Tomoyuki Yamatisha por el desconocimiento ante los crímenes cometidos por las tropas a su cargo ha de ser interpretada en el sentido de que “total ignorance raised unacceptable general risk of future subordinate criminality, those crimes becoming chargeable to him as soon as they occurred” (Hessler, 1973: 1283).

duo per se es un indicio significativo de que tenía conocimiento de los crímenes cometidos por sus subordinados” (Sentencia de Primera Instancia: párr. 80). A este respecto, el TPIY en este caso reconoce únicamente unas indicaciones de carácter geográfico, en el sentido de que cuanto más alejado esté el superior del lugar donde sus subordinados cometen los crímenes por los que se le acusa, más difícil será contar con indicios reales para probar su conocimiento de los hechos (*Ídem.*).

No obstante, en la sentencia de primera instancia del caso Blaskic (2000: párr. 322), se afirma que un comandante puede ser responsable de los delitos cometidos por sus subordinados si “no ejerció los medios de los que disponía para enterarse del delito y, dadas las circunstancias, debería haberlo sabido, constituyendo tal falta de conocimiento una negligencia criminal”. En base a la expresión “poseían información”, recogida en el art. 86(2) del Protocolo I, la Sala de Primera Instancia del TPIY concluye que “[...] teniendo en cuenta su particular cargo de mando y las circunstancias imperantes en ese momento, tal ignorancia no puede ser una defensa cuando la falta de conocimiento es el resultado de negligencia en el desempeño de sus funciones” (*Íbid.*: párr. 332).

Según Olasolo (2013: 803), esta interpretación implica que la Sala de Primera Instancia en este caso da la misma validez a las expresiones “hubiere debido saber” (*should have known*) y “tenía razones para saber” (*had reason to know*), es decir, como si ambas fueran un estándar de imprudencia simple. Sin embargo, como esta jurisprudencia fue revocada en apelación, ambos estándares quedaron claramente diferenciados. Así, la expresión “hubiera debido saber” se refiere a un estándar de mera falta de diligencia, por no haber hecho el superior todo lo posible por informarse. Empero, “tenía razones para saber” implicaría según la Sala de Apelación del TPIY que: “[...] un superior sólo será penalmente responsable a través de los principios de responsabilidad del superior si disponía de información que lo hubiera puesto en conocimiento de los delitos cometidos por subordinados” (*Delalic et. al.*, Sentencia de Apelación: párr. 241).

En un sentido similar se pronunció la Sala de Apelaciones en el caso Bagilishema, donde completó la mencionada interpretación en *Delalic et al.* al afirmar que “[...] la información no necesita propor-

cionar detalles específicos sobre actos ilícitos cometidos o a punto de ser cometidos por sus subordinados” (Bagilishema, Sentencia de Apelación, párr. 42). En efecto, el estándar “tener razones para saber” implica que el superior tenga información general de la peligrosidad de la situación “que le haya alertado del riesgo de la comisión del delito”, lo que necesariamente requiere de la apertura de una investigación para confirmar o no dicha información (Olasolo, 2013: 803).

2.2.1.3. Falta del superior al no adoptar las medidas necesarias y razonables para impedir los actos criminales o castigar a quienes los perpetraron

Como es sabido, la naturaleza de este injusto es la de una omisión: que el superior ante la comisión de crímenes internacionales por sus subordinados, o ante informaciones que apunten a su comisión, no los impida o no los castigue o ponga en conocimiento de las autoridades competentes para juzgarlos.

En primer lugar, es menester detenerse en lo sentado por el TPIY en el caso *Strugar*, en el sentido de que, si damos por bueno que la definición de superior queda ligada al control efectivo sobre las acciones de sus subordinados, éste será responsable por no tomar las medidas necesarias y razonables dentro de sus “posibilidades materiales” (Sentencia de Primera Instancia: párr. 372). Es decir, no se les puede exigir acciones imposibles o irreales, que vayan más allá de sus competencias en la práctica (“dentro de sus poderes”, TPIR, 1999: párr. 217).

Por otro lado, se constata que, dentro de la jurisprudencia del TPIY, nos encontramos ante las omisiones de “prevenir” y “castigar” que configuran esta forma de responsabilidad (TPIY, 2005: párr. 372). Según la sala de apelaciones del TPIY en el caso *Blaskic*, “[...] la falta de castigo y la falta de prevención implican diferentes delitos cometidos en diferentes momentos: la falta de castigo se refiere a delitos pasados cometidos por subordinados, mientras que la falta de prevención se refiere a futuros delitos de subordinados” (TPIY,

2004: párr. 83). Es menester incidir en que estas obligaciones no son optativas, no pudiéndose compensar una en detrimento de la otra.

En cuanto a la obligación de prevenir, el TPIY, en el caso *Strugar*, constata que, como obligación que nace antes de que se cometa el crimen, “si un superior tiene conocimiento o tiene razones para saber que se está cometiendo o está a punto de cometerse un delito, tiene el deber de evitar que ocurra el delito y no tiene derecho a esperar y castigar después” (TPIY, 2005: párr. 373).

De esta forma, según se prevé en el art. 86(2) del Protocolo I es necesario que el superior tome “todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción”. Según el TPIY, de entre las acciones que tendría la obligación de tomar para evitar que se cometieran esos crímenes, destaca:

El hecho de que el superior no haya obtenido informes de que las acciones militares se han llevado a cabo de conformidad con el derecho internacional, el hecho de que no haya dictado órdenes encaminadas a armonizar las prácticas pertinentes con las normas de la guerra, la falta de protesta o de crítica de las acciones penales, la falta de adopción de medidas disciplinarias para impedir la comisión de atrocidades por parte de las tropas bajo su mando, y el hecho de no insistir ante una autoridad superior en que se tomen medidas inmediatas” (*Ibid.*: párr. 374)

Por otro lado, contamos con la otra cara de la obligación, la de castigar a los subordinados que cometieron los crímenes. Siguiendo la misma lógica, si la obligación de prevenir aparece antes de la comisión de los hechos, la de castigar lo hará, evidentemente, una vez han sido perpetrados. A este respecto, en el caso *Kordic & Cerkez* se afirma que el superior tiene “al menos la obligación de investigar los delitos para establecer los hechos y denunciarlos a las autoridades competentes, si el superior no tiene la facultad de sancionarlos por sí mismo” (Sentencia de Primera Instancia: párr. 446). En cuanto a los superiores jerárquicos no militares, estos tendrán también la obligación de tomar acciones de castigo dentro del ámbito de sus competencias.

2.2.2. Corte Penal Internacional

El ECPI⁹ recoge en su art. 28 la “responsabilidad de los jefes y otros superiores”, de manera que, a diferencia de sus antecesores, el ECPI dedica un artículo en exclusiva a regular esta figura¹⁰ de la siguiente manera:

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

- (a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:
 - (i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y
 - (ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades.

⁹ El texto del Estatuto de Roma se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, y fue enmendado por los *procès verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1º de julio de 2002.

¹⁰ A pesar de que, por cuestiones de espacio, no nos detendremos en este punto, cabe dejar anotado que junto con el art. 28 es relevante una lectura en conjunto de los art. 25 (en el que se regula la responsabilidad penal individual), el art. 27 (relativo a la impropiedad del cargo oficial) y, finalmente, el art. 33 (que se refiere a las órdenes emitidas por los superiores). Así mismo, quisiéramos añadir que en el presente trabajo no vamos a analizar temas más complejos y técnicos como los que se refieren a la autoría y participación en los crímenes internacionales. Para una lectura en profundidad de estas cuestiones recomendamos el extenso manual elaborado por (Olasolo, 2013).

des competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

- (b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:
 - (i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;
 - (ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y
 - (iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Tal y como ha tenido ocasión de afirmar la propia CPI en el caso Bemba, un superior puede considerarse responsable por una conducta cometida por su subordinado si no ha atendido sus obligaciones de prevenir y reprimir la conducta o remitir la cuestión a la autoridad competente (CPI, 2012: párr. 405). Es decir, la responsabilidad aquí analizada, prevista en el art. 28 del ECPI, es independiente y diferente de aquella en la que puede incurrir una persona por cometer uno de los crímenes sobre los que ejerce su jurisdicción la CPI (Decisión de Confirmación de Cargos: párr. 405).

Tal y como ha señalado Schabas (2017: 220-221), lo cierto es que la incorporación de la responsabilidad de los superiores no causó gran controversia a la hora de redactar el ECPI y su extensión a los responsables civiles recibió un rápido apoyo, pese a levantarse ciertas voces en su contra. A este respecto, resulta oportuno subrayar que el ECPI diferencia claramente dos supuestos: por una parte, en el apartado (a) hace referencia a la responsabilidad de los jefes militares o

los que actúen efectivamente como tales; y, por otra, en el apartado (b) se regula la responsabilidad de los superiores civiles.

Si nos centramos en el concepto de “jefe militar”, debemos señalar que la CPI ha tenido la ocasión de referirse a este término y, así, ha señalado que se trata de una categoría de personas que llevan a cabo funciones de comandancia militar, lo que englobaría cualquier tipo de responsabilidad con independencia de su rango o nivel (Bemba, Decisión de Confirmación de Cargos: párr. 408). En todo caso, la prueba de una relación entre superior-subordinado no requiere la identificación nominal de los autores materiales (Bemba, Sentencia de Primera Instancia: párr. 189).

En cambio, cuando nos referimos a la expresión “o que actúe efectivamente como jefe militar”, la CPI ha considerado que nos referimos a un concepto más amplio que el anterior ya que, en esta ocasión, esta categoría se refiere a aquéllos que, por ley, no están obligados a llevar a cabo una función de superior, pero que, de facto, ejercen el control efectivo sobre un grupo de personas (Bemba, Decisión de Confirmación de Cargos: párr. 409). Es decir, dentro de este colectivo podríamos situar a quienes dirigen unidades de policía armada o fuerzas irregulares (como grupos rebeldes, unidades paramilitares, movimientos de resistencia armados o milicias que siguen una estructura militar jerárquica) (*Ibid.*: párr. 410).

El segundo elemento requerido por el ECPI radica en el “control efectivo”. Es decir, tal y como señala el ECPI, los crímenes han debido de ser “cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad u control efectivo”¹¹. Si bien parece que nos hallamos ante dos situaciones diferentes, lo cierto es que la CPI ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto y ha declarado que esta diferente denominación no tiene ningún efecto sustancial en la práctica (*Ibid.*: párr. 412)¹².

¹¹ Algunos expertos emplean la expresión “posición de garante” para referirse a esta cuestión (*vid.* en este sentido: Kiss, 2016: 42).

¹² Resulta relevante añadir que: “effective control is generally a manifestation of a superior-subordinate relationship between the suspect and the forces or subordinates in a de jure or de facto hierarchal relationship (chain of command)” (ICC-01/05-01/08-424), párr. 414). Es decir, “the concept of

Por otra parte, conviene añadir que “el ‘control efectivo’ es un elemento determinante en la responsabilidad del superior” (Kiss, 2016: 46). Por ello, la consecuencia inevitable de esta postura es que si el superior perdió el control efectivo sobre sus subordinados en cualquier etapa anterior al momento en que se proponían cometer el delito el superior no puede ser responsabilizado (*Ibid.*: 49). A este respecto cabe añadir que “el control efectivo no tiene que ser exclusivo, sino que puede ser compartido” (Olasolo & Canosa, 2018: 460).

A la hora de determinar cuándo se ha ejercido dicho control efectivo, que, en todo caso, debe producirse en el momento de la comisión del crimen (Bemba, Decisión de Confirmación de Cargos: párr. 418), la CPI ha señalado que nos hallamos ante un elemento que debe probarse caso por caso (*Ibid.*: párr. 416). No obstante, ha considerado que ciertos factores pueden ayudar a determinar estos indicios como, por ejemplo:

(i) el cargo oficial del sospechoso; (ii) su facultad de dictar o dar órdenes; (iii) la capacidad de asegurar el cumplimiento de las órdenes emitidas (es decir, asegurar que se ejecutarían); (iv) su cargo dentro de la estructura militar y las tareas concretas que desempeñó; (v) la capacidad de ordenar a las fuerzas o unidades bajo su mando, ya sea bajo su mando inmediato o en niveles inferiores, que participen en hostilidades; (vi) la capacidad de subordinar unidades o realizar cambios en la estructura de mando; (vii) la facultad de ascender, sustituir, remover o disciplinar a cualquier miembro de las fuerzas; y (viii) la autoridad para enviar fuerzas donde se desarrollen las hostilidades y retirarlas en cualquier momento” (*Ibid.*: párr. 417).

Llegados a este punto, consideramos relevante detenernos brevemente en la discusión jurídica que se produjo en la sentencia de

“effective control” is mainly perceived as “the material ability [or power] to prevent and punish” the commission of offences, and, as such, failure to exercise such abilities of control gives rise to criminal responsibility if other requirements are met. In the context of article 28(a) of the Statute, “effective control” also refers to the material ability to prevent or repress the commission of the crimes or submit the matter to the competent authorities. To this end, this notion does not seem to accommodate any lower standard of control such as the simple ability to exercise influence over forces or subordinates, even if such influence turned out to be substantial” (ICC-01/05-01/08-424), párr. 415).

apelación del caso Bemba, que revocó la sentencia de primera instancia y absolvió al acusado. En particular, hay que destacar que los jueces Van den Wyngaert y Morrison, en su voto particular a la sentencia (aunque concurrente con el resultado final)¹³, argumentaron, sin que ninguno de los otros tres jueces de la Sala de Apelaciones lo compartiera, que el hecho de que los comandantes de más alto rango debieran tener en cualquier caso y circunstancia (con independencia del lugar donde se encontraran en el momento de la comisión de los hechos) un control efectivo de las actuaciones de sus subordinados, podría llegar a ser imposible en la práctica. A su juicio, lo que ha de requerirse de un comandante (tanto en términos de distancia, como en el tipo de medidas que se espera que tomen para prevenir el comportamiento delictivo), debería depender de lo cerca que estén de los autores materiales en la cadena de mando (Bemba, Decisión Concurrente de Van den Wyngaert & Morrison: párr. 33); todo ello, claro está, basado en el control efectivo que exige el art. 28 del ECPI.

De esta forma, según Van den Wyngaert & Morrison, sería materialmente imposible que los comandantes de más alto rango tuvieran la capacidad de controlar de forma efectiva el comportamiento individual de cientos o miles de soldados y, por ello, añaden que esta tarea debería delegarse en comandantes de más bajo nivel que, en definitiva, son los que se encuentran en el terreno (*Íbid.*: párrs. 33-34). De hecho, para estos dos jueces la proximidad de éstos con respecto a los perpetradores físicos del crimen juega un papel determinante a la hora de atribuir la responsabilidad penal (*Ídem.*). Así, su responsabilidad se debería limitar a evaluar la labor de estos comandantes de más bajo rango, debiendo reemplazarlos o aumentar su autoridad en caso de que no puedan realizar esta tarea o no la hagan correctamente. En definitiva, a diferencia de lo planteado por el resto de la Sala de Apelaciones, Van den Wyngaert y Morrison concluyen que, en caso de comisión de un crimen por parte de un soldado, el comandante de mayor rango no sería responsable del mismo por falta de su supervisión directa, sino por no haber monitoreado el comportamiento de su superior inmediato (*Ídem.*).

¹³ Si se desea profundizar en el análisis de este voto particular, *vid.*: Ambos, 2018.

El tercer elemento que merece ser analizado radica en la expresión “en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas”. Es decir, el ECPI excluye la responsabilidad cuando no hay una relación de causalidad (Cryer, 2010: 397), ya que debe existir una relación entre la comisión de los crímenes y el hecho de que el superior militar no haya ejercido el oportuno control. Ahora bien, a pesar de que el ECPI incluye ese elemento de causalidad entre la conducta del superior y los crímenes subyacentes, la CPI ha añadido que dicha causalidad solo se refiere a la obligación del superior de prevenir la futura comisión de los crímenes (Bemba, Decisión de Confirmación de Cargos: párr. 424)¹⁴.

El siguiente elemento que debe ser analizado radica en la expresión recogida en art. 28(a) (i) del ECPI que exige que el superior militar “[h]ubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”. A este respecto, cabe señalar que el elemento mental de la responsabilidad del superior es uno de los aspectos más controvertidos (Cryer, 2010: 392), ya que nos hallamos ante un extremo que no cabe presumir (Bemba, Decisión de Confirmación de Cargos: párr. 430). Para ello, la CPI ha añadido que el artículo 28 que aquí analizamos hace referencia a dos estándares: el primero, exige un conocimiento actual y el segundo, en cambio, es una forma de imprudencia (*Íbid.*: párr. 429)¹⁵. En todo caso, el citado artículo no exige que el superior conociera las identidades de los individuos que cometieron los crímenes.

¹⁴ Por ello, se ha concluido que “to find a military commander or a person acting as a military commander responsible for the crimes committed by his forces, the Prosecutor must demonstrate that his failure to exercise his duty to prevent crimes increased the risk that the forces would commit these crimes (ICC-01/05-01/08-424), párr. 426).

¹⁵ Algunos de los elementos que se citan y que pueden ser tomados en consideración son los siguientes: “the number of illegal acts, their scope, whether their occurrence is widespread, the time during which the prohibited acts took place, the type and number of forces involved, the means of available communication, the modus operandi of similar acts, the scope and nature of the superior’s position and responsibility in the hierarchal structure, the location of the commander at the time and the geographical location of the acts” (ICC-01/05-01/08-424, párr. 431).

Finalmente, el apartado 28 (a) (ii) del artículo añade un último requisito relativo a que el superior militar “[n]o hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”. Como ha explicado la CPI, nos hallamos ante tres obligaciones diferentes que tienen lugar en tres momentos también diferentes: antes (prevenir), durante (reprimir en el sentido de poner fin a la comisión de los crímenes) y después de su consumación (castigar o enviar la cuestión a las autoridades competentes) (*Íbid.*: párr. 436)¹⁶.

Finalmente, conviene añadir que las medidas que sean “necesarias y razonables” deberán ser analizadas caso por caso y, en todo caso, siempre teniendo en cuenta las posibilidades materiales de su adopción por parte del responsable (*Íbid.*: párr. 443).

Tal y como hemos adelantado previamente, la responsabilidad de los superiores se extiende también a los superiores civiles, conforme al art. 28(b) del ECPI. Si analizamos este apartado, podemos extraer las siguientes conclusiones. En primer lugar, cabe apreciar que el ECPI simplemente señala que el superior civil será responsable por los crímenes cometidos por los subordinados que se encuentren “bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado”. Es decir, tal y como acertadamente se ha señalado, no se hace referencia alguna al término “mando”, lo que implica que la capacidad de los civiles a la hora de controlar a los subordinados (y, por ende, la estructura jerárquica en la que se incardinan) pareciera no ser la misma que la que pudiera tener un jefe militar. Sin embargo, en dicho apartado, como cabe apreciar, sí que se hace referencia expresa a la “autoridad y control efectivo”. En este

¹⁶ Ahora bien, la Corte aclara que “although the Statute uses alternative language (“or”) it is clear that failure to discharge any of these duties may attract criminal liability. For example, a failure to prevent the crimes, when the commander was under a duty to do so, cannot be remedied by subsequently punishing the perpetrators” (ICC-01/05-01/08-3343, párr. 201). Para un análisis más detallado en torno a la interpretación que ha dado la Corte a cada uno de los tiempos citados, véanse los párrafos 437-442 de ICC-01/05-01/08-424).

caso, y tal y como se ha argumentado, “el grado de control exigido para afirmar la existencia de una relación superior-subordinado es similar para superiores militares y civiles” (Olasolo & Canosa, 2018: 459). Por ello, y dado que ya hemos explicado en líneas anteriores qué implica este “control”, nos remitimos a los párrafos previos con el objetivo de no resultar repetitivos.

En segundo lugar, si atendemos a los requisitos enumerados para imputar la responsabilidad a los superiores civiles, cabe apreciar que, en virtud del artículo citado, estos son tres. Por una parte, el superior ha de tener “conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”. Como cabe deducir, este nivel de exigencia atribuible a los superiores civiles es superior al exigido a los militares, lo que podría llegar a interpretarse como un supuesto de imprudencia grave o culpa consciente (Olasolo & Canosa, 2018: 467-468). Por otra parte, los crímenes han de guardar “relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo”, lo que, a diferencia de lo que ocurría con los superiores militares, parece restringir la responsabilidad de los superiores civiles a las actividades desarrolladas por sus subordinados en el marco de su competencia. Es decir, la responsabilidad civil, a diferencia de la militar, parece limitarse a las actividades que, desde una perspectiva jurídico-formal, se encuentran bajo la jurisdicción o competencia del superior civil. Y, finalmente, se imputará la responsabilidad si el superior “no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.

2.3. Los tribunales internacionales penales de ámbito regional: Protocolo de Malabo y Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Transnacional Organizado

Existen dos iniciativas existentes en este momento de cara a crear tribunales internacionales penales (TIPs) de ámbito regional. Por una parte, el proyecto, aún incipiente, de una COPLA, en cuya pro-

puesta de estatuto no se incluyen por el momento las formas de autoría y participación.

Por otra parte, el Protocolo de Malabo, establecido en 2014 (si bien aún no ha entrado en vigor) como consecuencia de las tensiones existentes entre los países africanos y la CPI, recoge en su art. 46B.3 la figura de la responsabilidad del superior jerárquico por los crímenes cometidos por sus subordinados. Tal y como se ha analizado en esta obra en el capítulo temático que aborda este tribunal, este artículo aplicó el modelo construido en el TPIY y el TPIR, dejando de lado el de la CPI. De esta forma, la fórmula seguida por el Protocolo es, en cuanto al elemento subjetivo, si el superior será responsable en caso de que “supiera o tuviera razones para saber” que se habían cometido o se iban a cometer. Y, por otro lado, en cuanto a las obligaciones correspondientes en su caso, el superior tendrá la obligación de prevenir tales hechos o, si ya se hubieran cometido, castigar a los perpetradores. Igualmente, no incorpora una distinción específica para superiores civiles y militares ni el vínculo de causalidad.

2.4. Los tribunales híbridos

2.4.1. Tribunal Especial para Sierra Leona

La inclusión de la responsabilidad del superior jerárquico dentro de la competencia del TESL viene de la mano del art. 6 de su Estatuto (ETESL), aprobado en el acuerdo firmado en Freetown entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona el 16 de enero de 2002. Este artículo recoge la referencia ya conocida del art. 7 del ETPIY y el art. 6 del ETPIR.

La responsabilidad del superior jerárquico fue parte importante de los escritos de acusación elaborados por la Fiscalía. Así, por ejemplo, en el caso Backarie¹⁷, esta última argumentó que “siguiendo el art. 6 (3) [del Estatuto], el acusado es responsable de los actos delictivos de sus subordinados en la medida en que sabía o tenía moti-

¹⁷ Caso sobreesido el 8 de diciembre de 2003 debido a la muerte del acusado, Sam Bockarie.

vos para saber que el subordinado estaba a punto de cometer tales actos o lo había hecho y el acusado no tomó las medidas necesarias y razonables para prevenir tales actos o castigar a los autores de los mismos” (Escrito de acusación: párr. 29)¹⁸.

Por su parte, en el caso Fofana & Kondewa, la Sala de Primera Instancia, con base en lo afirmado por el TPIY en el caso Delalic *et al.*, subrayó que estamos ante un principio ya asentado en el DIH consuetudinario (Sentencia de Primera Instancia: párr. 233)¹⁹. Así mismo, resulta necesaria la concurrencia del triple requisito arriba analizado para su efectiva aplicación: (a) existencia de una relación entre superior jerárquico y subordinado (independientemente de que el superior tenga la consideración de civil o militar); (b) que el superior conociera o tuviera razones para conocer los hechos punibles imputables a sus subordinados; y (c) que el superior no adoptara las medidas necesarias y razonables para prevenirlos y, en caso de llegar a cometerse, castigar posteriormente a sus subordinados (*Íbid.*: párr. 235)²⁰.

2.4.2. Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya

El art. 29 de la Ley para el Establecimiento de las SETC, de 27 de octubre de 2004 regula la responsabilidad individual en los siguientes términos:

El hecho de que cualquiera de los actos a que se refieren los artículos 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de esta ley haya sido cometido por un subordinado no exime al superior de responsabilidad penal si el superior tenía mando y control efectivos o autoridad y control sobre el subordinado, y si el superior sabía o tenía motivos para saber que el subordinado estaba a punto de cometer tales actos o, habiéndolo hecho el superior no

¹⁸ Traducción propia. La Fiscalía del Tribunal Especial para Sierra Leona siguió esta misma línea de acusación en los casos Koroma (7 de marzo de 2003, párr. 27), Sankoh (7 de marzo de 2003, párr. 30), Sesay (2 de agosto de 2006, párr. 39) y Charles Taylor (29 de mayo de 2007, párr. 34).

¹⁹ *Vid.* también: TESL, 2009: párr. 282.

²⁰ Estos requisitos también fueron expuestos en el caso *Brima et al.* (TESL, 2007: párr. 781), caso *Sesay* (TESL, 2009: párr. 28) y caso *Charles Taylor* (TESL, 2012: párr. 490).

tomó las medidas necesarias y razonables para prevenir tales actos o castigar a los autores.

A pesar de su parecido con los art. 7(3) del ETPIY y 6(3) del ETPIR, el mencionado art. 29 de la Ley de las SETC recoge, al igual que el art. 28 del ECPI, un requisito de control/autoridad sobre el subordinado que, en el caso de los tribunales ad hoc, tuvo que ser formulado por su jurisprudencia. Sin embargo, esta misma disposición mantiene, dentro del elemento subjetivo, los indicios de conocimiento de la situación y hace referencia a la expresión “tenía motivos para saber” que, como hemos señalado, es característica del TPIY y el TPIR. Además, tampoco distingue entre militares y civiles (Chadimova, 2018: 175-176), ya que menciona solamente a “superiores” sin distinción de posición alguna.

En cuanto a la jurisprudencia de las SETC, como ya hiciera el TESL, ésta ha reafirmado el carácter consuetudinario de este principio en la Sentencia de Primera Instancia en el caso Kaing Guek Eav *et al.* (párr. 478) y la necesidad de que sus tres conocidos requisitos sean probados (*Ibid.*: párr. 538).

2.4.3. Tribunal Especial para Líbano

La Resolución 1757 del CSNU de 30 de mayo de 2005 aprobó el ETEL, a petición del Gobierno libanés, con el fin de juzgar los hechos punibles (y delitos conexos) que tuvieron lugar en Beirut el 14 de febrero de 2005, y que concluyeron con el asesinato de 22 personas, entre ellas, el ex primer ministro libanés, Rafiq Hariri.

Una de las principales diferencias que se aprecia si lo comparamos con los estatutos de los otros tribunales internacionales e híbridos, es que el TEL cuenta con competencia para conocer de los delitos tipificados en el ordenamiento jurídico interno libanés. De hecho, cuenta con la competencia de juzgar el delito de terrorismo, tal y como se tipifica en el su derecho interno. Esto explica, como afirma Liñán (2019: 132), por qué otros tribunales como el TPIY o el TESL han incluido “[...] el concepto de terror encuadrado como un tipo específico del crimen de guerra [...] en el contexto de ataques

generalizados en un conflicto bélico contra personas que no participaban activamente en las hostilidades”.

El art. 3(2) del ETEL recoge la responsabilidad del superior jerárquico, estableciendo que, dentro de la relación entre superior y subordinado, “un superior será penalmente responsable de cualquiera de los delitos enunciados en el artículo 2 del presente Estatuto cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivos, como consecuencia de que no ejerza un control adecuado sobre dichos subordinados”²¹.

A diferencia de los estatutos de los THs anteriormente analizados, es el propio ETEL el que recoge los requisitos necesarios que definen el concepto de responsabilidad del superior: (a) el superior conocía o ignoraba conscientemente la información a su disposición que indicaba claramente que los subordinados estaban cometiendo o a punto de cometer esos delitos; (b) los delitos se referían a actividades que estaban bajo la responsabilidad y el control efectivos del superior; y (c) el superior jerárquico no adoptó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para impedir o reprimir su comisión o para someter el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento.

En el caso *Ayyash et al.*, la Sentencia de Primera Instancia (párr. 5909), reafirma su naturaleza consuetudinaria, con referencia, entre otras, a la jurisprudencia en los casos *Delalic et al.* del TPIY y *Fofana & Kondewa* del TESL.

2.4.4. Las Salas Especializadas de Kosovo

Dentro de la práctica del TPIY, la Fiscalía llamó la atención sobre la imposibilidad de que el tribunal pudiera conocer de los crímenes cometidos en Kosovo desde 1998. De ese modo, tras la intervención de la Unión Europea y la creación de su *Special Investigation Task Force*, que recabó evidencias suficientes sobre la comisión de crímenes internacionales en Kosovo, la Asamblea Nacional de este país aprobó la Ley núm. 05/L-53 *On Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's*

²¹ Traducción propia.

Office. Esta legislación contiene su regulación básica, recogiendo su art. 16 (c) el concepto de responsabilidad del superior jerárquico en los siguientes términos:

[El hecho de que cualquiera de los actos u omisiones haya sido cometido por un subordinado no exime a su superior de responsabilidad penal si sabía o tenía motivos para saber que el subordinado estaba a punto de cometer tales actos o lo había hecho y el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para prevenir tales actos o castigar a los autores de los mismos²².

Esta formulación, que responde al modelo de los tribunales internacionales ad hoc y de la casi totalidad de los THs analizados en este trabajo, fue aplicada por la Fiscalía en el escrito de acusación contra Salih Mustafá, que, con base en la jurisprudencia de dichos tribunales, imputó al acusado los crímenes de guerra de detención arbitraria, tratos crueles, tortura y asesinato. En este sentido, la acusación señaló que Mustafá: (a) “[...] era consciente de la probabilidad de que se cometieran estos delitos y de que sus actos u omisiones contribuirían a su comisión” (Escrito de acusación: párr. 11)²³; (b) “[...] ejercía un control y un mando tanto *de iure* como *de facto* sobre los miembros del KLA que cometieron los crímenes imputados en esta acusación” (*Ibid.*: párrs. 14-15); y (c) “[...] sabía o tenía razones para saber que los crímenes estaban a punto de ser cometidos o habían sido cometidos por ciertos miembros del KLA bajo su control efectivo a través de numerosas fuentes” (*Ibid.*: párr. 16).

3. ANÁLISIS COMPARADO DE SU REGULACIÓN EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES PENALES E HÍBRIDOS

Habiendo analizado por separado la regulación existente acerca de la responsabilidad del superior jerárquico en los distintos TIPs de ámbito universal y regional e híbridos, a continuación, realizaremos una comparativa de toda la normativa anterior para, en el punto si-

²² Traducción propia.

²³ Traducción propia.

guiente, poder analizar si este principio pudiera llegar a ser aplicado a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT).

Para ello, hemos dividido este apartado en tres secciones según los requisitos sentados por los tribunales ad hoc y seguidos por el Protocolo de Malabo y la gran mayoría de los THs aquí analizados: (a) articulación del requisito de la “relación superior-subordinado” tanto para superiores militares como civiles; (b) elemento subjetivo requerido del superior; y (c) elemento objetivo relativo a la omisión por el superior de las medidas necesarias y proporcionales a su disposición para prevenir los delitos y castigar a sus subordinados (o enviar el asunto a las autoridades competentes a estos efectos).

3.1. La relación superior-subordinado

Como se ha venido apuntando, los estatutos y/o jurisprudencia de los distintos tribunales establecen que el concepto de responsabilidad del superior es aplicable a cualquier tipo de superior, ya sea este una autoridad militar o un superior civil. En ese sentido, resulta particularmente relevante lo señalado por el TPIY en el caso *Delalic et. al.*:

En determinadas circunstancias, las personas efectivamente al mando de aquellas estructuras más informales, con poder para prevenir y castigar los crímenes cometidos por personas que estén de hecho bajo su control, pueden ser responsabilizadas por no haber prevenido ni castigado. Por lo tanto, la Sala de Primera Instancia acepta la [...] proposición según la cual los individuos que ocupan posiciones de autoridad, sean civiles o militares, pueden incurrir en responsabilidad penal según la doctrina de la responsabilidad por el mando en calidad de superiores, tanto *de facto* como de *iure*. En consecuencia, la mera ausencia de autoridad jurídico-formal para controlar las acciones de los subordinados no debe ser interpretada como un obstáculo para imponer ese tipo de responsabilidad (Sentencia de Primera Instancia: párr. 354)²⁴.

²⁴ Traducción de: Case Matrix Network, 2016: 56-57. La misma opinión podemos encontrarla en el caso *Aleksovski*: “La Sala considera que cualquier persona, incluso civil, puede ser responsabilizada de conformidad con el párrafo 3) del Artículo 7 del Estatuto si se prueba que esa persona ejercía autoridad efectiva sobre los autores de los crímenes. Esta autoridad puede

Como sostiene Meloni (2010: 156), esta posición ha sido seguida también por la jurisprudencia de la CPI, no sólo porque el art. 28(b) contiene una regulación específica para superiores civiles, sino porque el propio art. 28(a), relativo a quienes ostentan la condición de “jefe militar” o “actúe[n] efectivamente como jefe militar”, ha sido interpretado de manera que extiende el ámbito de aplicación del concepto de responsabilidad del superior más allá de los superiores militares en sentido estricto (CPI, Bemba, Decisión de Confirmación de Cargos: párr. 409). A este respecto, Meloni señala que “[e]n línea con la jurisprudencia del TPIY y del TPIR, en su primera decisión sobre el tema [Bemba] la CPI confirmó que la categoría de jefes equiparables a los militares puede abarcar superiores que tienen autoridad y control sobre fuerzas irregulares, tales como grupos rebeldes, unidades paramilitares, incluyendo movimientos de resistencia armadas y milicias estructuradas en una jerarquía militar y con una cadena de mando” (2010: 156).

Además, el art. 28 (b) del ECPI añade a las categorías de “jefe militar” *stricto sensu*²⁵ y de quien “actúe efectivamente como jefe militar”²⁶ una tercera categoría consistente en “superior civil”, que no se encuentra en los demás TIPs y THs (Garrocho, 2016: 131). El art. 28 (a) y (b) del ECPI requiere para cada una de estas categorías un grado

ser inferida a partir de la capacidad del acusado de impartir órdenes y de castigar a los autores en caso de incumplimiento”. TPIY, 1999: par. 103. Traducción de: Case Matrix Network - Centre for International Law Research and Policy, *Responsabilidad...* *op.cit.*, p. 57.

²⁵ En el caso Bemba, la CPI interpretó que “jefe militar” será “la persona que formal o legalmente está encargada de llevar a cabo funciones de comandante militar, de acuerdo con la legislación, los procedimientos y la práctica del Estado de que se trate (lo que tradicionalmente se ha designado con la expresión “superior militar *de jure*”). CPI, 2016: párr. 176.

²⁶ En este caso, según Olasolo & Canosa (2018:457), encontraríamos a “quienes, sin estar formal o legalmente reconocidos como superiores militares, y sin que tengan por qué dedicarse exclusivamente a funciones militares, actúan efectivamente como tales. La capacidad para emitir órdenes, hacer seguimiento sobre su grado de cumplimiento y exigir su ejecución son indicios que reflejan esta situación *de facto*”. *Vid.*: Sentencia de Primera Instancia, ICC-01/05-01/08-3343, *The Prosecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Sala de Primera Instancia III, 21 de marzo de 2016, párr. 177.

distinto de control/autoridad/mando sobre los subordinados, de tal modo que: (a) los superiores militares deberán ostentar “mando y control efectivo”; (b) los jefes militares *de facto* habrán de tener “autoridad y control efectivo”; y (c) los superiores no militares (al igual que los anteriores) deberán poseer “autoridad y control efectivo”.

Independientemente de esta diferenciación de criterios, la CPI dejó sentado en el caso Bemba que “la expresión “mando” y “autoridad” son análogas porque solo denotan la diferente naturaleza, modalidad y forma en la que los superiores militares *de jure* y *de facto* ejercen el control efectivo sobre sus subordinados. Esto significa que el grado de “control efectivo” requerido para ambos tipos de superiores militares es el mismo” (Olasolo & Canosa, 2018: 457; CPI, 2016: párr. 181).

A esto hay que añadir que la ausencia del concepto “mando” para los no militares denota ciertas diferencias estrictamente castrenses (Garrocho, 2016: 149-150)²⁷. Por su parte, Olasolo & Canosa (2018: 458) ponen el énfasis en que “[...] un superior civil no cuenta con las mismas herramientas que un superior militar *de jure* para controlar a sus subordinados (en particular, una cadena de mando sometida al principio de obediencia y un sistema disciplinario para sancionar la desobediencia)”²⁸. De este modo, la CPI requiere un estándar subjetivo más exigente para los superiores civiles, lo que, a juicio de determinados expertos, “puede ser un tema de vital importancia en el marco del ECPI” (Kiss, 2016: 43).

En cualquier caso, lo necesario para que quede probada esta relación superior-subordinado, ya sean civiles o militares, es que exista un *control efectivo*²⁹, tal y como han afirmado el TPIY (Mucic *et. al.* (Celebici), sentencia de apelación: párr. 197) y el TPIR (Musema:

²⁷ Según Garrocho (2016: 149), estas se centran en que se trata de “sujetos sometidos a un poder político de una nación”, de manera que “mando” como tal solo puede ostentarlo “aquel que ha sido formal o legalmente designado para ello” (2016: 150).

²⁸ *Vid.* igualmente: Kiss, 2014: 612.

²⁹ Tal como determinó el TPIR, “el *test* del control efectivo se aplica a todos los superiores, ya sean *de iure* o *de facto*, civiles o militares” (Caso *Bagilishema*, sentencia de apelación, TPIR, 2002: párr. 50).

párr. 141) en su jurisprudencia, y como también se recoge expresamente en el art. 28 (a) y (b) del ECPI. Del mismo modo, los estatutos y jurisprudencia de los THs hablan en todos los casos de “superior”, no recogiendo la distinción tripartita prevista en el art. 28 del ECPI.

Finalmente, conviene subrayar que según el art. 28(b)(ii) del ECPI, los superiores civiles sólo son responsables por los crímenes cometidos por sus subordinados que guarden “relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo”. Con ello, y como hemos explicado unas líneas más arriba, parece restringirse la responsabilidad de los superiores civiles a las actividades desarrolladas por sus subordinados en el marco de su competencia.

3.2. El elemento subjetivo

Como hemos visto, el art. 28 del ECPI contempla dos elementos subjetivos distintos, uno aplicable a los comandantes militares o a quienes efectivamente actúen como tales (“hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber”), y otro a los civiles (“hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información de información que indicase claramente”). En consecuencia, el estándar subjetivo requerido para los superiores civiles es más exigente porque se exige que, al menos, actúen con “[...] ignorancia deliberada acerca de la realización de los crímenes, cuando dispusieron de información que claramente les indicaba la concurrencia del peligro típico, que decidieron deliberadamente ignorar” (Garrocho, 2019: 282).

Por su parte, en los demás TIPs y THs no se aprecia diferencia alguna a la hora de definir elemento subjetivo del concepto de responsabilidad del superior aplicable a los superiores militares y civiles, bastando en ambos casos con que el superior tenga a su disposición información general suficiente sobre la peligrosidad de la situación como para alertarle del riesgo de que sus subordinados vayan a cometer, estén cometiendo o hayan cometido crímenes internacionales (lo que necesariamente requiere de la apertura de una investigación para confirmar o no dicha información) (Olasolo, 2013: 803).

3.3. El elemento objetivo

Como hemos visto, las medidas exigibles a los superiores militares y civiles para evitar, poner fin y castigar (o enviar a las autoridades competentes) a los subordinados que incurran en crímenes internacionales son solamente aquellas que, en las circunstancias del momento, tienen materialmente a su disposición y resultan necesarias y razonables para alcanzar dichos fines. En consecuencia, existe unanimidad en todos los TIPs y THs en que no es posible pedirles que adopten medidas que les resultaría imposible implementar porque superan su capacidad real (CPI, Caso Bemba, Decisión de Confirmación de Cargos: párrs. 416-418; TPIY, Caso Strugar, Sentencia de Primera Instancia: párrs. 272-274; TPIR, Caso Ntagerura *et. al.*, Sentencia de Primera Instancia: párr. 630).

Existen, sin embargo, dos diferencias importantes entre la jurisprudencia de la CPI y la de los demás TIPs y THs: el desdoblamiento de las medidas exigibles a los superiores militares y civiles, y el vínculo de causalidad. Así, mientras dichos tribunales requieren que los superiores adopten las medidas necesarias y razonables a su disposición para prevenir la comisión de los crímenes y para castigar a sus subordinados en cuanto que responsables de los mismos, la CPI exige hasta tres tipos de medidas: las dirigidas a prevenir, a reprimir (poner fin y castigar) y a poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes. Sin embargo, esta diferencia tiene un impacto mucho menor en la práctica del que pudiera parecer desde teóricamente (Olasolo & Canosa, 2018).

En segundo lugar, la CPI incluye el requisito del nexo causal entre la omisión del superior y el hecho punible cometido por los subordinados, si bien, como se subraya en el caso Bemba (Decisión de Confirmación de Cargos: párr. 424), este solo es aplicable en relación con el incumplimiento de la obligación de prevenir. Este nexo causal no es, sin embargo, aplicable en resto de TIPs y THs.

4. CONCLUSIONES

Tal y como hemos tenido ocasión de comprobar a lo largo del capítulo, la atribución de responsabilidad a los superiores por los delitos cometidos por los subordinados resulta especialmente aplicable en un ámbito muy concreto: el DIP. Un sector del ordenamiento jurídico internacional que lidia, básicamente, con la investigación, enjuiciamiento y sanción de los principales crímenes internacionales, tales como el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra o el crimen de agresión. La pregunta, por tanto, que seguiría a esta afirmación sería cómo aplicar las especificidades de la responsabilidad del superior jerárquico a la corrupción transnacional, particularmente cuando es provida por el crimen organizado.

En los primeros capítulos de esta obra ya se estudió con detenimiento las consecuencias que los actos de corrupción pueden tener para cualquier sociedad y el daño directo e indirecto que puede generar a personas individuales. Al ser, por tanto, una figura que parte de su comisión específica por parte de organizaciones criminales o en la que pueden intervenir distintos cuerpos de la administración pública (y no solo relacionados con la seguridad del Estado) y organizaciones del sector privado, es lógico que se plantee la pregunta de cómo exigir responsabilidad a los superiores jerárquicos por las actividades de sus subordinados que constituyan actos de corrupción transnacional.

Pues bien, a este respecto el principal inconveniente que nos encontramos es, como adelantamos ya, la actual falta de regulación de un tipo penal de corrupción transnacional en los estatutos de los TIPs de ámbito universal y regional o de naturaleza híbrida. Sin embargo, como hemos visto, el Protocolo de Malabo, aunque todavía no ha entrado en vigor, incluye dentro de su jurisdicción material el delito de corrupción. Además, como se analiza en capítulos precedentes, no cabe descartar que en un futuro próximo se extienda la jurisdicción material de la CPI para incluir los casos de gran corrupción o macrocorrupción agravada, o se cree un Tribunal Internacional contra la Corrupción para conocer de los mismos.

Sin embargo, teniendo en cuenta las dificultades que enfrenta la CPI y el resto de los TIPs y THs para investigar, enjuiciar y sancionar

los crímenes internacionales centrales, no parece que alguna de las dos alternativas arriba mencionadas vaya a producirse en el futuro inmediato. La reticencia de los Estados a la hora de ceder mayores competencias a instancias internacionales constituye, sin duda, otro importante factor que apunta en esta dirección.

Pese a ello, no podemos obviar los beneficios que la aplicación de esta figura traería para la investigación de los casos de corrupción transnacional. Como ya hemos aludido al inicio de este trabajo, la responsabilidad del superior opera como una salvaguarda contra la impunidad de quienes son responsables por no adoptar las medidas a su disposición para prevenir, poner fin y castigar las conductas punibles de sus cuadros medios e inferiores, ya sean parte de instituciones públicas, organizaciones privadas u organizaciones criminales.

Más allá de los problemas relativos a la jurisdicción material de los distintos tribunales internacionales, nos encontramos con otro tipo de salvedades para su aplicación a cierto tipo de organizaciones civiles. No pudiendo entrar aquí en un desarrollo pormenorizado de los mismos, pues desbordaría los límites de este trabajo, sí hemos de apuntar que en ciertas ocasiones donde las prácticas de la corrupción transnacional son llevadas a cabo por empresas del sector privado, o por organizaciones criminales que funcionan de forma distinta a las instituciones públicas a las que tradicionalmente se les ha aplicado esta figura (en particular, a la policía y las fuerzas armadas), la utilización de la responsabilidad del superior jerárquico como causa para la imputación de responsabilidad penal es cuestionable. Y es que hablamos, al fin y cabo, de organizaciones civiles que no necesariamente quedan estructuradas jerárquicamente, sino que la toma de decisiones obedece a otras lógicas (organizaciones criminales que actúan en forma de red u organizaciones privadas con una distribución horizontal de la responsabilidad), y a las que, por ende, es difícil la aplicación de una figura sustentada sobre el hecho de que los superiores tienen siempre la capacidad operativa para prevenir o sancionar las acciones ilícitas cometidas por aquellos que se encuentran bajo su mando.

Quizás entonces lo que es necesario es analizar si esta figura es realmente aplicable a estas realidades, en el entendido de que la lucha contra la impunidad requiere que el DIP tenga la capacidad de

adaptarse a las nuevas formas de criminalidad que afectan a la comunidad internacional en su conjunto. Para ello es, particularmente, necesario analizar la atribución de responsabilidad en casos de organizaciones que funcionan en red, lo que complica su imputación a una sola persona. Así, la horizontalidad estructural que opera en muchas de las organizaciones que incurren en prácticas de corrupción transnacional, implica que sean varias personas las que, conociendo o debiendo conocer sobre su materialización, tengan la capacidad para impedir o reprimir la comisión de la conducta punible.

En este contexto, no parece fácil responder a la pregunta sobre cómo amoldar, en caso de que ello sea posible, la aplicación de los tres elementos centrales de la responsabilidad del superior (relación superior-subordinado, omisión del deber del superior y elemento subjetivo requerido) al funcionamiento de este tipo de organizaciones.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Meloni, C. (2010). *Command Responsibility in International Criminal Law*. La Haya: T.M.C. Asser.
- Cryer, Robert et al. (2010). *An introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Garrocho, A.M. (2016), *La responsabilidad del superior por omisión en derecho penal internacional*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Kiss, A. (2016). “La responsabilidad penal del superior ante la Corte Penal Internacional”, *ZIS*. Vol. 1. Pp. 40-66.
- Olasolo, H. (2013). *Tratado de autoría y participación en el Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olasolo, H. & Canosa, J. (2018). “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”. *Política criminal*. Vol. 13(25). Pp. 444-500.
- Pavón Acebedo, M.A. (2022: en prensa). “La contribución del concepto de responsabilidad del superior jerárquico a la verdad y las consecuencias de su limitada aplicación en Colombia”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*. Vol. 10.

Schabas, W.M. (2017). *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press.

Wallach, E. & Marcus, M. (2008). "Command Responsibility". En: Bassiouni, M.C., *International Criminal Law Thrid Edition*. Leiden: Martinus Nijhoff. Pp. 459-481.

Informes, resoluciones y otros documentos

Case Matrix Network (2016). *International Criminal Law Guidelines: Command Responsibility* (2016). Centre for International Law Research and Policy.

Corte Especial para Sierra Leona, Sala de Primera Instancia (2007), Prosecutor v. Brima et al. Sentencia, SCSL-04-16-PT-143.

Corte Especial para Sierra Leona, Sala de Primera Instancia (2007), Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Sentencia, SCSL-04-14-T-785.

Corte Especial para Sierra Leona, Sala de Primera Instancia (2009), Prosecutor v. Sesay et al, SCSL-04-15-T.

Corte Especial para Sierra Leona, Sala de Primera Instancia (2012), Prosecutor v. Charles Taylor, SCSL-03-01-T.

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.

Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia III. (2016). Sentencia, ICC-01/05-01/08-3343, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo.

Corte Penal Internacional. (2018). Separate Opinion of Judge Van den Wyngaert and Judge Morrison, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-3636-Anx2.

Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya

Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya, Sala de Primera Instancia (2010), Prosecutor v. Kaing Guek Eav, 001/18-07-2007.

TPIY. Sala de Apelaciones. (2004). Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Appeals Judgement. IT-95-14-A.

TPIY. Sala de Primera Instancia (1998), Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Sentencia, IT-95-14/1-T.

TPIY. Sala de Primera Instancia (1998). Prosecutor v. Delalic and Delic, Sentencia, IT96-21-T.

TPIY. Sala de Primera Instancia (2000), *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Sentencia, IT-95-14-T.

Tribunal Especial para el Líbano

Tribunal Especial para el Líbano, Sala de Primera Instancia (2020), *Prosecutor v. Ayyash et al*, Sentencia, STL-11-01/T/TC.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia (2001), *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Sentencia, IT-95-14/2-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia (2005), *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Sentencia, IT-01-42-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia (2006), *Prosecutor v. Naser Oric*, Judgement Trial Chamber, IT-03-68-A.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Apelaciones (2002), *Prosecutor v. Ignace Bagilishema*, ICTR-95-01A.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Primera Instancia (1998), *Prosecutor v. Jean – Paul Akayesu*, Sentencia, ICTR-96-4-T.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Primera Instancia (1999), *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, Sentencia, ICTR-95-1-T.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Primera Instancia (2004), *Prosecutor v. Ntagerura et al.*, Sentencia, ICTR-99-46-T.

Capítulo 3

Verso l'istituzione della responsabilità internazionale delle persone giuridiche nel diritto penale internazionale

PAOLO CAROLI*
ALICE GIANNINI*

1. TRA DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE E DIRITTO PENALE TRANSNAZIONALE

Il fenomeno della corruzione internazionale pone numerose sfide agli strumenti giuridici esistenti. Fra queste, il ruolo delle *corpora-*

* Profesor Ayudante Doctor (RTDB) de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín, Italia. Anteriormente, fue fellow de la Fundación Alexander von Humboldt en la Facultad de Derecho de la Universidad de Hamburgo y en la Universidad Humboldt de Berlín (Cátedra del Prof. Dr. Florian Jeßberger), Profesor Contratado en la Universidad de Trento y investigador postdoctoral en la Universidad de Bolonia dentro del proyecto M.E.L.A. Tiene un doctorado cum laude en derecho penal (2017) de la Universidad de Trento y su tesis doctoral (supervisor Prof. Dra. Emanuela Fronza) fue galardonada con premios académicos en 2017, 2020 y 2021. Sus áreas de especialización incluyen el derecho penal-italiano, comparado e internacional —y la justicia transicional; gran parte de su obra se centra en los entrelazamientos de la historia, la memoria y el derecho penal. Es autor de las monografías *Transitional Justice in Italy and the Crimes of Fascism and Nazism* (Routledge 2022), *Il potere di non punire. Uno Studio sull'Amnistia Togliatti* (Esi 2020) y de varios artículos académicos y capítulos de libros en inglés, alemán, español, portugués, italiano. Fue invitado a presentar la experiencia italiana de justicia transicional en varias conferencias académicas en varios países europeos y en los Estados Unidos. Es alumnus del ECCHR de Berlín.

* Profesor Ayudante Doctor (RTDB) de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht, Países Bajos. Su investigación se-

tion spinge a chiedersi se sia necessario o meno introdurre una responsabilità penale per le persone giuridiche a livello internazionale. Ciò, a sua volta, impone di mettere in discussione anche gli incerti confini che separano il diritto penale internazionale dal cosiddetto diritto penale transnazionale¹. La dottrina maggioritaria (Boister, *et. al.*, 2021: 3), infatti, definisce il diritto penale internazionale come comprensivo di “tutte le norme che stabiliscono, escludono o regolano in altro modo la responsabilità per i crimini secondo il diritto internazionale (*crimes under international law*)” (Werle & Jeßberger, 2020: 97). Questi crimini, anche detti *core crimes*, sono costituiti dal genocidio, i crimini contro l’umanità, i crimini di guerra e il crimine di aggressione, ossia “*the most serious crimes of concern to the international community*” (Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale (ICC St), Preambolo (4), (9) e art. 5).

Al contrario, l’espressione diritto penale transnazionale è utilizzata per definire la “soppressione da parte del diritto internazionale, attraverso il diritto penale nazionale, di attività criminali che hanno (i) concretamente o (ii) potenzialmente effetti transfrontalieri o (iii) impatto morale transfrontaliero” (Boister, 2015: 13; Boister, 2012)².

centra en el comportamiento delictivo y la responsabilidad de los sistemas de inteligencia artificial. Antes de doctorarse, estudió Derecho en la Universidad de Bolonia. Es abogada penalista y miembro de StraLi, ONG que se dedica al litigio estratégico a escala nacional e internacional. Ha sido investigadora visitante de corta duración en la UC Hastings, California. Sus áreas de especialización son el derecho penal comparado e internacional, el derecho penal y las nuevas tecnologías, y la detención y los derechos de los reclusos.

¹ I paragrafi 1 e 2 (con i relativi sottoparagrafi) sono stati redatti da Paolo Caroli, i paragrafi 3 e 4 (con i relativi sottoparagrafi) sono stati redatti da Alice Giannini. Il paragrafo 5 è stato redatto in comune.

Non esiste una definizione chiara di cosa si intenda per diritto penale transnazionale. In linea generale, si può sostenere che “i crimini transnazionali hanno a che fare con crimini commessi in più di un Paese, attraversando i confini nazionali” (cf. Bruinsma, 2015: 1). Sui concetti di *diritto penale internazionale*, *diritto penale transnazionale* e le diverse categorizzazioni contrastanti, cfr. Boister, Gless & Jeßberger (2021): 1-13.

² Poiché il diritto penale transnazionale consiste in trattati orizzontali fra stati, ci si riferisce al diritto penale transnazionale anche con l’etichetta di “*treaty-based (international) crimes*” (Werle & Jeberger, 2020: 126). Come evi-

Si tratta di un insieme eterogeneo di reati, che ha ad oggetto condotte che interessano più Paesi, ma che sono tuttavia suscettibili di essere perseguiti e sanzionati sulla base del diritto nazionale, occupandosi il diritto internazionale solo di unire e coordinare gli sforzi di tali legislazioni al fine di raggiungere una maggiore effettività di risposta (Gil Gil & Maculan, 2019: 48).

Secondo una definizione limitata, quindi, sarebbero da considerare reati transnazionali tutti “quei reati che esplicano i loro effetti in più Stati” (Peccioli, 2005: 2)³. Si pensi al traffico di stupefacenti, alla pirateria, alla tratta internazionale di persone o alla corruzione internazionale. La dimensione transnazionale di tali reati, quindi, si giustificerebbe “per la tipologia degli oggetti dei reati scopo delle associazioni criminali, che hanno spesso la natura di beni mobili (quali le sostanze stupefacenti, la tratta di esseri umani, il denaro, i rifiuti) che implicano il trasferimento attraverso il territorio di più paesi (per esempio dallo Stato di produzione a quello di consumo)” (Peccioli, 2005: 3).

Avendo riguardo ai contesti pratici di verifica dei crimini, si trovano spesso delle interrelazioni fra i due gruppi, il che spinge parte della dottrina a richiedere l'applicazione degli strumenti del diritto penale internazionale anche al diritto penale transnazionale. La netta separazione del diritto penale internazionale da quello transnazionale rappresenta in realtà una conseguenza del modello sorto a Norimberga e mantenuto, dopo la fine della Guerra Fredda, davanti ai Tribunali *ad hoc* e alla Corte Penale Internazionale (ICC). Secondo tale modello vengono posti in secondo piano proprio quei crimini che storicamente avevano portato a forme di cooperazione infrastatale (Boister *et. al.*, 2021).

denziato, “*It is misleading to equate ‘transnational crime’ with ‘trans-border crime’. The term ‘transnational’ refers to the quality of the regulation (international treaty) and the trigger for regulation (transnational concern) rather than to the nature of the actual conduct regulated. For instance, trafficking in human beings or corruption are transnational crimes within the meaning used here although they certainly do not require as a matter of law that the specific act is transboundary*” (Jeßberger, 2016: 330).

³ Si vedano le fonti bibliografiche indicate nella n. 5 relative alla definizione del carattere di transnazionalità.

All'interno dell'eterogenea categoria del diritto penale transnazionale, però, il movimento internazionalista/universalista non ha ricevuto adeguato supporto nella prassi (cfr. ad esempio Pella, 1925). Inoltre, la separazione fra diritto internazionale e transnazionale non è unanimemente accolta. Altri autori, infatti, distinguono fra diritto penale internazionale *stricto sensu* e diritto penale internazionale *lato sensu*. Quest'ultimo includerebbe tutte le norme di diritto penale che hanno qualche relazione, diretta o indiretta, con il diritto internazionale o un diritto straniero (e ciò include il diritto penale internazionale *stricto sensu*, il diritto penale transnazionale e le norme sulla giurisdizione extraterritoriale) (ad esempio Bassiouni, 2013: 1; Cassese, 2008: 3; Kress, 2009; cfr. Olasolo, 2017: 6)⁴.

Il diritto penale internazionale che è nato a Norimberga —cioè in Europa, sotto l'egida delle potenze occidentali Alleate, prima fra tutti gli Stati Uniti— come reazione agli orrori della Seconda Guerra Mondiale, si è poi sviluppato dopo la fine della Guerra Fredda in particolare davanti ai tribunali penali internazionali per la Ex Jugoslavia (ICTY) e il Ruanda (ICTR) e alla ICC. Tale diritto penale internazionale si concentra sui cosiddetti *core crimes* e sul modello della responsabilità individuale in risposta alla teoria dello stato d'eccezione e in particolare alla guerra che, tradizionalmente, veniva concepita come parentesi che terminava sempre con un'amnistia, vista come *substantia pacis*. È infatti noto che tradizionalmente, proprio il carattere eccezionale del contesto bellico faceva sì che, a pace ristabilita, la clemenza collettiva fosse la risposta standard alle atrocità della guerra. I singoli individui, dunque, non rispondevano mai delle azioni criminali commesse nel contesto bellico, per quanto barbariche e disumane, in quanto esse venivano sempre ricondotte a una dimensione collettiva; il singolo, cioè, aveva sì commesso azioni terribili, ma inserite in una dimensione di macrocriminalità. Era dunque troppo complesso perseguire l'azione del singolo, “quando il contesto storico [...] entra a far parte degli elementi costituenti l'atto incriminato

⁴ Si utilizzano anche altre distinzioni come crimini internazionali in senso stretto vs. in senso ampio, crimini di diritto internazionale (*crimes under international law*) e crimini secondo il diritto internazionale (O'Keefe, 2015: 61-63) o ancora crimini di internazionali di primo vs. di secondo grado (Ollé Sesé, 2008: 184).

—e un soggetto risponde [...] attraverso i propri atti, del significato che si riallaccia alla totalità di un piano, in cui tutto l'apparato dello Stato è impegnato” (Thomas, 1998: 17, 35).

In senso contrario, il modello di Norimberga pone al centro la responsabilità penale dell'individuo, che discende direttamente dal livello internazionale, anche nell'ipotesi che il livello nazionale ritenga invece quel comportamento legittimo o addirittura doveroso. Il messaggio rivoluzionario di Norimberga sta proprio nel porre l'individuo di fronte alla propria *Verantwortung*, bypassando tutte le entità collettive (a cominciare dallo Stato) in cui il singolo fosse inserito e a mezzo delle quali potesse invocare una giustificazione alle proprie azioni. Come chiarito dai giudici del Tribunale Militare Internazionale, “i crimini contro il diritto internazionale sono commessi da uomini, non da entità astratte, e pertanto le norme di diritto internazionale possono trovare esecuzione solo punendo gli individui che commettono tali crimini” (IMT, 1946: 447; sulla necessità di andare oltre il paradigma di Norimberga: Fronza, 2022). Non solo, la scelta di Norimberga consiste nel reagire, per la prima volta, contro i crimini dei singoli a mezzo del processo penale, con le sue garanzie, e con il *judgment*⁵. Va inoltre aggiunto che, se è vero che la responsabilità degli enti è stata oggetto dei processi successivi di Norimberga, vi era parallelamente un forte interesse dei giudici statunitensi a differenziare fra capitalismo nazionalsocialista (da punire) e capitalismo in sé e per sé (da salvaguardare)⁶.

Ebbene, a quasi ottant'anni di distanza, il modello sorto a Norimberga è oggi sempre più spesso criticato. Sia nella sua limitazione —sul piano oggettivo— ai soli *core crimes* che in quella —sul piano

⁵ Cfr. Teitel (2014): 33: “*The significance of Nuremberg was that the war was adjudged to be unlawful. [...] Moreover, the apt form of judgment was the trial, and the appropriate forum for judgment was the International Military Tribunal. Judgment, after the war, took the form of individual accountability. The judgment at Nuremberg represents the belief that, despite the pervasiveness of a culture of totalitarian criminality, normative transformation is possible through individual accountability [...] Judgment is what distinguishes the Nuremberg Tribunal's work from politics as usual*”.

⁶ Per una critica all'esclusione del ruolo del capitalismo nelle politiche naziste all'interno della “narrazione” di Norimberga, cfr. Baars (2013): 163.

soggettivo— alla sola responsabilità degli individui, esso viene oggi da più parti accusato di essere incarnazione di valori occidentali e di obiettivi astratti; soprattutto, lo si accusa di non essere in grado di andare a colpire le radici socioeconomiche dei conflitti, in particolare quelle legate alla globalizzazione e al capitalismo occidentale. Siffatte critiche al *liberal legalism* provengono da diverse angolazioni e vengono raggruppate sotto l’etichetta di *radical critiques*, che mettono in discussione il diritto penale interazionale a partire dai c.d. *Third World Approaches to International Law* (TWAAIL) o in chiave postcoloniale, marxista, femminista etc. (Vasiliev, 2020: 626).

Si arriva dunque a sostenere che la giustizia penale internazionale altro non sarebbe che un “*top-down whim*” (Taylor, 2016: 145), che porta a eccessive semplificazioni al fine di adattare la realtà attuale al modello astratto sorto a Norimberga ottant’anni fa. Si tratta di critiche che vanno lette in parallelo alle critiche più generali al progetto dei diritti umani, così come questo si è sviluppato alla fine del XX secolo, dopo l’euforia della fine della Guerra Fredda, associato a un mito del progresso proprio del capitalismo occidentale, che ancora non aveva mostrato la crisi in cui attualmente versa (Hafner-Burton & Tsutsui, 2007; Mutua, 2001; 2002; Kennedy, 2002; David, 2020; in una posizione più moderata Moyn, 2018).

In quest’ottica si colloca il Protocollo di Malabo del 2014 (Olasolo & Freydehl, in prensa; contra Boister, 2017). Da un punto di vista oggettivo, tale Protocollo estende la competenza di un’istituenda Corte Africana di Giustizia e dei Diritti Umani oltre i soli *core crimes*: vi si trovano infatti anche le fattispecie di cambio incostituzionale di governo, pirateria, terrorismo, mercenarismo, corruzione, riciclaggio di denaro, tratta di persone, traffico di stupefacenti, traffico di rifiuti tossici, sfruttamento illecito di risorse naturali⁷. Secondo una classifi-

⁷ Tuttavia, il protocollo prevede un filtro di gravità. Per poter essere perseguita a livello sovranazionale, la corruzione, ad esempio, dovrà avere „natura seria“ e „incidere sulla stabilità di uno Stato, una regione o dell’Unione Africana“. È proprio questa dimensione transnazionale di elevata gravità a giustificare la competenza della Corte Africana die Diritti Umani e dei Popoli, secondo una logica per cui questa forma di corruzione non ha solo conseguenze sull’economia, bensì consiste in una violazione dei diritti umani.

cazione proposta in dottrina, il Protocollo di Malabo estenderebbe la competenza ad altre tre categorie di delitti, oltre i crimini internazionali: delitti transnazionali, oggetto di convenzioni internazionali aut dedere aut iudicare (pirateria, mercenarismo, riciclaggio, riciclaggio di denaro, tratta di persone, traffico di stupefacenti, traffico di rifiuti tossici, sfruttamento illecito di risorse naturali), delitti parzialmente internazionali (terrorismo, cambio incostituzionale di governo) e delitti parzialmente transnazionali (come la corruzione) (Jalloh, 2019).

Da un punto di vista soggettivo, invece, il Protocollo include la responsabilità penale delle persone giuridiche (Articolo 46C – *Corporate Criminal Liability*). Si tratta di una scelta connessa ai delitti su cui la costituenda Corte ha competenza, ma anche della dimostrazione di un crescente sostegno della responsabilità penale delle persone giuridiche a livello comparato. Va tuttavia rammentato che questo protocollo, redatto nel 2014 e sottoscritto, ad oggi, da quindici Stati appartenenti all'Unione Africana, non ha ricevuto ancora nessuna delle 15 ratificazioni necessarie per la sua entrata in vigore.

2. RESPONSABILITÀ DELLE CORPORATION PER I CORE CRIMES

Come evidenziato, il Protocollo di Malabo, se e quando entrerà in vigore, comporterebbe un'estensione significativa rispetto ai tribunali penali internazionali e ai tribunali ibridi esistenti ed esistenti, sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo. In relazione al punto di vista oggettivo, l'ICTY⁸ e ICTR⁹, nonché la ICC, limitano la propria giurisdizione ai *core crimes*. Il Tribunale Speciale per il Libano (STL), la Corte Speciale per la Sierra Leone (SCSL), le Camere Stra-

⁸ La giurisdizione ha avuto ad oggetto le gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949 (Art. 2 ICTY St), le violazioni delle leggi e delle consuetudini di guerra (Art. 3 ICTY St), i crimini contro l'umanità (Art. 5 ICTY St) e il crimine di genocidio (Art. 4 ICTY St).

⁹ La giurisdizione ha avuto ad oggetto il crimine di genocidio (Art. 2 ICTR St), i crimini contro l'umanità (Art. 3 ICTR St) e le violazioni dell'Art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra e del II Protocollo Addizionale (Art. 4 ICTR St).

ordinarie delle Corti di Cambogia (ECCC) nonché le *Kosovo Specialist Chambers* e lo *Specialist Prosecutor's Office* in alcuni casi hanno dei margini potenzialmente più ampi (Art. 15 L. 05/L-053 Della Repubblica Del Kosovo, *On Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office*, cfr. Art. 1 STL St, Art. 5 SCSL St), ma si tratta solo di aperture minori e relative, che non consentono di affermare, ad oggi, l'esistenza di un tribunale che abbia giurisdizione per il diritto penale internazionale *lato sensu*.

Quanto al punto di vista soggettivo, tutti i tribunali qui considerati limitano la propria giurisdizione esclusivamente alle persone fisiche (Art. 7 ICTY St, Art. 5 ICTR St, Art. 25(1) ICC St, Art. 3 STL St, Art. SCSL St, Art. 29 ECCC St, Art. 9 Kosovo Law No.05/L-053). Ciò, ovviamente, non significa che l'attività delle *corporation* vada esente da responsabilità per i crimini internazionali, bensì che una siffatta responsabilità andrà eventualmente riconosciuta in capo alle persone fisiche ai vertici delle *corporation* (Manacorda, 2022), verosimilmente attraverso forme di *complicity* ex artt. 25(3)(c) e 25(3)(d)¹⁰, che non richiedono un vero e proprio legame causale con il crimine, bensì un effetto sostanziale sulla commissione dello stesso. Tali disposizioni possono coprire condotte antecedenti, contemporanee o successive alla commissione del crimine, che possono essere state realizzate anche a distanza e anche a mezzo di un'omissione o di un contributo morale. L'Ufficio del Procuratore della Corte Penale Internazionale (OTP) in passato ha affermato che "coloro che dirigono operazioni minerarie, vendono diamanti o oro estratti in queste condizioni, riciclano denaro sporco o forniscono armi possono anche essere autori dei crimini" (ASP, *Report of the Prosecutor of the ICC*, 2003, 4). Nel *Policy Paper* sulla selezione e prioritizzazione dei casi del 2016, l'OTP afferma "L'Ufficio cercherà anche di cooperare e fornire assistenza agli Stati, su richiesta, rispetto a comportamenti che costituiscono un grave reato secondo il diritto nazionale, come lo sfruttamento illegale delle risorse naturali, il traffico di armi, la tratta di esseri umani, il terrorismo, i crimini finanziari, il *land grabbing* o la distruzione

¹⁰ Su questa possibilità e sulle ambiguità degli standard della complicity, cfr. Askenova (2021); Hamilton (2020); Sluiter & Shun Ming Yau (2020).

dell'ambiente"¹¹. Anche se il *Policy Paper* non fa riferimento alla responsabilità delle *corporation*, è evidente che si tratta di crimini che nella prassi vedono un ruolo centrale di queste ultime, laddove il profitto prevale sulle necessità delle comunità interessate.

Se, da un lato, è vero che ad oggi non esiste un tribunale penale internazionale o misto che abbia espressamente giurisdizione sulle persone giuridiche, dall'altro vanno tuttavia evidenziate due rilevanti decisioni del STL, con cui il Tribunale ha ritenuto di avere giurisdizione anche su queste ultime in relazione al delitto di *contempt* (Bernaz, 2015; Alkhawaja, 2020). In particolare, nell'ottobre 2014, nel caso *NewTV S.A.L.*, i giudici di appello hanno affermato che "La responsabilità delle imprese per gravi incidenti è una caratteristica della maggior parte dei sistemi giuridici del mondo e quindi si qualifica come un principio generale del diritto. Il punto su cui gli Stati differiscono ancora è se tale responsabilità debba essere civile, penale o entrambe. Tuttavia, la camera d'appello ritiene che, dati tutti gli sviluppi sopra delineati, la responsabilità penale delle imprese sia sul punto di raggiungere, come minimo, lo status di principio generale di diritto applicabile in base al diritto internazionale"¹².

Inoltre, la Camera d'Appello del Tribunale Speciale afferma che "possono esistere circostanze in cui il Tribunale può non essere in grado, a causa della complessità delle strutture aziendali, dei processi operativi interni e dell'effetto aggregato delle azioni di molti individui, di identificare e arrestare la persona fisica più responsabile all'interno di una società [...]. Allo stesso modo, il perseguimento delle persone fisiche, piuttosto che delle persone giuridiche a cui

¹¹ "The Office will also seek to cooperate and provide assistance to States, upon request, with respect to conduct which constitutes a serious crime under national law, such as the illegal exploitation of natural resources, arms trafficking, human trafficking, terrorism, financial crimes, land grabbing or the destruction of the environment", ICC, OTP, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 settembre 2016.

¹² "Corporate liability for serious harms is a feature of most of the world's legal systems and therefore qualifies as a general principle of law. Where States still differ is whether such liability should be civil or criminal or both. However, the Appeals Panel considers that, given all the developments outlined above, corporate criminal liability is on the verge of attaining, at the very least, the status of a general principle of law applicable under international law", *NewTV S.A.L. et al.* (2014): 41.

prestano servizio, non riuscirebbe a sottolineare e punire le culture aziendali che condonano e in alcuni casi incoraggiano comportamenti illegali”¹³. Tuttavia, l’impatto di tali decisioni come precedente è alquanto limitato (*ex plurimis*, Jeßberger, 2016: 338).

2.1. *Le spinte dottrinali per una corporate responsibility*

D’altra parte, negli ultimi anni in dottrina sta prendendo sempre più piede il dibattito sulla creazione di una possibile responsabilità degli enti per i crimini internazionali (Ambos & Momsen, 2018; Ambos, 2018b; Kaleck & Saage-Maab, 2010; Pieth & Ivory, 2011)¹⁴. Durante la Conferenza di Roma, proposte siffatte furono discusse e infine rigettate¹⁵ per impossibilità di superare gli ostacoli di tipo

¹³ “[...] *there can exist circumstances where the Tribunal may be unable, due to the complexity of corporate structures, internal operating processes, and the aggregate effect of the actions of many individuals, to identify and apprehend the most responsible natural person within a corporation [...] Similarly, the prosecution of natural persons, rather than the legal persons that they serve, would fail to underline and punish corporate cultures that condone and in some cases encourage illegal behavior*”. Ivi, 83.

¹⁴ Sulla percezione globale circa l’esistenza di un *regulatory gap* e sulla *corporate responsibility* penale come soluzione conveniente, Stewart (2013). Per proposte concrete si veda, *ex plurimis*, Wells & Elias (2005): 141; Kyriakakis (2007); Kyriakakis (2009): 333; Larik (2010): 119; Stewart (2013). Più in generale sulla questione, Stoitchkova (2010). Per un commento critico, Schmidt (2015): 369 e ss.

¹⁵ U.N. Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, *Official Records of U.N. Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (Vol. I)*, U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/SR.1 (Rome, June 15-17 July 1998). Clapham (2000): 150; Schabas (2010): 426 e ss.. Si veda in particolare la proposta della delegazione francese, poi ritirata, che prevedeva di inserire all’articolo 25 il seguente comma: “*Without prejudice to any individual criminal responsibility of natural persons under this Statute, the Court may also have jurisdiction over a juridical person for a crime under this Statute. Charges may be filed by the Prosecutor against a juridical person, and the Court may render a judgment over a juridical person for the crime charged, if: (a) The charges filed by the Prosecutor against the natural person and the juridical person allege the matters referred to in subparagraphs (b) and (c); and (b) The natural person charged was in a position of control within the juridical person under the national law of the State where the*

comparato trovando degli standard comuni sia a Paesi che già prevedono una responsabilità degli enti che a quelli che non la prevedono (Kyriakakis, 2007: 117; Meyer, 2013: 82). Alcuni di questi ultimi, in particolare, sostenevano che in questo modo sarebbero stati automaticamente privati del loro diritto a indagare e giudicare per primi, rendendo di fatto non più operativo il principio di complementarità e prevedendo una giurisdizione automatica della Corte Penale Internazionale (Ambos, 1999: 7; cfr. Anche Saland, 1999: 199; Clapham, 2000: 157; Schabas, 2010: 425; Stoitchkova, 2010: 170; Schabas, 2011: 224; Thurner, 2012: 236; Meyer, 2013: 67). Tuttavia, è lecito domandarsi oggi, a più di vent'anni di distanza, se questo *complementarity concern* (Kaeb, 2016-2017: 381) abbia ancora ragione d'essere. Al momento dell'istituzione della ICC, infatti, si voleva evitare una situazione in cui si potesse sostenere che, poiché lo Stato non era in grado di perseguire l'ente (in quanto il proprio ordinamento non prevede un regime di responsabilità penale per le persone giuridiche), la Corte potesse intervenire ed avere giurisdizione sull'ente (art. 17 ICC St). Tuttavia, dall'adozione dello Statuto di Roma ad oggi sempre più Stati hanno introdotto regimi di responsabilità degli enti a livello nazionale. Trattati internazionali come la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (UNTOC) e la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (UNCAC) e strumenti legislativi dell'Unione Europea includono disposizioni che fanno riferimento alla responsabilità degli enti. “È anche possibile rilevare un ‘linguaggio standard’ degli strumenti internazionali moderni. Ne consegue che sia nel diritto penale nazionale che nel diritto penale transnazionale dei trattati c'è evidenza del fatto che

juridical person was registered at the time the crime was committed; and (c) The crime was committed by the natural person acting on behalf of and with the explicit consent of that juridical person and in the course of its activities; and (d) The natural person has been convicted of the crime charged. For the purposes of this Statute, ‘juridical person’ means a corporation whose concrete, real or dominant objective is seeking private profit or benefit, and not a State or other public body in the exercise of State authority, a public international body or an organisation registered, and acting under the national law of a State as a non-profit organization” cfr. United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (03.07.1998), Working Paper on Article 23 Paragraphs 5 and 6: UN Doc. A/Conf.183/C.1/WGPP/L.5/Rev. 2.

l'ambito di applicazione della vecchia massima romanistica *societas delinquere non potest* è stata significativamente ridotta durante l'ultima decade" (Jeßberger, 2016: 336; cfr. anche Foffani, 2022).

Una motivazione forte a supporto dell'espansione del diritto penale internazionale nella direzione sopra prospettata è stata efficacemente descritta dalle parole di Kremnitzer: "[N]on ci si può fidare che gli Stati da soli facciano rispettare la legge all'interno della loro giurisdizione quando vengono commessi crimini internazionali. Il problema principale è che gli stati potrebbero favorire gli investimenti e l'attività economica di una società colpevole a scapito della necessità di proteggere i loro cittadini da tale società" (Kremnitzer, 2010: 916).

Dal punto di vista pratico, l'ampliamento delle competenze della ICC alla responsabilità delle *corporation* si scontrerebbe in primo luogo con le limitate risorse di cui la Corte dispone¹⁶. Questa è infatti, già oggi, una delle difficoltà più grandi che la Corte si trova ad affrontare a livello operativo. Come è stato affermato, infatti, "Il numero di situazioni in cui la ICC dovrebbe agire è probabilmente di gran lunga superiore a quello previsto dai fondatori della corte"¹⁷. Da anni si è sviluppato un dibattito acceso su questo argomento: in particolare si discute di quali siano le risorse investigative delle quali l'ICC ha bisogno per potere portare a fondo la sua missione con successo, senza sacrificare quindi le sue iniziative d'indagine (Ford, 2017). È dunque lecito chiedersi, a fronte della limitatezza delle risorse e della natura complementare della ICC, su cosa la Corte possa o debba effettivamente concentrarsi, anche in funzione della sua legittimazione su un piano comunicativo.

Il dibattito dottrinale circa l'introduzione di una siffatta responsabilità coinvolge poi anche quello sulle funzioni della pena nel diritto

¹⁶ Il budget del 2021 per la Corte è di € 148,259.0, ICC-ASP/19/Res.1, 2020. Nessun tipo di *funding* è stato fornito dalle Nazioni Unite per entrambe le situazioni che sono state riferite alla Corte dal Consiglio di Sicurezza (Darfur nel 2005 e Libia nel 2011) e sono state perciò supportate dagli Stati parte. Si veda Baars *et al.* (2021).

¹⁷ "The number of situations in which the ICC should act is probably far greater than the court's founders envisioned", Evenson *et. al.* (2018).

penale internazionale, in un'ottica di prevenzione generale negativa (o deterrenza) (Stewart, 2013: 273 con riferimento a Meyer, 2013: 83), di prevenzione generale positiva o del cosiddetto espressivismo¹⁸. La risposta positiva o negativa circa l'adozione di una responsabilità degli enti dipende poi, a monte, dall'approccio epistemologico adottato (Schmidt, 2015: 376): in una chiave individualistico-obiettiva il fenomeno organizzativo verrà sempre comunque ridotto al comportamento razionale individuale dei vertici delle *corporation* (Scherer, 2005: 326; Reed, 2006: 43; in particolare Weigend, 2008), mentre in una chiave collettivistico-soggettiva il crimine viene ricondotto alle relazioni di potere, alla "cultura" produttiva e alla trasparenza dei processi produttivi (Morrill, 2008: 28). In quest'ultima prospettiva, la minaccia penale diventa un fattore esogeno che può contribuire alla costruzione di buone pratiche¹⁹ al fine di eliminare le subculture deviate.

Se riflettiamo sulle funzioni del diritto penale internazionale, in particolare della Corte, questa nasce per "punire i *delitti più gravi* che riguardano l'insieme della comunità internazionale" (Statuto di Roma, preambolo). In tal senso, ci si chiede se l'allargamento della giurisdizione della Corte fino ad includere anche le persone giuridiche possa portare ad un'erosione della forza di tale concetto e quindi della vocazione stessa della Corte. Ci si domanda, cioè, se questa estensione non rischi di mettere in crisi la forte affermazione simbolica del modello di Norimberga, che consiste nel rammentare che, anche se commessi in nome o per il tramite di un ente collettivo, i crimini internazionali sono commessi da persone fisiche, in carne ed ossa, con sentimenti e libero arbitrio. Allo stesso modo, ci si deve chiedere se l'introduzione della responsabilità penale internazionale

¹⁸ Per un'analisi dell'uso del diritto penale internazionale nella lotta alla corruzione in relazione ai fini della pena, e in particolare in ottica di retribuzionismo, consequenzialismo e espressivismo, Boersma (2012): 308.

¹⁹ Rottura della cultura d'impresa (*corporate culture*, *Unternehmenskultur*, *culture d'entreprise*) che possa facilitare o incoraggiare la commissione di crimini (*criminal organisational attitude*, *organised irresponsibility*). Per i riferimenti bibliografici si veda Ambos (2018a): 527, secondo cui, tuttavia la maggior parte di queste sussunzioni, in particolare relative all'effetto deterrente del diritto penale, non hanno fondamento empirico (ivi, 528).

delle persone giuridiche possa influenzare la politica penale dei tribunali penali internazionali per quanto riguarda l'enfasi che fino ad ora è stata posta sul perseguire i leader considerati "più responsabili", alla luce anche del principio di complementarità.

Ciò posto, non si può non vedere come una siffatta estensione della responsabilità agli enti importerebbe una rivoluzione del ruolo del diritto penale internazionale, rafforzandone la funzione preventiva²⁰. Se da un lato, ciò potrebbe fornire una risposta alle già menzionate *radical critiques*, dall'altro rimane aperta la questione di come questa responsabilità si collochi nella attuale "crisi identitaria del diritto penale internazionale" fra "il liberalismo dei diritti umani e il liberalismo del diritto penale" (Robinson, 2008).

Tuttavia, questa incompatibilità è forse solo apparente. Come evidenziato da Kai Ambos, l'estensione della responsabilità degli enti potrebbe essere limitata al cd. diritto penale internazionale economico, che non avrebbe un oggetto di tutela diverso dal diritto penale internazionale in senso stretto (*core crimes*), ma al contrario intensificherebbe la protezione degli stessi beni giuridici tutelati dai *core crimes*, andando a colpire i casi in cui i crimini internazionali si realizzano a mezzo del sistema economico. Infatti, "la funzione protettiva del diritto penale internazionale economico è differente da quella del diritto penale dell'economia (nazionale, transnazionale o internazionale). [...] il diritto penale internazionale economico difende gli stessi beni giuridici del diritto penale internazionale [...] non la protezione delle transazioni economiche, bensì la salvaguardia dei diritti umani fondamentali o [...] la protezione della libertà dalla distruzione da parte del potere economico"²¹, andando quindi a col-

²⁰ Sulla funzione preventiva del diritto penale internazionale, cfr. Pawlik (2006): 290. In particolare si sottolinea la funzione di prevenzione generale positiva in quanto rafforzamento di una consapevolezza internazionale del diritto Werle & Jeßberger (2020): 37. Sulla riscoperta della prevenzione generale positiva nelle teorie espressiviste nell'ambito del common law, cfr. Drumbl (2007): 173; Duff (2010): 589.

²¹ Ambos (2018a): 501; cfr. anche Naucke (2012): 4. Ovviamente anche il diritto penale economico si è recentemente aperto ai diritti umani, soprattutto nel contesto della *human rights compliance* (*due diligence*). Strumenti di *compliance* per la tutela dei diritti umani in ambito corporativo si trovano

mare quelle lacune di tutela che la persecuzione degli individui non riesce a garantire a causa della presenza di un *corporate veil* (Ambos, 2018a: 527).

3. RESPONSABILITÀ DELLE CORPORATION PER CRIMINI TRANSNAZIONALI

Un elemento comune a molti dei delitti transnazionali è il rapporto con il mercato, sia che questo si sostanzi in un'alterazione dello stesso, come nel caso della corruzione, o nell'instaurazione di un mercato proibito, come per gli stupefacenti. Non stupisce quindi che gli autori di tali crimini siano vere e proprie strutture di impresa composte da una pluralità di membri, organizzate in maniera gerarchica e operanti secondo il principio della divisione di funzioni. Tuttavia, fra gli autori di tali crimini non vi sono solo società clandestine e illegali, bensì anche società che operano per la maggior parte nella legalità. Ecco allora che proprio per questi crimini il ricorso alla responsabilità degli enti parrebbe necessario.

Il coinvolgimento delle imprese in violazioni di diritti umani di carattere transnazionale può assumere diverse forme. Secondo una classificazione proposta da Kaleck & Saage-Maab (2010: 703), è possibile distinguere due categorie tipiche di partecipazione: da un lato si ha la cooperazione degli attori economici con i regimi militari, dall'altro vi è invece il coinvolgimento delle *corporation* in guerre civili ed altre zone di conflitto. All'interno della prima categoria si distinguono tre livelli: (a) casi in cui le *corporation* ottengono un profitto dalla violenza statale; (b) casi in cui gli abusi di un regime sono facilitati dall'ente che provvede a fornire i mezzi necessari; (c) casi in cui le *corporation* supportano direttamente la repressione senza un beneficio economico (Kaleck & Saage-Maab, 2010: 703).

Nella casistica (a) rientrerebbero le cosiddette *Alien Tort Claims Act (ATCA)*, ossia le cause civili portate avanti da vari attori della so-

poi anche al di fuori del diritto penale; per un esempio recente relativo alla Germania, si veda Grabosch (ed) (2021).

cietà civile negli Stati Uniti a partire dal 1960 ed aventi ad oggetto il coinvolgimento di società nella commissione di reati internazionali. Si pensi ad esempio alla vertenza *Doe I v. Unocal* (*Doe I v. Unocal* 395 F3d 932, 947 (9th Cir 2002) relativa all'assistenza fornita da parte della *Union Oil Company of California* al governo del Myanmar nel commettere gravi violazioni dei diritti umani dei propri cittadini. Nel caso di specie, l'UNOCAL aveva assunto elementi appartenenti alle forze militari del Myanmar quali addetti alla sicurezza in un progetto di costruzione di un gasdotto. Questi avevano obbligato interi villaggi a lavori forzati per effettuare la costruzione, realizzando così un corridoio per l'oleodotto altamente militarizzato²². La Corte Distrettuale della California ritenne che l'UNOCAL, assumendo soggetti appartenenti all'esercito del Myanmar, avrebbe fornito a quest'ultimo un'assistenza con un "effetto sostanziale" sulla perpetrazione delle condotte di reato di lavoro forzato. Ciò significa che senza l'intervento dell'UNOCAL le condotte criminose statali non si sarebbero verificate. Allo stesso tempo, secondo la ricostruzione della Corte l'UNOCAL aveva agito nella consapevolezza delle condotte criminogene poste in essere dai militari e con il fine di perseguire un profitto (Kaleck & Saage-Maab, 2010: 704). Un altro esempio è costituito dalle vertenze relative al coinvolgimento della Shell nelle torture e nelle uccisioni ai danni di manifestanti in Nigeria (*Wiva v. Royal Dutch Petroleum*, *Wiva v. Anderson* e *Wiva v. Shell Petroleum Development*). Si tratta dunque di situazioni in cui le *corporation* traggono un beneficio diretto dalla collaborazione con le forze militari o i servizi segreti di un regime.

Per quanto riguarda la casistica (b), ossia casi in cui l'ente è facilitatore degli abusi del regime fornendo i mezzi necessari per commettere gli abusi, Kaleck e Saage-Maa identificano quale esempio paradigmatico il caso olandese *Public Prosecutor v. Van Anraat* (2005), relativo alla rivendita al regime iracheno guidato da Saddam Hussein di ingenti quantità di thiodiglycol. Il thiodiglycol è il componente chimico portante dell'iprite (c.d. gas mostarda), feroce arma chimi-

²² *Vid.*: Earth Rights International. The First Case of its Kind: Holding a U.S. Company Responsible for Rape, Murder, and Forced Labor in Myanmar. Disponibile presso: <https://earthrights.org/case/doe-v-unocal/>

ca di distruzione di massa utilizzata in seguito dal regime per uccidere migliaia di persone. All'interno di questa categoria, Kaleck e Saage- Maab identificano due sotto-livelli: (i) casi in cui le *corporation* che operano nell'ambito del commercio di armi, diamanti e legname incentivano conflitti, ad esempio fornendo armi alle milizie; (ii) casi in cui le aziende forniscono direttamente forze militari e/o servizi di *intelligence* ai governi.

Per quanto riguarda la casistica (c), ossia casi in cui il coinvolgimento dell'ente sia nella commissione degli abusi sia avulso da qualsivoglia profitto economico, gli autori identificano situazioni in cui le *corporation* forniscono un contributo *diretto* alla soppressione dei dissidenti politici, ad esempio tramite il passaggio di informazioni alle forze repressive.

A questo stadio della trattazione, è rilevante interrogarsi su quali sarebbero i punti di forza e di debolezza dell'includere la responsabilità delle persone giuridiche per reati transnazionali quali, ad esempio, la corruzione transnazionale, in particolar modo se associata a fenomeni di criminalità organizzata dalla portata, per l'appunto, transazionale. Saldare diritto penale internazionale, crimini transnazionali (si pensi alla corruzione) e responsabilità delle persone giuridiche avrebbe un impatto notevole innanzitutto sul piano simbolico: sancirebbe ufficialmente il legame fra crimini transnazionali, diritto penale economico e diritti umani. Da tempo infatti si rimarca come, qualora si verifici in determinati contesti e su una determinata scala, la corruzione non sia solo un reato economico, bensì una violazione di diritti umani; non più atto isolato e opportunistico mosso da motivi egoistici, bensì un'attività dalla rilevanza sociale: "un'espressione sociale di potere che permette a certe persone [...] di controllare e opprimere gli altri economicamente, politicamente e culturalmente" (Transparency International, 2010: 13)²³. Sarebbe dunque questa l'occasione di andare oltre il modello di Norimberga, che lega i crimini contro l'umanità a forme di violenza fisica, svelando invece l'impatto della corruzione sui diritti umani. Come evidenziato, "si ha bisogno del dialogo sui diritti umani per garantire che la lotta alla

²³ "A social expression of power that permits certain people [...] to control and oppress others economically, politically and culturally" (*Idem*).

corruzione sia considerata in funzione della dignità umana, e che la lotta alla corruzione possa andare oltre la sfera della Banca Mondiale e di altre istituzioni ‘occidentali’” (Boersma, 2012: 202)²⁴.

Un siffatto approccio alla corruzione c.d. *human-rights-based* è fortemente supportato in dottrina (Peters, 2018; Pearson, 2001; International Council on Human Rights Policy and Transparency International, 2009; Boersma & Nelen (eds), 2010; Boersma, 2012; Olaniyan, 2014). Secondo Boersma (2012: 197) vi sono almeno cinque forme di interrelazione fra corruzione e diritti umani: (a) spesso corruzione e violazioni dei diritti umani si basano su un ambiente comune, nel senso che uno Stato con una *leadership* molto corrotta sarà meno incline a rispettare i diritti umani e uno Stato con scarso rispetto dei diritti umani è raramente “pulito”²⁵; (b) il rispetto dei diritti umani (in particolare dei *whistleblowers* e di chi protesta contro la corruzione) è necessario per la lotta alla corruzione; (c) i diritti umani degli accusati di corruzione devono essere garantiti (a cominciare dal diritto a un giusto processo); (d) le riforme anti-corruzione possono avere indirettamente effetti negativi sui diritti umani di gruppi vulnerabili a vantaggio degli investitori (Thuo Gathi, 2009: 166); (e) la corruzione è in sé una violazione dei diritti umani.

Con riguardo a quest’ultimo profilo, l’Autore (Boersma, 2012: 202) individua nella corruzione una violazione di diversi diritti, quali diritti civili e politici (diritto all’eguaglianza e non discriminazione, diritto a un giusto processo, diritti di partecipazione politica, etc.) e diritti economici, sociali e culturali (diritto al cibo, all’educazione, alla salute, etc.). Ciò ha quindi portato alcuni Autori ad affermare l’esistenza di un “diritto umano ad una società libera dalla corruzione” (*Ex plurimis* Raj Kumar, 2003; Kofele-Kale, 2000).

²⁴ “one needs the human rights discourse to guarantee that anti-corruption is placed in the light of human dignity, and anti-corruption can move beyond the sphere of the World Bank and other ‘Western’ institutions” (*Idem*). Sul ruolo della Banca Mondiale in relazione alla corruzione, cfr. Bantekas (2005): 481.

²⁵ Per un’analisi statistica, Landman & Schudel (2007), anche con riferimento ad altre variabili (livello di democrazia, prosperità, numero di abitanti, spesa pubblica).

Ci sono poi contesti in cui il legame fra l'attività delle *corporation* e le violazioni dei diritti umani è ancora più immediato: si pensi ai casi delle multinazionali che operino in zone di conflitto e che vengano a patti con i gruppi armati, andando così a finanziarne le attività per poter essere liberi di esercitare la propria attività imprenditoriale. Come evidenziato:

La condotta degli attori aziendali può entrare direttamente in collisione con uno dei principi più fondamentali del diritto internazionale umanitario: la protezione dei civili nei conflitti armati. Le attività finanziarie o commerciali degli attori societari internazionali nelle aree coinvolte in un conflitto armato possono infatti destabilizzare la regione e persino gettare benzina sul fuoco di un conflitto incombente, quando le transazioni economiche servono a rafforzare una o più delle —possibilmente molteplici— parti in guerra. Lo sfruttamento delle risorse naturali è diventato recentemente il mezzo principale per finanziare e protrarre la violenza armata in un certo numero di zone di conflitto. [...] Esempi importanti sono Sierra Leone, Liberia, Repubblica Democratica del Congo (RDC) e Timor Est²⁶.

Quanto sottolineato sopra ha portato parte della dottrina a ritenere necessario estendere la competenza della ICC fino a ricomprendere il reato di corruzione²⁷, non tanto in virtù di un'estensione dell'attività di quest'ultima ai crimini transnazionali, bensì nell'ottica

²⁶ “*The conduct of corporate actors may directly collide with one of the most fundamental principles of international humanitarian law: the protection of civilians in armed conflict. Financial or trading activities of international corporate actors in areas embroiled in armed conflict may in fact destabilise the region and even pour oil on the fire of a looming conflict, if the economic transactions serve to strengthen one or more of the —possibly multiple— warring parties. The exploitation of natural resources has recently become the primary means of financing and protracting armed violence in a number of conflict zones. [...] Prominent examples are Sierra Leone, Liberia, Democratic Republic of Congo (DRC) and East Timor*” (Ambach, 2013).

²⁷ Boersma (2012): 295 ritiene sussistenti tutti e sei i presupposti che giustificherebbero la criminalizzazione internazionale secondo il modello sviluppato da De Ross (1987), nonché la presenza dell'offesa ai valori della comunità internazionale, così come individuata da Bassiouni (2013): 114. Tuttavia, Boersma rileva come sia impossibile la qualificazione della cd. grande corruzione come crimine contro l'umanità, includendola quindi nei core crimes (Boersma, 319 *et. seq.*). Al contrario, a favore della sussunzione della corruzione nei crimini contro l'umanità: Roht, Roht-Arriaza & Martinez (2019).

di una possibile qualificazione della cosiddetta *grande corruzione* come crimine contro l'umanità, inclusa quindi nei *core crimes* (Boersma, 2012: 319).

Tuttavia, come visto, una siffatta competenza della ICC si scontrerebbe con obiettive difficoltà legate alle risorse a disposizione della Corte e alle sue esigenze di prioritizzazione. D'altro canto, immaginare una responsabilità internazionale delle persone giuridiche non implica necessariamente che tale competenza sia attribuita alla ICC. I tribunali ibridi, ad esempio, possono essere una soluzione appetibile quando lo Stato non sia in grado di perseguire tali crimini (Jeßberger, 2009: 210), ciò rimarcherebbe anche lo stretto legame che si può riscontrare fra corruzione e transizioni politiche, a partire dalla Primavera Araba (Levey, 2011; sul rapporto fra transizioni politiche e corruzioni cfr. anche Kubiciel, 2008; Robinson, 2015; Andrieu, 2012).

La corruzione come crimine internazionale renderebbe ancora più impellente la questione della responsabilità penale internazionale delle persone giuridiche. Già nel 1997 la Convenzione OCSE per la lotta alla corruzione introduceva, da un lato, la necessità di introdurre forme di responsabilità per le persone giuridiche e, dall'altro, la c.d. "clausola di salvaguardia" ("*in accordance with its legal principles*"), che consentiva a quei Paesi che non prevedessero una responsabilità penale degli enti di introdurre una forma diversa di responsabilità. Se è vero che tale flessibilità non ha portato direttamente alla nascita di una responsabilità penale degli enti a livello internazionale, essa ha però consentito il successivo sviluppo di uno standard internazionale di responsabilità di questi a mezzo di successivi trattati. Tali trattati includono sempre la clausola di salvaguardia e consentono quindi che la responsabilità abbia forma penale, civile o amministrativa, purché le sanzioni siano "effettive, proporzionate e dissuasive". Questi sono: la Convenzione Internazionale per la Soppressione del Finanziamento al Terrorismo del 9 Dicembre 1999; la Convenzione contro il Crimine Transnazionale Organizzato del 15 Novembre 2000

(UNTOC)²⁸ e la Convenzione contro la Corruzione del 31 Ottobre 2003 (UNCAC)²⁹. Si rileva dunque, già da un ventennio, uno standard minimo internazionale di responsabilità degli enti relativo alla corruzione, pur permanendo un margine nazionale di apprezzamento in relazione alle forme che tale responsabilità può assumere.

Qualora si ritenesse possibile l'estensione di una responsabilità penale per reati transnazionali alle *corporation*, si deve tenere in mente che ciò potrebbe innescare, ad esempio, la giurisdizione della Corte Africana di Giustizia e dei Diritti Umani in applicazione del Protocollo Malabo. Inoltre, assume rilevanza in questo senso il progetto di realizzazione della COPLA (Corte Penale Latino-americana e dei Caraibi contro il Crimine Transnazionale Organizzato)³⁰. Rimandando ad ulteriori capitoli di questo volume per una trattazione estesa del tema, ci basta ricordare in questa sede che la COPLA consisterebbe in una corte internazionale basata presso l'ICC, competente per i reati di cui alla Convenzione UNTOC³¹ ed i Protocolli annessi³², nonché per i reati di traffico di stupefacenti, riciclaggio di denaro, corruzione transnazionale e il commercio illecito di manufatti culturali commessi sui i territori degli stati parte (Currie & Leon, 2019).

²⁸ United Nations Convention against Transnational Organized Crime, General Assembly resolution 55/25 of 15 November 2000.

²⁹ Per l'evoluzione successiva, cfr. Elliot & Lüth (2012).

³⁰ *Vid.*: What is COPLA?, presso da: <https://en.coalicioncopla.org/que-es-la-copla>.

³¹ United Nations Convention against Transnational Organized Crime, General Assembly resolution 55/25 of 15 November 2000

³² Trattasi del Protocollo delle Nazioni Unite sulla prevenzione, soppressione e persecuzione del traffico di esseri umani, in particolar modo donne e bambini, UN Doc A/55/383 (2 Novembre 2000); Protocollo contro il traffico di migranti via terra, mare e aria, UN Doc A/RES/55/255, Annex 3 (15 Novembre 2000); Protocollo contro la fabbricazione e il traffico illeciti di armi da fuoco, UN Doc A/RES/55/255, Annex (8 Giugno 2001).

4. GLI EFFETTI EVENTUALI DELL'INCORPORAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ PENALE DELLE PERSONE GIURIDICHE ALL'INTERNO DEL SISTEMA DI DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE

4.1. *I modelli nazionali di responsabilità delle persone giuridiche: studio comparato*

Come viene regolata a livello nazionale la responsabilità delle persone giuridiche? Quali sono i principali modelli? È necessario concentrarsi su queste domande per poter capire quale di questi modelli (o la combinazione di alcuni di questi) potrebbe risultare più adatto in un sistema di diritto penale internazionale. Le opzioni sono le più varie, ma le problematiche di fondo sono comuni. Tra queste, la più rilevante è come ricostruire l'analogia persone giuridiche-persone fisiche visto che le prime non hanno né un corpo né un'anima da punire (Keiler & Roef, 2019: 335).

Gli approcci alla regolazione della responsabilità penale delle persone giuridiche possono essere suddivisi in due grandi macro-famiglie. Da un lato, vi sono gli ordinamenti che ritengono che gli enti siano solamente una finzione legale, niente di più che la somma dell'agire di molteplici figure umane (c.d. *nominalistic approach*). Secondo questo modello, la responsabilità dell'ente *deriva* dalla responsabilità individuale dei soggetti che rappresentano "il cuore e la mente" della persona giuridica, ma anche da quelli che sono i suoi "piedi e le sue mani": le figure apicali (quali i manager e i membri del direttivo) e i singoli dipendenti (Keiler & Roef, 2019: 336).

Dall'altro, vi sono gli ordinamenti che invece ritengono la *corporation* una realtà sociale a sé stante, ulteriore rispetto alla somma dell'agire dei singoli membri. Secondo questo modello (c.d. *organizational approach*) gli enti sono quindi capaci di soddisfare i requisiti soggettivi (*mens rea*) ed oggettivi (*actus reus*) della fattispecie indipendentemente dal singolo contributo umano e con modalità diverse da questo (Keiler & Roef, 2019: 337). Secondo alcuni punire il *corporate wrongdoing* potrebbe addirittura portare all'abbandono della dicotomia *mens rea-actus reus* a favore di una nozione unica di *corporate blameworthiness* (Keiler, 2013). In realtà, come nota Roef, i due modelli

non si escludono a vicenda e ciò è comprovato dal fatto che alcuni ordinamenti hanno sviluppato un approccio misto alla *corporate criminal liability* (Keiler & Roef, 2019: 335). Vi è poi una terza via, ossia quella della responsabilità amministrativa dell'ente: questo è il modello adottato dall'Italia e dalla Germania.

Passando ora ad un'analisi dei principali modelli adottati a livello nazionale, è interessante sottolineare che l'Inghilterra ha introdotto forme di responsabilità per le *corporation* già a partire dal XVIII secolo, con la storica sentenza *R. vs. Birmingham & Gloucester Rly Co* (Sbrisà & Spinelli (eds.), 2020: 572). Nel sistema britannico vi sono due modalità per perseguire la *corporate criminal liability*. La prima si basa sulla dottrina della *vicarious liability* (ai sensi del principio *respondet superior*): l'ente viene ritenuto responsabile dell'agire dei soggetti che per lei agiscono, così come una persona fisica, quale il datore di lavoro, può essere ritenuta responsabile dell'agire del proprio dipendente. Tendenzialmente questo modello si applica in aree del diritto penale inglese in cui sono previste fattispecie di *strict liability*, ossia di responsabilità oggettiva (ad es. il diritto penale ambientale). Il Parlamento inglese ha poi codificato alcuni reati specifici che vengono applicati secondo questo modello, ad esempio tramite il *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* del 2007, il *Bribery Act* del 2010 e il *Criminal Finances Act* del 2017.

La seconda si basa sulla *identification doctrine*: gli stati soggettivi dei soggetti apicali, ossia coloro che possono essere considerati le *directing mind and will* dell'ente, vengono elevati fino a rappresentare lo soggettivo dell'ente stesso (Shalchi, 2022: 5). In altre parole, tale dottrina si basa su un meccanismo di imputazione tale per cui la *mens rea* dei soggetti che "personificano" l'ente viene attribuita direttamente all'ente stesso. Non vi è una definizione univoca di quale sia il livello di autorità che un'agente debba possedere affinché possa essere identificato con la *corporation*. Come è stato affermato —e ciò risulta particolarmente interessante ai fini di questa riflessione: “[b]y requiring that only the most senior persons can be the ‘directing mind and will’ of a company, it’s arguable that large companies are let off the hook, since many key decisions will be decentralised away from the most senior management” (Shalchi, 2022: 8). Ai sensi di questo modello, dunque, la persona

giuridica è considerata come una realtà sociale distinta dai soggetti che lavorano per essa.

Gli Stati Uniti rappresentano il *poster child* di tutti quei sistemi che prevedono una responsabilità penale *diretta* per gli enti. Questi, infatti, possono essere perseguite sia a livello federale che a livello statale (Nanda, 2011). A livello federale, le *corporation* sono punite seguendo il modello della responsabilità vicaria. Tuttavia, l'approccio adottato dagli Stati Uniti è più esteso rispetto a quello inglese, in quanto si applica anche a fattispecie ulteriori rispetto alle cosiddette *statutory offenses*. È interessante sottolineare come le *Federal Sentencing Guidelines* stabiliscano delle linee guida molto dettagliate per quanto riguarda il trattamento sanzionatorio degli enti (in questo contesto definiti come “*a person other than an individual [the definition] includes corporations, partnerships, associations, joint-stock companies, unions, trusts, pension funds, unincorporated organizations, governments and political subdivisions thereof, and non-profit organizations*” Allens, 2008: 30). Inoltre, viene dato particolare rilievo alla *corporate culture* quale fattore per determinare la gravità della risposta sanzionatoria e per l'applicabilità della *parole* (Allens, 2008: 30).

La Germania, invece, ripudia tutt'ora la responsabilità penale delle persone giuridiche³³. È il retaggio di una concezione di diritto penale fortemente basata sul principio di colpevolezza e sulla funzione preventiva della pena (Beck, 2010: 1107). Secondo Beck, “si può concludere che i veri motivi dell'esistenza della CCL in realtà risiedono nelle *strutture di potere* che stanno dietro gli enti. Punendo gli enti si può evitare che gli azionisti, i proprietari e i dirigenti vadano in carcere e siano quindi destinatari della colpa morale, dato che la società ha trovato qualcun altro da incolpare —ossia l'ente stesso” (Beck, 2010: 1110)³⁴. La stessa autrice sostiene poi che l'introduzione di un

³³ Questo atteggiamento di rigetto è condiviso da altri stati non-europei, quali ad esempio, la Colombia e il Perù.

³⁴ “*Thus, it can be concluded that the real reasons for the existence of CCL could in fact lie in the power structures behind corporations. By punishing corporations one can prevent the shareholders, owners, and managers from having to go to prison and receiving moral blame, as society has found someone else to be blamed-the entity of a corporation*”.

concetto giuridico nuovo, quale la responsabilità penale degli enti, sia più semplice in un sistema giuridico quale quello inglese rispetto a quello tedesco. Il motivo sarebbe il seguente: il sistema inglese di *common law* è basato su una mentalità utilitaristica, che dipende meno dalla *lex scripta* e che accoglie il diritto penale quale risposta ad un problema di allarme sociale (Beck, 2010: 1110). Tali caratteristiche scaturirebbero dal fatto che i cittadini britannici non sono mai stati sottoposti a regimi autoritari o ad abusi di potere da parte dello stato. Lo stesso non può dirsi per un sistema come quello tedesco, basato su un concetto di colpevolezza che è profondamente radicato nella responsabilità morale dell'agente. In questo sistema il diritto penale mantiene una connotazione pericolosa, di strumento potente nelle mani di uno stato che lo ha usato in passato come mezzo di repressione e abuso.

4.2. Focus: *Perpetration e participation*

Sviluppiamo ora alcune osservazioni critiche. Innanzitutto, vi è la difficoltà nell'individuare a quale entità (società madre, società figlia etc.) vada attribuita la responsabilità. Come evidenziato da De Maglie (de Maglie, 2005: 550), vi sono tre possibili modelli per definire il soggetto che può essere sottoposto a responsabilità penale: un primo approccio utilizza il termine "ente" senza alcun tipo di definizione (es.: Australia); un secondo approccio elenca tutti i tipi specifici di organizzazione (Stati Uniti, Canada); un terzo approccio limita la responsabilità penale solamente a quelle persone giuridiche che sono considerate tali anche dal diritto civile (Francia, Danimarca).

Qualora si immaginasse di introdurre una responsabilità degli enti all'interno dello Statuto di Roma, appare evidente come non ci si possa limitare ad estendere semplicemente alle persone giuridiche le forme di responsabilità individuale previste dall'art. 25 dello Statuto per le persone fisiche. Un siffatto automatismo appare infatti strutturalmente impedito dalla natura stessa delle persone giuridiche. Procedendo ad analizzare le forme di responsabilità previste per le persone fisiche, già con riferimento all'autoria, *ex art. 25 c.3 a)* dello Statuto, si pongono delle difficoltà. Quand'è che l'ente è autore immediato di un crimine? È senz'altro difficile immaginarlo, dato

che l'ente commette i crimini per il tramite di persone fisiche. Appare inoltre complicato anche l'utilizzo dell'autoria mediata secondo la *Organisationsherrschaftslehre* elaborata da Claus Roxin (Ambos, 2018a: 546; Schmidt, 2015: 77), ove si richiede un controllo sul fatto attraverso una struttura gerarchica di tipo verticale. Parimenti difficile è il ricorso alla *Joint responsibility*, dove è necessario un *common purpose* di tipo criminale. Anche spostandoci all'art. 28 ICC St, che disciplina l'istituto della *command responsibility*, si può trovare un ostacolo all'estensione all'ente, dato dalla necessità della prova della conoscenza o dell'ignoranza colpevole.

Più agevolmente, la responsabilità dell'ente potrebbe andare a costituire una forma di *aiding and abetting* (art. 25 c.3 c)). Tuttavia, ci si chiede se sia opportuno estendere tale responsabilità agli enti senza prima aver risolto i molti dubbi esistenti circa i presupposti di tale forma di partecipazione nel reato³⁵. Particolari perplessità, infatti, sorgono soprattutto nel caso di contributi "neutrali" della *corporation*. Per quanto riguarda la fornitura di determinati beni, ad esempio, ci si chiede se sia necessario distinguere in base alla tipologia di beni forniti. Nel caso di beni che sono per definizione "pericolosi", quali le armi, o al pagamento di tangenti a gruppi guerriglieri per poter operare in zone di conflitto, risulterebbe più difficile per la *corporation*, se non impossibile, sostenere di essere stata all'oscuro relativamente all'utilizzo finale di queste. Lo stesso ragionamento non si può applicare, dall'altro lato, al finanziamento economico di un determinato stato oppure all'approvvigionamento di altri beni. In altre parole, sul piano oggettivo i criteri ad oggi esistenti non riescono a chiarire quando il contributo di un'impresa debba essere considerato penalmente rilevante, in particolare per i casi in cui manchi la prossimità geografica al crimine.

Anche sul piano soggettivo il requisito previsto dall'art. 25(3)(c) ICC St ("*for the purpose of facilitating*"; "*en vue de faciliter*") sembrerebbe lasciare un ruolo marginale al diritto penale internazionale con riferimento alle condotte delle *corporation*. Il termine "*purpose*", in-

³⁵ Si pensi al dibattito che si è avuto all'ICTY in relazione al requisito della "*specific direction*" per il quale si rimanda alle opposte opinioni di Heller (2013) e Stewart (2013).

fatti, implica un elemento soggettivo più ristretto della mera conoscenza, innovando rispetto alla giurisprudenza dei tribunali *ad hoc*. Ciò ha evidentemente conseguenze sulle condotte degli enti, che perseguono principalmente la massimizzazione del profitto e dove la commissione del crimine rappresenta piuttosto un danno collaterale meramente accettato. Questo non consente di ritenere integrato lo standard dall'art. 25(3)(c) ICC St a meno di non ammettere uno spazio per il dolo eventuale, non espressamente menzionato nello Statuto. Ecco forse che forse strumenti diversi (come la *due diligence*) possono avere una maggiore efficacia quando il contributo non consiste in un'attività di per sé illecita³⁶.

Secondo altri (de Leeuw, 2016), lo strumento più adatto a sussumere la responsabilità degli enti nell'ambito dell'art. 25 ICC St sarebbe la clausola residuale contenuta all'art. 25(3)(d)(ii) dello Statuto ("contribuisce in ogni altra maniera"). L'applicazione di questo articolo si basa su un test bifasico guidato da due interrogativi: (a) si è trattato di un contributo significativo alla commissione del reato? (b) si è trattato di un contributo volontario alla commissione del reato? È certo che la peculiarità dei *transnational corporate crimes* si rispecchia anche nell'effettuazione di queste verifiche.

Per quanto riguarda l'elemento dell'*actus reus*, affinché vi sia una condotta rilevante si dovrà valutare la significatività dello stesso da un punto di vista oggettivo (ad es. se l'acquisto di diamanti dell'azienda ha beneficiato il mercato dei *blood diamonds*). Dal punto di vista soggettivo, lo standard previsto dall'art. 25(3)(d)(ii) ICC St è più elevato rispetto a quello oggettivo, ma permette senz'altro di evitare il difficile accertamento richiesto dall'art. 25(3)(c) ICC St. Infatti, ai sensi dell'articolo 25(3)(d)(ii) ICC St verrebbe prevista la punibilità di quei *corporate actors* che hanno contribuito con la loro condotta alla commissione di un reato da parte di un gruppo che agisce di comune accordo, a patto che l'ente avesse conoscenza dell'intenzione del gruppo di commettere un reato. Si dovrà valutare, ad esempio, se i

³⁶ Si pensi al caso della compagnia Caterpillar, che da anni fornisce allo Stato israeliano i bulldozer che vengono usati da quest'ultimo per costruire insediamenti nei territori palestinesi in violazione del diritto internazionale, cfr. Ambos (2018a): 560; Schmidt (2015).

prodotti venduti dall'ente sono stati realizzati specificatamente per il perseguimento di un obiettivo criminoso o se si prestano anche ad usi ulteriori.

Da una lettura sistematica dell'art. 25(3)(d) ICC St si è portati poi ad escludere la necessità di essere a conoscenza delle circostanze specifiche del crimine concretamente commesso dall'autore principale, essendo sufficiente conoscere gli elementi essenziali di questo (ad es. è sufficiente essere a conoscenza che le armi vendute a un gruppo ribelle vengono usate anche in attacchi contro civili). Questa sembra la tesi sostenuta da Clapham (2008), il quale afferma che si potrebbe ritenere soddisfatto il nesso psicologico richiesto dall'art. 25 (3)(d) nel caso in cui un ente, reso consapevole della probabilità di contribuire ad un crimine commesso da un gruppo, continui ad agire, avendo accettato il fatto che le sue azioni potrebbero contribuire alla realizzazione del reato in oggetto.

Tuttavia, a conclusione di questa breve rassegna, sembra potersi concludere che una semplice estensione degli art. 25 e 28 ICC St agli enti incontrerebbe ostacoli difficili da sormontare. Anche se si introducesse la responsabilità degli enti all'interno dello Statuto di Roma, le difficoltà sin qui elencate la renderebbero un istituto probabilmente inapplicabile nella prassi giudiziaria della Corte. Sarebbe dunque opportuno corredare l'introduzione della responsabilità degli enti con una disciplina *ad hoc* sulle forme di responsabilità, eventualmente continuando a distinguere fra autoria e partecipazione —ove si ritenesse che ciò possa avere un senso anche per le persone giuridiche, ma prevedendo dei requisiti strutturali autonomi, diversi da quelli previsti per le persone fisiche.

4.3. *Quali sanzioni per le corporation?*

Un ulteriore aspetto, tra i più dibattuti in relazione alla punibilità degli enti nel diritto penale internazionale, è quello relativo alle sanzioni. Per la maggior parte degli Stati di *civil law*, infatti, i rimedi civili non sarebbero il mezzo adatto per affrontare temi di rilevanza pubblica come la commissione di un reato. La sanzione penale rappresenterebbe l'unico mezzo per esprimere la censura morale

richiesta da tali condotte (Kaeb, 2016-2017: 386). Ammesso che ciò sia fondato, come punire dunque una *corporation* con gli strumenti previsti dal diritto penale internazionale? D'altronde, come è stato affermato, “[y]ou can't send it to jail. You can certainly condemn it to die” (Jena, 2019: 238).

Lo Statuto di Roma prevede quale sanzione principale all'articolo 77 la privazione della libertà personale, oltre ad eventuali sanzioni accessorie. Includere gli enti nel novero dei soggetti passivi del diritto penale internazionale comporterebbe, quindi, la modifica di tale parte dello Statuto, andando ad includere sanzioni pecuniarie di natura penale che vadano a colpire il cuore del reo-ente: il profitto. Fra le possibili sanzioni proposte in dottrina (Nieto Martín, 2018), si rinvengono ad esempio la creazione di liste del tipo *naming and shaming*, scommettendo su una possibile reputazione corporativa internazionale, con la conseguente induzione di una morale corporativa (in senso critico Barak, 2017: 3).

Ulteriori pene applicabili potrebbero essere la dissoluzione dell'ente (c.d. *corporate death penalty*), la confisca degli *asset*, l'esclusione della partecipazione a gare pubbliche, la sorveglianza giudiziale e la chiusura temporanea o definitiva di filiali dell'ente coinvolte nella commissione di reati (Kaeb, 2016-2017: 390). Tuttavia, occorrerà poi chiedersi quali di queste sanzioni, pensate per gli enti a livello di diritto penale nazionale, si adattino alla gravità dei crimini internazionali, soprattutto alle ipotesi più gravi corrispondenti ai *core crimes*; molte di esse, infatti, potrebbero apparire insufficienti. Avendo in mente gli interessi delle vittime, sembra interessante considerare ipotesi di *diversion*, come quelle che Nieto Martín chiama *sanciones empoderativas* (Nieto Martín, 2021: 6), che mirano a togliere il potere agli amministratori delegati delle imprese e a darlo alle vittime. Un esempio importante è la cosiddetta *equity fine* o diluizione delle azioni, che richiede alla società convenuta di emettere azioni aggiuntive a un fondo di risarcimento delle vittime gestito dallo Stato o ad altri fiduciari indipendenti. Il processo di aggiunta di azioni al *pool* di azioni esistente punisce gli azionisti diluendo la proprietà delle azioni. In questo modo, le sanzioni pecuniarie puniscono coloro che beneficia-

no dei proventi dei reati societari, motivando gli azionisti e i manager a modificare il processo decisionale aziendale³⁷.

Pur essendo pensata al momento per crimini di gravità minore, si potrebbe immaginare di estendere l'*equity fine*? Si potrebbe ad esempio coinvolgere nella struttura dell'ente delle intere comunità etniche colpite da un crimine internazionale realizzato con il sostegno dell'ente. Come detto, è uno scenario ancora tutto da costruire. Può anche darsi che, al contrario, si giunga a ritenere che tali sanzioni non siano proporzionate alla gravità dei crimini internazionali e occorra immaginarne delle nuove. Forse proprio questa può essere l'opportunità per una fase creativa. Del resto, come si è già avuto modo di dire, è la stessa introduzione della responsabilità degli enti a richiedere soluzioni nuove ed inedite in generale, già nella disciplina delle forme di responsabilità. Anche le sanzioni, dunque, dovrebbero essere ripensate e re-immaginate. Non si tratta di partire da zero; vi sono diversi spunti da cui partire. La criminologia cerca nuove combinazioni fra pratiche restaurative, punizione di stampo retributivo e giustizia trasformativa³⁸. È dibattuto quanto le pratiche restaurative presuppongano parallelamente la presenza di uno stato forte e della possibile minaccia retributiva (Aires & Braithwaite, 1992: 214), tuttavia è proprio a queste pratiche e alla loro capacità di adattarsi e reinventarsi, che la c.d. giustizia di transizione corporativa guarda con sempre maggiore interesse (Saad-Diniz, 2020; Payne, *et. at.*, 2020). Si tratta di un approccio che non esclude a priori l'uso della giustizia penale, ma che è integrato da riflessioni socio-economiche; un approccio strategico e dinamico, in grado di offrire risposte concrete che conciliano una visione *backward-looking* e una *forward-looking*.

Quest'ultima prospettiva, in particolare, impone di considerare anche il ruolo del settore privato nel *peacebuilding* post conflitto (García Martín, 2021: 103). Clamp, ad esempio, usa l'espressione *restoration in transitional settings*, riferendosi a strumenti vari come inclusione delle comunità, commissioni di controllo, riparazioni, etc.

³⁷ Proposta da John Coffee all'inizio degli anni Ottanta del XX Secolo, è stata introdotta in Paesi come l'Australia; cfr. Coffee (1981); Braithwaite (2013).

³⁸ Clamp unisce la nozione di giustizia trasformativa alle pratiche restaurative, cfr. Clamp (2016); si veda anche Yepes (2009).

(Clamp, 2016; cfr. anche Nuzov, 2019; Sandoval, 2013). Ciò vale anche per la corruzione. Come correttamente evidenziato:

[...]a cumulative approach is called for if the aim of making corporations liable for corruption is to deter and reduce bribery within a larger effort to tackle the pernicious effects of corruption in 'southern' countries' governments [...] In practice this means not just waving the stick of criminal law sanctions but also producing the carrots to bring about real changes in corporate behaviour on a voluntary basis (Aiolfi & Pieth, 2005: 410).

5. CONCLUSIONI

In questo capitolo si è innanzitutto analizzato il rapporto fra diritto penale internazionale e diritto penale transazionale, alla luce del ruolo che le *corporation* possono avere in questi due mondi. Dopodiché, sono stati studiati i profili relativi alla responsabilità delle persone giuridiche per reati transazionali, da un lato, e per i *core crimes*, dall'altro. Infine, partendo da un'analisi comparata di alcuni modelli nazionali, si sono svolte delle riflessioni sui potenziali effetti dell'incorporazione della responsabilità penale delle persone giuridiche all'interno del sistema di diritto penale internazionale.

La responsabilità penale delle *corporation* è un concetto per certi versi già "vecchio". Ad oggi, però, non è un concetto applicato dal ben più "giovane" diritto penale internazionale. I crimini internazionali hanno una natura intrinsecamente collettiva: in tal senso, estendere gli istituti del diritto penale internazionale anche alle persone giuridiche potrebbe rivelarsi, ad un primo sguardo, un'operazione non così gravosa. I due sistemi —quello della responsabilità penale individuale, e quello della responsabilità penale degli enti— non sono alternativi, né, in alcuni ordinamenti nazionali, dipendenti fra loro. Potrebbero perciò coesistere pacificamente anche all'interno del quadro normativo delineato dallo Statuto di Roma.

L'estensione della responsabilità penale internazionale alle persone giuridiche, inoltre, andrebbe a supplire un vuoto di tutela importante, rappresentato dalla mancanza di risposte equiparabili a quelle previste per il *perpetrator* individuale proprio nei confronti di quei soggetti che traggono profitti maggiori dalla partecipazione nei *grave*

crimes. Alcuni autori sostengono che la struttura dello Statuto della Corte, nonché la giurisprudenza stessa, concepiscono che un gruppo di persone assistito da soggetti singoli, ai sensi dell'art. 25(3)(d), possa commettere un crimine: è soltanto una regola di procedura che impedisce alla Corte di perseguire il gruppo in quanto tale, ma ciò non toglie che il reato stesso sia commesso apparentemente da quel gruppo.

Per quanto riguarda i reati transnazionali, secondo alcuni la persecuzione di tali reati di fronte a un tribunale internazionale rappresenterebbe una sorta di rottura rispetto al sistema generale del diritto penale transnazionale. Questo, infatti, ha come *selling point* il fatto di favorire la tendenza dei sistemi penali nazionali a domesticizzare il diritto penale applicando le proprie norme di diritto penale sostanziale e perseguendo le proprie strategie (Currie & Leon, 2019: 593). Il sistema del diritto penale transnazionale è intrinsecamente fragile per una variegata serie di motivi. Ad esempio, i singoli stati potrebbero non essere disposti a collaborare perché solidali con gli indagati o perché implicati loro stessi nei reati; potrebbero non essere inclini ad aiutare con quello che rappresenta un problema estraneo al loro ed essere contrari ad un'eventuale estradizione. Ciò risulta ancora più accentuato in stati nei quali vi è una struttura di governo interna debole e soggetta alla pressione politica di altri stati (Boister, 2015: 9). A ciò si aggiunge il fatto che, come già enucleato, l'ICC ha dimostrato di essere incapace di perseguire casi rapidamente, come invece potrebbero fare tribunali regionali o nazionali.

Al tempo stesso, come si è visto, questa forma di responsabilità costringerebbe il diritto penale internazionale a ripensare totalmente il suo assetto puramente retributivo, così come sorto a Norimberga, a cominciare dalle sanzioni applicabili. Se, da un lato, ciò costituisce sicuramente una grande sfida in tempi molto complessi in cui la giustizia penale internazionale non figura fra le priorità della politica mondiale, dall'altro questa potrebbe essere l'occasione per affrontare le numerose critiche al diritto penale internazionale vigente, integrandolo con approcci differenti, pluralisti, a geometria variabile e forse più adatti a conciliare istanze retributive, restaurative e trasformative. Il diritto penale internazionale, infatti, non può sottrarsi

alle sfide del nostro tempo, ma deve anzi farsi strumento delle nuove istanze di giustizia che provengono dalla comunità globale.

6. BIBLIOGRAFIA

Dottrina

- Aiolfi, G. & Pieth, M. (2005). "International aspects of corporate liability and corruption", in Tully (ed.), *Research Handbook on Corporate Legal Responsibility*. Elgar: London.
- Alkhawaja, O. (2020). "In Defense of the Special Tribunal for Lebanon and the Case for International Corporate Accountability". *Chicago Journal of International Law* vol. 20 No. 2.
- Ambach, P. (2013). "International criminal responsibility of transnational corporate actors doing business in zones of armed conflict", in Baetens (ed), *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*. Cambridge University Press: Cambridge.
- Ambos, K (2018). International Economic Criminal Law. *Criminal Law Forum* 28.
- Ambos, K. (1999). "General Principles of Criminal Law in the Rome Statute". *Criminal Law Forum* 10.
- Ambos, K. (2018). *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*. Duncker & Humblot: Berlin
- Ambos, K. & Momsen, C. (eds). (2018). "Special Issue: Human Rights Compliance and Corporate Criminal Liability". *Criminal Law Forum* vol. 29 issue 4.
- Andrieu, K. (2012). "Dealing With a "New" Grievance: Should Anticorruption Be Part of the Transitional Justice Agenda?". *Journal of Human Rights* vol. 11 issue 4.
- Askenova, M. (2021). "Corporate Complicity in International Criminal Law: Potential Responsibility of European Arm Dealers for Crimes Committed in Yemen". *Washington International Law Journal* Vol. 30 No. 20.
- Baars, L. et al (2021). "In for a penny, in for a pound? The (lack of) ICC funding for situations referred by the Security Council". *Leiden Law Blog*.
- Baars, G. (2013). "Capitalism's Victor's Justice: The Hidden Story of the Prosecution of Industrialists Post-WWII" in Heller and Simpson (eds), *The Hidden Histories of War Crimes Trials*. Oxford University Press: Oxford.

- Bantekas, I. (2005). "Corruption as an International Crime and Crime against Humanity. An Outline of Supplementary Criminal Justice Policies". *Journal of International Criminal Justice* vol. 4 I. 3.
- Barak, G. (2017). *Unchecked corporate power: how multinational corporations are routinized away and what we can do about it*. Routledge: London.
- Beck, S. (2010). "Meditating the Differences between Corporate Criminal Liability in England and Germany", *11 German L.J.*
- Bernaz, N. (2015). "Corporate Criminal Liability under International Law: The *New TV S.A.L.* and *Akhbar Beirut S.A.L.* Cases at the Special Tribunal for Lebanon". *Journal of International Criminal Justice*, Volume 13, Issue 2.
- Boersma, M. (2012). *Corruption: A Violation of Human Rights and a Crime under International Law?* Intersentia: Cambridge.
- Boersma, M. & Nelen, H. (eds) (2010). *Corruption and Human Rights: Interdisciplinary Perspectives*. Intersentia: Cambridge.
- Boister, N. (2003). "Transnational Criminal Law". *European Journal of International Law*.
- Boister, N. (2012). *An Introduction to Transnational Criminal Law*. Oxford University Press: Oxford.
- Boister, N. (2015). "Further reflections on the concept of transnational criminal law". *Transnational Legal Theory* 6.
- Boister, N. (2015). "Further Reflections on the Concept of Transnational Criminal Law". *Transnational Legal Theory*.
- Boister, N. (2017). "Responding to Transnational Crime: The Distinguishing Features of Transnational Criminal Law", in Van der Wilst & Paulussen, *Legal Responses to Transnational and International Crimes: Towards an Integrative Approach?* Elgar Publishers: Cheltenham.
- Boister, N., Gless, S. & Jeßberger, F. (2021). *Introduction*, in Boister, Gless and Jeßberger (eds), *Histories of Transnational Criminal Law*. Oxford University Press: Oxford.
- Braithwaite, J. (2013). "Strategic Socialism, strategic privatisation and crisis". *Australian Journal of Corporate Law* n° 28.
- Bruinsma, G. (2015). "Criminology and Transnational Crime" in Bruinsma (ed), *Histories of Transnational Crime*. Springer: Berlin.
- Cassese, A. (2008). *International Criminal Law* 2nd ed. Oxford University Press: Oxford.
- Cherif Bassiouni, M. (2013). *Introduction to International Criminal Law* 2nd edn. Martinus Nijhoff: The Hague.

- Clamp, K. (ed). (2016). *Restorative Justice in Transitional Settings*. Routledge: London.
- Clapham, A. (2000). "The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court", in Kamminga (ed), *Liability of multinational corporations under international law*. Kluwer Law International: The Hague.
- Clapham, A. (2008). "Extending International Criminal Law Beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups". *Journal of International Criminal Justice* Vol. 6, No. 5.
- Coffee, J. (1981). "No soul to damn no body to kick: An unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment". *Michigan Law Review*.
- Currie, R.J. & Leon, J. (2009). "Copla: A Transnational Criminal Court for Latin America and the Caribbean". *Nordic Journal of International Law*.
- David, L. (2020). *The Past Can't Heal Us. The Dangers of Mandating Memory in the Name of Human Rights* Cambridge University Press: Cambridge.
- De Leeuw, L. (2016). "Corporate Agents and Individual Criminal Liability under the Rome Statute". *State Crime Journal* Vol. 5 No. 2.
- De Maglie, C. (2005). "Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law". *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 4.
- De Ross, T. A. (1987). *Strafbaarstelling Van Economische Delicten: Een Crimineel-Politieke Studie*. Gouda Quint: Arnhem.
- Elliot, M. & Lüth, F. (2021). Corporate Liability for Economic Crimes, in Boiser, Gless, Jeßberger. *Histories of Transnational Criminal Law*. Oxford Scholarship Online: Oxford.
- Foffani, L. (2022). "20 Jahre europäische Kriminalpolitik – Der Untergang des Prinzips *societas delinquere non potest?*", in Jeßberger, Vormbaum & Burghardt (eds), *Strafrecht und Systemunrecht. Festschrift für Gerhard Werle zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck: Tübingen.
- Ford, S. (2017). "What Investigative Resources Does the International Criminal Court Need to Succeed?: A Gravity-Based Approach". *Wash. U. Globalstud. L. Rev.*
- Fronza, E. (2022). "Towards a New Crime of Ecocide: The Moving Frontiers of International Criminal Law", in Jeßberger, Vormbaum & Burghardt (eds), *Strafrecht und Systemunrecht. Festschrift für Gerhard Werle zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck: Tübingen.
- García Martín, L. (2021). *Transitional Justice, Transitional Justice, Corporate Accountability and Socio-Economic Rights Lessons from Argentina*. Routledge: London.

- Grabosch, R.(ed). (2021). *Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*. Nomos:Baden.
- Hafner-Burton, E. M. & Tsutsui, K. (2007). “Justice Lost! The Failure of International Human Rights Law to Matter Where Needed Most”, *J. Peace Res.* 44.
- Heller, J. K. (2013). Why the ICTY’s “Specifically Directed” Requirement Is Justified. *OpinioJuris*. Available at: <http://opiniojuris.org/2013/06/02/why-the-ictys-specifically-directed-requirement-is-justified/>,
- Jeßberger, F. (2019). “Corporate Involvement in Slavery and Criminal Responsibility under International Law”. *Journal of International Criminal Justice* vol. 14, issue 2
- Kaeb, C. (2016). “The Shifting Sands of Corporate Liability under International Criminal Law”. *Geo. Wash. Int’l L. Rev.* 39.
- Kaleck, W. & Saage-Maab, M. (2010). “Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes: The Status Quo and its Challenges”. *Journal of International Criminal Justice* vol. 8/3.
- Keiler, J. (2013). *Actus Reus and participation in European Criminal Law*. Intersentia: Cambridge.
- Keiler, J. & Roef, D.(eds). (2019). *Comparative Concepts of Criminal Law*, 3rd edition. Intersentia: Cambridge.
- Kennedy, D.W. (2002). “The International Human Rights Movement: Still Part of the Problem?” *Harv. Hum. Rts. J.* 15.
- Kofele-Kale, N. (2000). “The Right to a Corruption-Free Society as an Individual and Corrective Human Right: Elevating Official Corruption to a Crime under International Law”. *The International Lawyer* 34.
- Kremnitzer, M. (2010). “A Possible Case for Imposing Criminal Liability on Corporations in International Criminal law”. *Journal of International Criminal Justice* 8/3.
- Kubiciel, M. (2008). “Korruptionsbekämpfung – Internationale Rechtsentwicklung und Rechtswandel in Transformationsstaaten”. *ZStW* 120.
- Kyriakakis, J. (2007). “Corporations and the International Criminal Court: The Complementarity Objection Stripped Bare”. *CLF* 19(1).
- Kyriakakis, J. (2009). “Corporate Criminal Liability and the ICC Statute: The Comparative Law Challenge”. *Netherlands International Law Review* 56(3).
- Landman T., & Schudel, C.J.W. (2007). “Corruption and Human Rights, Empirical Relationships and Policy Advice”. Working Paper.
- Larik, J. (2010). “Corporate International Criminal Responsibility: Oxymoron or an Effective Tool for 21st Century Governance?”, in Hertwig (ed).

- Global risks: Constructing world order through law, politics and economics*. Lang: Frankfurt am Main.
- Levey, S. (2011). "Fighting Corruption after the Arab Spring, Foreign Affairs". Disponibile presso: <https://www.foreignaffairs.com/articles/middle-east/2011-06-16/fighting-corruption-after-arab-spring>.
- Manacorda, S. (2022). "Fragments' of International Economic Criminal Law: Short Notes on Corporate and Individual Liability for Business Involvement in International Crimes", in Jeßberger, Vormbaum & Burghardt (eds), *Strafrecht und Systemunrecht. Festschrift für Gerhard Werle zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck: Tübingen.
- Martín, A. N. (2018). "Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿cómo configurar un sistema de sanciones pensando en sus víctimas?", in Sancho (ed.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*. Editorial Aranzaldi: Pamplona.
- Martin, J. (2019). "It's Complicated: The Challenge of Prosecuting TNCs for Criminal Activity Under International Law". *Faculty Scholarship*.
- Meyer, F. (2013). "Multinationale Unternehmen und das Völkerstrafrecht". *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 56.
- Morrill, C. (2008). "Culture and Organization Theory". *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 619.
- Mutua, M. (2001). "Savages, Victims, and Saviors: The Metaphor of Human Rights". *Harv. Int'l L. J.*
- Nanda, P. (2011). "Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?", in Pieth & Ivory (eds). *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*. Springer: Dordrecht.
- Naucke, W. (2012). *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstrafat – Eine Annäherung*. LIT Verlag Münster: Münster.
- Nieto Martín, A. (2021). "Justicia Empresarial Restaurativa Y Víctimas Corporativas". *La Legislazione Penale*.
- Olanian, K. (2016). *Corruption and Human Rights Law in Africa (Studies in International Law)*. Hart Publishing: Londra.
- Olasolo, H.A. (2017). *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales: Dilemas políticos y normativos*. Tirant Lo Blanch: Valencia.
- Ollé Sesé, M. (2008). *Justicia universal para crímenes internacionales*. La Ley: Madrid.
- Pawlik, M. (2006). "Strafe oder Gefahrenbekämpfung?: Die Prinzipien des Deutschen Internationalen Strafrechts vor dem Forum der Straftheorie". *ZIS*.

- Peccioli, A. (2005). *Unione europea e criminalità transnazionale. Nuovi sviluppi*, Giappichelli: Torino.
- Pella, V. (1925). *La Criminalité Collective des États et le Droit Penal de l'Ávenir*. Imprimerie de l'État.
- Peters, A. (2018). "Corruption as a Violation of International Human Rights". *The European Journal of International Law* Vol. 29 no. 4.
- Pieth, M. & Ivory, R. (2011). "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles" in Overvie", in Pieth & Ivory (eds), *Corporate Criminal Liability*. Springer: Dordrecht.
- Raj Kuma, C. (2003). "Corruption and Human Rights: Promoting Transparency in Governance and the Fundamental Right to Corruption-Free Service in India". *Columbia Journal of Asian Law* 17(1).
- Reed, M. (2006). "Organizational Theorizing: A historically contested Terrain"., in Clegg (ed), *The Sage handbook of organization studies* 2nd edn. Sage Publications: London.
- Robinson, D. (2008). "The Identity Crisis of International Criminal Law". *Leiden Journal of International Law* 21.
- Robinson, I. (2015). "Truth Commissions and Anti-Corruption: Towards a Complementary Framework?". *International Journal of Transitional Justice* vol. 9 issue 1.
- Roht-Arriaza, N. & Martinez, S. (2019). "Grand Corruption and the International Criminal Court in the 'Venezuela Situation'". *Journal of International Criminal Justice* volume 17, Issue 5.
- Saad-Diniz, E. (2010). "Justicia de transición corporativa: la nueva generación de estudios transicionales". *La Ley-Suplemento Penal Y Procesal Penal*.
- Saad-Diniz, E. et al. (2018). *Corrupção, direitos humanos e empresa*. D'Plácido: Belo Horizonte.
- Saland, P. (1999). "International Criminal Law Principles" in Lee (ed), *The International Criminal Court: the Making of the Rome Statute*. Brill: Leiden.
- Sandoval, C. & Surfleet, G. (2014). "Corporations and redress in Transitional Justice processes" in Michalowski (ed), *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*. Routledge: London.
- Sbrisà, F. & Spinelli, E. (2020). *Responsabilità amministrativa degli enti (D.lgs. 231/01)*, Ipsoa: Milano.
- Schmidt, T. (2015). *Crimes of Business in International Law*. Hart-Nomos: BadenBaden.
- Shalchi, A. (2022). *Corporate criminal liability in England and Wales*. *House of Commons Library*.

- Stewart, J. G. (2013). "A Pragmatic Critique of Corporate Criminal Theory". *NCLR* 16(2).
- Stoitchkova, D. (2010). *Towards corporate liability in international criminal law*. Intersentia: Antwerp.
- Taylor, D. (2016). "Beyond the Courtroom. The Objectives and Experiences of International Justice at the Grassroot", in Malcontent (ed), *Facing the Past. Amending Historical Injustices through Instruments of Transitional Justice*. Intersentia: Antwerpen.
- Thuo Gathi, J. (2009). "Defining the Relationship between Human Rights and Corruption". *University of Pennsylvania Journal of International Law* 31.
- Thurner, G.W.B. (2012) *Internationales Unternehmensstrafrecht: Konzernverantwortlichkeit für schwere Menschenrechtsverletzungen*. Verlag Österreich: Wien.
- Weigend, T. (2008). "Societas delinquere non potest?: A German Perspective". *JICJ* 6(5).
- Wells, C. & Elias, J. (2005). "Catching the Conscience of the King: Corporate Players on the International Stage", in Alston (ed.), *Non-state actors and human rights*, Oxford University Press: Oxford.
- Werle, G. & Jeßberger F. (2020). *Principles of International Criminal Law*. Oxford University Press: Oxford.
- Yan, T. (1998). "La vérité, le temps, le juge et l'historien". *Le Débat* vol. 102(5).
- Yepes, U. (2009). "Transformative reparations of massive gross human rights violations: between corrective and distributive justice". *Netherlands Quarterly of Human Rights* 27.

Risoluzioni, relazioni e altri documenti

- 9th Cir (18 settembre 2002). *Doe I v. Unocal*. 395 F3d 932, 947 (9th Cir 2002).
- Aires, I. & Braithwaite, J. (1992). *Responsive regulation: transcending the regulatory debate*. Oxford: Oxford Press.
- ASP (2003). *Report of the Prosecutor of the ICC*. ICC-ASP/3.
- Drumbl, M.A. (2007) *Atrocity, punishment, and international law*. Cambridge University Press: Cambridge.
- Duff, R.A. (2010). "Authority and responsibility in International Criminal Law", in Tasioulas & Besson (eds), *The philosophy of international law*. Oxford University Press: Oxford.

- Earth Rights International. *The First Case of its Kind: Holding a U.S. Company Responsible for Rape, Murder, and Forced Labor in Myanmar*. Disponibile: <https://earthrights.org/case/doe-v-unocal/>
- Evenson, E. et al. (2018). "The ICC's Impact on National Justice: Can the ICC Prosecutor Catalyze Domestic Cases?". *EJIL:Talk!* 6 dicembre 2018. Disponibile presso: <https://www.ejiltalk.org/the-iccs-impact-on-national-justice-can-the-icc-prosecutor-catalyze-domestic-cases/>
- Hamilton, T. (2020). "Arms Transfer Complicity Under the Rome Statute", in Jørgensen (ed.), *The International Criminal Responsibility of War's Funders and Profiteers*, Cambridge University Press: Cambridge.
- ICC, OTP (2016). Policy paper on case selection and prioritization.
- IMT. (1 ottobre 1946). Judgment of 1 October 1946 in *The Trial of the German Major War Criminals*. Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg. Germany. Pt 22 (1950).
- International Council on Human Rights Policy and Transparency International prepared by Magdalena Sepulveda Carmona (2009). *Corruption and Human Rights: Making the Connection*.
- Jalloh, C. (2019). *A Classification of the Crimes in the Malabo Protocol*, in Jalloh, Clarke & Nmehielle (eds), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*. Cambridge University Press: Cambridge
- Jebbinger, F. (2009). "International v. national prosecution of international crimes", in Cassese (ed), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford University Press.
- Kress, C. (2009). "International Criminal Law", in Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press: Oxford.
- Kress, C. (2009). "International Criminal Law", in Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press: Oxford.
- Law No.05/L-053 on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office (2015). Repubblica del Kosovo.
- Levey, S. (2011). "Fighting Corruption after the Arab Spring, Foreign Affairs". Disponibile presso: <https://www.foreignaffairs.com/articles/middle-east/2011-06-16/fighting-corruption-after-arab-spring>
- Moyn, S. (2018). *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*. Harvard University Press: Harvard.
- Mutua, M. (2002). *Human Rights: A Political and Cultural Critique*. Penn Press: Filadelfia.

- Nuzov, I. (2020). "Post-conflict justice: extending international criminal responsibility to non-State entities" in Heffes et al. (eds). *International Humanitarian Law and Non-State Actors*. T.M.C. Asser Press: The Hague.
- O'Keefe, R. (2015). *International Criminal Law*. Oxford University Press: Oxford.
- Payne, L. A., Pereria, G. & Bernal- Bermúdez, L. (2020). *Transitional Justice and Corporate Accountability From Below*. Cambridge University Press: Cambridge.
- Pearson, Z. (2013). "An International Human Rights Approach to Corruption", in Larmour & Wolanin (eds), *Corruption and Anti-Corruption*. ANU Press: Canberra.
- Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights (2014).
- Protocollo contro la fabbricazione e il traffico illeciti di armi da fuoco (2001). UN Doc A/RES/55/255.
- Public Prosecutor v. Frans Cornelis Adrianus van Anraat (23 dicembre 2005). 09/751003-04.
- Schabas, W. A. (2010). *The international criminal court: A commentary on the Rome Statute*. Oxford University Press: Oxford.
- Schabas, W.A. (2011). *An introduction to the International Criminal Court*, 4th ed. Cambridge University Press: Cambridge.
- Scherer, A. G. (2005). "Modes of Explanation in Organization Theory" in Tsukas & Knudsen (eds), *The Oxford handbook of organization theory: Meta-theoretical perspectives*. Oxford University Press: Oxford.
- Sluiter G. & Shun Ming Yau S. (2020). "Aiding and Abetting and Causation in the Commission of International Crimes. The Cases of Dutch Businessmen van Anraat and Kouwenhoven", in Jørgensen (ed.), *The International Criminal Responsibility of War' s Funders and Profiteers*. Cambridge University Press: Cambridge.
- Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale (1998). RU 2002 3743.
- STL. (2 ottobre 2014). NewTV S.A.L. et al. Decision on Interlocutory Appeal Concerning Personal Jurisdiction in Contempt Proceedings. Case No. STL-14-05/PT/AP/AR126.1.
- Teitel, R. G. (2014). *Globalizing transitional justice*. Oxford University Press: Oxford.
- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia (2001), *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Sentencia, IT-95-14/2-T.
- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia (2005), *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Sentencia, IT-01-42-T.
- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia (2006), *Prosecutor v. Naser Oric*, Judgement Trial Chamber, IT-03-68-A.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Apelaciones (2002), *Prosecutor v. Ignace Bagilishema*, ICTR-95-01A.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Primera Instancia (1998), *Prosecutor v. Jean – Paul Akayesu*, Sentencia, ICTR-96-4T.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Primera Instancia (1999), *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, Sentencia, ICTR-95-1-T.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Primera Instancia (2004), *Prosecutor v. Ntagerura et al.*, Sentencia, ICTR-99-46-T.
- U.N. Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (1998). Official Records of U.N. Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (Vol. I). U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/SR.1 (Rome, June 15-17 July 1998).
- United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto (2000). General Assembly resolution 55/25 of 15 November 2000
- United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (1998). Working Paper on Article 23 Paragraphs 5 and 6. UN Doc. A/Conf.183/C.1/WGGP/L.5/Rev. 2.
- United Nations Special Representative of the Secretary General on Human Rights and Business (2008). Report on ‘Corporate Culture’ as a basis for the Criminal Liability of Corporations.
- Vasiliev, S. (2020). “The Crises and Critiques of International Criminal Justice” in Heller et al. (eds),. *The Oxford Handbook of International Criminal Law*. Oxford University press: Oxford.
- Wells, C. & Elias, J. (2005). “Catching the Conscience of the King: Corporate Players on the International Stage”, in Alston (ed.), *Non-state actors and human rights*, Oxford University Press: Oxford.

Werle, G. & Jeßberger F. (2020). *Principles of International Criminal Law*.
Oxford University Press: Oxford.

Capítulo 4

*Los programas de incentivos para alertar o denunciar y los programas de protección de denunciantes, informantes y testigos**

YAMILA RODRÍGUEZ*

MAGALI BOBBIO*

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente capítulo es determinar si los mecanismos existentes en el derecho internacional penal (DIP) en materia de incentivos y protección de denunciantes, informantes y testigos po-

* Las opiniones expresadas en este documento son solo las de las autoras y no reflejan las opiniones de la Corte Penal Internacional.

* Abogada (Universidad de Buenos Aires), Máster en Derecho (Universidad de Palermo), especialista en Derechos Humanos y Derecho Constitucional (Universidad de Palermo), especialista en Justicia Juvenil y Derechos del Niño (Universidad de Buenos Aires) y diplomada en Derechos Humanos (Abo Akademi). Actualmente es candidata a Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires y se desempeña con funcionaria en el sistema de justicia federal argentino.

* Abogada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina con especialidad en Derecho Penal. También cuenta con una maestría (con honores) en “Crímenes Internacionales y Criminología” de la Universidad Vrij, Ámsterdam, Países Bajos. Trabajó durante más de 7 años en varios tribunales orales de Buenos Aires brindando asesoría legal a jueces del poder judicial argentino. En la Corte Penal Internacional ocupó diversos puestos tanto en la Fiscalía como en las Salas. Luego de haber trabajado más de 8 años como asesora jurídica en la Sala de Apelaciones, actualmente trabaja como letrada en la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, brindando asesoramiento legal a los jueces de la sala. Ha participado en varias conferencias en diferentes países, tanto en español como en inglés, y ha publicado varios trabajos académicos sobre

drían contribuir a incrementar la eficacia de la persecución penal de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT) en caso de que los tribunales internacionales penales (TIPs), ya sean de ámbito universal o regional, y/o los THs tuvieran competencia sobre este fenómeno. A tal efecto, se hará un análisis comparado del marco jurídico y jurisprudencia relevante de los siguientes tribunales: (a) la Corte Penal Internacional (CPI); (b) los tribunales internacionales penales (TIPs) de ámbito universal (TPIY y TPIR, también conocidos como “tribunales ad hoc”); (c) los TIPs de ámbito 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); y (d) los tribunales híbridos (THs): Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL), Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya (SECC), Tribunal Especial para El Líbano (TEL) y las Salas Especializadas de Kosovo (SEK).

El capítulo se encuentra dividido en dos partes. En la primera parte se examinan los programas de incentivos dirigidos a: (a) incentivar al personal de los TIPs y los THs (*whistleblowers*) a informar o denunciar sobre la posible comisión de faltas e incumplimientos de las funciones de quienes trabajan en los mismos; y (b) obtener información de personas ajenas a los tribunales sobre la posible comisión de crímenes internacionales bajo su jurisdicción.

La segunda parte se enfoca en los programas de protección existentes para denunciadores, informantes y testigos. Tal como se verá en el desarrollo del capítulo, los programas de protección constituyen un importante incentivo para que denunciadores, informantes y testigos participen directa o indirectamente en los procesos judiciales ante los TIPs y los THs. En este sentido, son particularmente relevantes las medidas de protección contempladas para *whistleblowers*, porque incentivan que se informe de posibles faltas por parte de quienes ejercen funciones en dichos tribunales.

diversos temas relacionados con el DIP. Actualmente, Magali es parte del comité de redacción del concurso de simulación ante la CPI, en su versión en español. Los comentarios de Magali son su opinión personal y no han de ser asociados con la Corte Penal Internacional.

A los efectos del presente capítulo, se considera denunciante a aquella persona (física o jurídica) que comunica al órgano fiscal del tribunal de que se trate la posible comisión de crímenes internacionales¹. Por su parte, se entiende por informante o alertador quien, por lo general a cambio de la garantía del anonimato, se pone en contacto con un investigador para “informarle” de algo que considera de interés potencial el mismo, permitiendo de este modo el inicio de una nueva investigación o complementar la información ya disponible en el contexto de procesos en curso (CPI, 24/04/2014: 4-5). Finalmente, se consideran testigos a quienes una de las partes o participantes en las actuaciones tiene la intención de llamar a testificar, o en cuya declaración tiene la intención de basar sus alegatos (CPI, Protocolo de Información Confidencial, 2019, párr. 4(f)). En la práctica, las diferentes categorías pueden superponerse. Esto es, una persona que denuncia o un informante pueden posteriormente presentarse a prestar declaración como testigos. Las categorías son relevantes, particularmente en lo que respecta al nivel de protección que puede otorgarse.

2. LOS PROGRAMAS DE INCENTIVOS PARA DENUNCIAR/ALERTAR

Esta sección estudia el marco jurídico y, si fuese de interés, la jurisprudencia de los TIPs y los THs en lo que respecta a los programas y mecanismos de incentivos para denunciantes e informantes, y posibles testigos, a fin de determinar si resultarían adecuados en caso de que tales tribunales pudieran, en algún momento, investigar, enjuiciar y sancionar el fenómeno de la corrupción asociada al COT.

La sección se divide a su vez en dos partes. En la primera, se examinan cuáles son los mecanismos de incentivos para los *whistleblowers* que informan y/o reportan la posible comisión de faltas e incumplimientos de funciones por quienes trabajan en los mencionados tribunales. En la segunda, se identifican los programas de incentivos para quienes tienen acceso a información secreta o confidencial so-

¹ Vid. en este sentido, p. ej., el art. 15 (1) del ECPI.

bre hechos que son de competencia de dichos tribunales (*insiders*). Por último, luego de explicar la normativa y jurisprudencia relevante para cada tribunal, se realiza un análisis comparativo a efectos de determinar la potencial efectividad que estos mecanismos podrían tener en casos de corrupción asociada al COT.

2.1. Incentivos para whistleblowers que informan de faltas e incumplimiento de funciones de sus compañeros o superiores

Históricamente, los delitos de cuello blanco y otras conductas indebidas similares —como aquellas que se relacionan con la corrupción— han sido muy difíciles de identificar porque los autores, los beneficiarios y la amplia masa de personas victimizadas por los mismos no tenían ningún incentivo para revelarlos (Sutherland, 1940). En la actualidad esto ha cambiado, de manera que se han identificado los siguientes tres factores fundamentales para incentivar a las personas que trabajan en los tribunales internacionales, regionales e híbridos a denunciar irregularidades (incluyendo, prácticas corruptas): (a) la creación de una cultura de transparencia institucional; (b) el establecimiento de canales de denuncia claros y conocidos, tanto internos como externos; y (c) la realización de investigaciones (internas o externas, según el caso) que sean respetuosas de los principios del debido proceso (Fougner, 2020).

2.1.1. Tribunales internacionales penales de ámbito universal

2.1.1.1. Corte Penal Internacional

El Estatuto y el Reglamento (CPI, AEP, 2015) del Personal definen las normas básicas de conducta profesional para los funcionarios de la CPI y establecen un procedimiento disciplinario aplicable en caso de incumplimiento. Estas normas se complementan con: (a) las normas administrativas que rigen el procedimiento disciplinario interno aplicable a dichos funcionarios, esto es, el Reglamento de Procedimiento de la Junta Consultiva Disciplinaria (CPI, Secretaría, 2008); (b) un Código de Conducta para los funcionarios adoptado en 2011 que establece normas sobre conflictos de interés y una lista

de conductas insatisfactorias que pueden generar medidas disciplinarias (CPI, Secretaría, 2011); e (c) Instrucciones Administrativas adicionales que abordan conductas insatisfactorias específicas, como la discriminación y el acoso (CPI, Secretaría, 2005).

Existe también desde 2013 un Código de Conducta independiente para la Fiscalía, que se aplica a todos sus miembros, así como a los pasantes, profesionales visitantes y personal que trabaja sin remuneración (CPI, Fiscalía, 2013).

Ninguna de estas normas es, sin embargo, aplicable a los jueces, de manera que a estos solo se les aplica el Código de Ética Judicial (CPI, 2005), el cual proporciona pautas sobre su conducta, en relación con sus funciones profesionales y con sus actividades fuera de la CPI. Estas pautas son de carácter consultivo y no recogen ningún procedimiento para su aplicación.

En consecuencia, el único procedimiento sancionatorio (de carácter administrativo e interno) aplicable a los funcionarios electos de la CPI (jueces, presidente, fiscal, fiscal adjunto, secretario, secretario adjunto) se prevé en las reglas 26 a 32 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) (CPI, AEP, 2002), siendo aplicable en casos de “faltas graves”, “mala conducta” (tal como se define en la regla 24 de las RPP) y “mala conducta de naturaleza menos grave” (definida en la regla 25 de las RPP).

Sin perjuicio de este marco normativo, y a pesar de contar con más de 1.400 funcionarios, contratistas y pasantes, no existe en la CPI una Oficina de Ética y Cumplimiento, entidad que es común en organizaciones de este tamaño. Ni siquiera hay un solo oficial de cumplimiento o ética dentro de la CPI. De hecho, el cargo de Controlador que hasta 2014 era parte de la Secretaría fue uno de los primeros puestos abolidos durante su reestructuración (conocida como “ReVision” (Inder, 2020).

En cuanto a los mecanismos de denuncia para *whistleblowers*, estos se encuentran delineados en los dos instrumentos principales de la CPI sobre el tema: la política anti-fraude (CPI, Política Anti-Fraude, 2014) y la política sobre *whistleblowing* y sobre protección de *whistleblowers* (CPI, Política sobre *whistleblowing*, 2014). No obstante, a la fecha no se ha promulgado ninguno de los actos administrativos

requeridos con respecto a aspectos importantes de estos procesos. De hecho, podría decirse que la ausencia de conocimiento del procedimiento aplicable puede actuar como un elemento que disuade la presentación de denuncias de fraude y de otras conductas incorrectas, ya que a los denunciadores potenciales no se les proporciona de antemano una imagen clara de las medidas procesales de protección que pudieran recibir para evitar posibles represalias.

Sin perjuicio de lo anterior, el procedimiento estándar de denuncia delineado en los dos instrumentos mencionados contempla que los reportes sean realizados al superior jerárquico. No obstante, puede ocurrir que el superior jerárquico sea la persona involucrada en las irregularidades a denunciar, o que existan serias sospechas de que el superior pueda tomar represalias contra el denunciante. Para estos casos, es conveniente que en las organizaciones exista la posibilidad de reportar las irregularidades a organismos externos de control, que, en el caso de la CPI, es el Mecanismo de Supervisión Independiente (IOM, por sus siglas en inglés), que fue establecido por la Asamblea de Estados Partes (AEP) en su octavo período de sesiones de conformidad con el Artículo 112 (4) del ECPI (CPI, Mandato Operacional del IOM, 2013), entró en pleno funcionamiento en 2017, constituyendo una oficina operativamente independiente cuyo jefe reporta directamente al Presidente de la AEP.

Por otro lado, un incentivo importante para denunciar se encuentra en la sección 4 de la Política Anti-Fraude en la que, luego de establecer que todas las personas que prestan servicios en la CPI comparten una responsabilidad de informar inquietudes sobre cualquier fraude (detectado u objeto de sospecha), incluida la notificación de patrones de anomalías que podrían indicar que ha habido o está habiendo fraude con respecto a la CPI (sección 4 (1)). De este modo, quienes tengan conocimiento o sospecha de un caso de fraude y no lo informen están sujetos a “medidas disciplinarias o acciones administrativas, según corresponda” (sección 4.2).

Además, en la política sobre *whistleblowers*, se establece que todo el personal de la CPI comparte la responsabilidad de informar sobre las faltas de conducta presentes o pasadas, y de cooperar con las autoridades en las actividades que se lleven a cabo para esclarecer esas

denuncias (sección 1.3). Sin embargo, no se identifica una sanción en caso de incumplimiento de esta obligación.

Finalmente, en el curso de nuestra investigación no se han encontrado antecedentes de investigaciones realizadas por instituciones externas a la CPI a partir de información brindada por *whistleblowers*. En este sentido, es necesario aclarar que el informe de la Revisión de Expertos Independientes (CPI, GEP, 2020) es una revisión sistémica integral, pero no es lo mismo que una investigación sobre denuncias específicas de irregularidades individuales.

2.1.1.2. *El TPIY y el TPIR*

Dado que el TPIY² y el TPIR³ fueron tribunales creados por el Consejo de Seguridad (CSNU) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), las personas que trabajaron allí (y quienes en la actualidad trabajan en el Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales (MRITP) establecido en 2010⁴) se rigen por el Estatuto y Reglamento del Personal de las Naciones Unidas (ONU, SG, 2017). Dicho Estatuto da contenido a la cultura de la organización en materia de ética profesional y se complementa con las “Normas de conducta de la administración pública internacional”⁵ (ONU, CAPI, 2013).

El incentivo principal en el marco de la cultura de la organización se encuentra en la regla 1(2) del Boletín del Secretario General de las Naciones Unidas (SGNU) titulado “Estatus, Derechos y obligaciones fundamentales del personal” (ONU, SG, 2016) en la cual, en el inciso (c), se establece que “(1)os funcionarios tienen el deber de señalar todo acto que contravenga los estatutos y reglamentos de la

² Creado por el Consejo de Seguridad de la ONU en virtud de la Resolución 827 (1993) el 25 de mayo de 1993

³ Creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en virtud de la resolución 955 (1994) el 8 de noviembre de 1994

⁴ Establecido por el Consejo de Seguridad en virtud de la resolución 1966 (2010), de 22 de diciembre de 2010

⁵ En la Cláusula 1.1 del Estatuto se establece que los miembros del personal son funcionarios públicos internacionales

Organización a la atención de los funcionarios que tengan la responsabilidad de adoptar las medidas del caso y cooperar en auditorías e investigaciones debidamente autorizadas”. Sin embargo, no se identifica una sanción en caso de incumplimiento de esta obligación.

Las Normas de Conducta, por su parte abordan una serie de cuestiones prácticas, incluidos los aspectos éticos del rol y las relaciones laborales de los servidores públicos, la conducta personal y la protección de la información, la lealtad a la organización y su visión, y la exigencia de anteponer los intereses de la institución a los propios y asegurar el uso responsable de sus recursos. Además, establece que “[l]os funcionarios públicos internacionales tienen la obligación de denunciar todo incumplimiento de las normas y reglas de la organización al oficial o la entidad” (párr. 20). La ONU reconoció que, si bien las Normas de Conducta no tienen fuerza de ley a diferencia del Estatuto y Reglamentos del personal, son importantes porque “[...] proporcionan un análisis del estándar esperado para ayudar al personal a comprender su papel como funcionario público internacional” (SGNU, 2002).

Sin embargo, este marco normativo no es aplicable a los jueces de esos tribunales o del MRITP, dado que no son empleados sino funcionarios electos. En el caso del TPIY, recién en el año 2016 —esto es, 23 años después de su creación— se sancionó un Código de Conducta profesional (ONU, CS, 2016)⁶, que, sin embargo, no contiene ninguna disposición relativa a la obligación de denunciar faltas o al procedimiento para ello. Por su parte, en el TPIR, nunca hubo un código de conducta, mientras que en el MRITP se sancionó un Código de Conducta Judicial en 2015, que fue revisado en 2018 (ONU, MRITP, 2018). Este código incluye un procedimiento detallado para presentar denuncias contra los jueces en caso de mala conducta. Es interesante destacar que el procedimiento de denuncias incluye la posibilidad de que, de encontrarse mérito suficiente, la presidencia

⁶ Hay quienes sostienen que esta falta de reglamentación explica, al menos en parte, el escándalo en el que se vio envuelto el Juez Meron (Bogoeva, 2016; Norwegian Helsinki Committee, 2016) que denunció en una carta que tomó estado público la falta de integridad de los miembros del tribunal y al poco tiempo dejó su cargo.

del mecanismo ordene la realización de una investigación externa a cargo de un panel de expertos (art. 13).

Volviendo al personal, el procedimiento para denunciar mala conducta por parte de compañeros de trabajo y superiores, que —recordemos— es una obligación para todo el personal, está detallado en la instrucción administrativa sobre “Conducta insatisfactoria, investigaciones y proceso disciplinario” (ONU, SG, Instrucción Administrativa, 2017) y establece que los funcionarios deben informar a la Oficina de Servicios de Supervisión Interna (OSSI), oficina autorizada para recibir quejas, o al “funcionario responsable” en su entidad según se define en la Sección 2 de la mencionada instrucción.

Esa normativa se complementa con la “Política de protección de las Naciones Unidas contra las represalias” (ONU, SG, Protección contra represalias, 2017), que también establece la obligación de denunciar ante la OSSI o el “funcionario responsable” e investigar las denuncias. Además, contempla una interesante posibilidad: que los agentes de la organización revelen su información a una entidad externa que no sea parte del sistema de la ONU. Para ello, se deben cumplir tres requisitos. Primero, dicha comunicación debe ser necesaria para evitar una situación grave (por ejemplo, una amenaza para la salud pública), una amenaza a la seguridad a la organización, un daño sustancial a sus operaciones, o una violación del derecho nacional o internacional. En segundo lugar, no debe ser posible informar a las autoridades internas, porque el agente: (a) tiene razones para creer que será objeto de represalias, o que las pruebas relacionadas con la mala conducta serán destruidas u ocultadas; o (b) ya ha informado a los mecanismos internos, pero no ha recibido respuesta en un plazo de seis meses. Tercero, el agente no debe aceptar ningún beneficio de ninguna de las partes por la divulgación.

A pesar del robusto cuerpo normativo existente en la ONU respecto del procedimiento de denuncia para *whistleblowers*, un informe de 2018 halló que, “si bien el personal entendía lo que constituía mala conducta e irregularidades, no tenía claro a quién informar, particularmente en organizaciones que no tienen una unidad central designada para recibir dichos informes”. La falta de comprensión de los mecanismos de denuncia está corroborada por la encuesta global del personal, con solo el 56,5% de los encuestados totalmente de

acuerdo en que sabían a quién denunciar las faltas de conducta e irregularidades (ONU, UCI, 2018).

2.1.2. Tribunales internacionales penales de ámbito regional

Dado que la Sección Especializada en DIP de la CAJDH no ha sido todavía constituida, no existe todavía un sistema de incentivos para reportar irregularidades al interior de esta, al no contar con reglamentos de personal ni códigos de ética o de conducta.

En la misma situación se encuentra la COPLA. Sin embargo, en su proyecto de Estatuto se delinean las bases para el desarrollo de una cultura organizacional basada en la transparencia y la integridad que eventualmente podría funcionar como incentivo para la denuncia de irregularidades cometidas a su interior. Así, según el art. 23 de dicho proyecto, relativo a la composición y la administración del personal, se establece que “[e]n el nombramiento de los funcionarios, el Fiscal y el Defensor velarán por el más alto grado de eficiencia, competencia e integridad” (COPLA, 2018). También se prevé que el Secretario, con la anuencia de la Presidencia, propondrá un Reglamento del Personal —sujeto a la aprobación de la Asamblea de los Estados Parte— que establecerá las condiciones en que el personal de la COPLA será designado, remunerado o separado del servicio.

2.1.3. Tribunales híbridos

2.1.3.1. Tribunal Especial para Sierra Leona

Respecto de la cultura de la organización, las “Normas y Reglamentos del Personal” proclamaron el estatus del personal como funcionarios públicos internacionales y establecieron en su norma 1(2) la obligación de todas las personas que allí trabajaban de “defender los más altos estándares de eficiencia, competencia e integridad”, agregando que “(e)l concepto de integridad incluye, pero no se limita a, la probidad, imparcialidad y veracidad en todos los asuntos que afecten su trabajo y su estatus” (TESL, 2008).

Si bien la norma 310(1)(a) establece un procedimiento sancionatorio en caso de que un miembro del personal no cumpla con sus obligaciones conforme a las Normas, o no observe “la conducta esperada para un miembro del personal de la Corte”, y se hace referencia a la posibilidad de que se haga “una acusación de mala conducta contra un miembro del personal”, en las Normas no se establece ninguna obligación de denunciar ni ningún mecanismo para efectuar alegaciones contra otro miembro del personal. Además, durante los años de existencia del TESL, no se aprobó ningún código de conducta o de ética profesional para los jueces o personal. Finalmente, no ha sido posible encontrar información relevante sobre incentivos específicos para denunciar o informar sobre irregularidades cometidas al interior del TESL.

2.1.3.2. Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya

Si bien en los THs, dado que tienen una estructura integrada tanto por personal de Naciones Unidas como por personal nacional, la construcción de una cultura organizacional homogénea de transparencia y confianza que favorezca las denuncias ha constituido un desafío, esto ha sido especialmente cierto en las SECC, en las que, desde su creación, se conocieron numerosos casos de corrupción interna⁷.

En la sección 11(a) del Reglamento del Personal (2007), se estableció la exigencia de que los empleados de las SECC mantuviesen un alto nivel de integridad profesional, carácter moral y confiabilidad. Además, en el capítulo dedicado a la “Conducta Ética” se prevé que “[l]os empleados deberán revelar el despilfarro, el fraude, el abuso y la corrupción a las autoridades correspondientes”. Asimismo, en relación con los jueces, existe un Código de Ética Judicial (2008), donde se recoge la obligación de desempeñar sus labores

⁷ Los informes de los medios y un comunicado de prensa de *Open Society Justice Initiative* incluyeron acusaciones de que los empleados nacionales de Camboya tuvieron que devolver una parte considerable de sus salarios a cambio de sus trabajos (Barton, 2007; OSJI, 2007).

con diligencia, probidad e integridad, pero no se establece ningún procedimiento sancionatorio en caso de incumplimiento.

En este sentido, en el año 2011 y ante las denuncias de mala conducta, incompetencia y falta de independencia en las investigaciones judiciales de los casos 3 y 4 por los jueces Blunk y Bunleng, se recomendó al SGNU que designase un panel independiente de expertos, compuesto por tres jueces de prestigio internacional, preferiblemente con experiencia relevante en los TIPs o los THs, para realizar una investigación completa que esclareciese dichas alegaciones⁸. Sin embargo, no se ha encontrado información sobre si el SGNU implementó, o no, dicha recomendación.

Respecto del procedimiento de denuncias, durante los primeros años de existencia de las SECC existieron dos mecanismos anticorrupción independientes. Por un lado, en julio de 2008, la ONU estableció un plan anticorrupción para la “parte” internacional de las SECC con el nombramiento de un oficial de ética internacional y un proceso para recibir y revisar quejas. Por otro lado, el gobierno de Camboya negó cualquier corrupción en la “parte” nacional y argumentó que las acusaciones eran meros esfuerzos para desacreditar al Gobierno o a las SECC. La “parte” nacional de las SECC insistió en que solo ellos tenían la competencia jurisdiccional para investigar las denuncias contra sus funcionarios. No obstante, se creó un nuevo comité anticorrupción y se nombraron dos “Monitores de Ética” camboyanos para recibir denuncias de corrupción e informar directamente a la presidencia del Tribunal (Ciorciari & Heindel, 2014: 88-89).

Esta situación dual no favorecía las denuncias. El personal camboyanos temía hacer acusaciones abiertamente dada la falta de una “cultura de *whistleblowers*”, pero se alegraban de que el personal internacional revelara información a organizaciones de la sociedad civil, con la esperanza de que la atención de los medios pusiera fin a las prácticas corruptas (Ciorciari & Heindel, 2014: 70).

En el año 2009, representantes de la ONU y del gobierno camboyanos emitieron una Declaración Conjunta que revelaba los “ele-

⁸ Ver el informe de Open Society Justice Initiative (2011).

mentos esenciales de una estructura” para prevenir la corrupción, incluyendo “estructuras paralelas nacionales e internacionales”. Para favorecer el procedimiento de denuncia, nombraron un Consejero Independiente que estaría facultado para que todo el personal pudiera plantearle cualquier inquietud de manera confidencial, así como para abordar dichas inquietudes⁹.

Desde la creación de este mecanismo, no ha habido nuevas denuncias públicas de corrupción en las SECC. En este sentido, conviene subrayar que, a pesar de que se implementaron nuevas medidas anticorrupción, el mecanismo establecido ha actuado de manera confidencial y no ha presentado ningún informe sobre sus actividades.

2.1.3.3. Tribunal Especial para El Líbano

En el caso del TEL, la cultura organizacional tiene un fuerte componente ético que puede resultar beneficioso para que sus integrantes denuncien las irregularidades que conozcan. Así, las reglas 1(1) y 1(2) del Reglamento del Personal establecen que todas las personas que trabajan en el TEL revisten el carácter de funcionarios públicos internacionales y “mantendrán los más altos estándares de eficiencia, competencia e integridad. El concepto de integridad incluye, pero no se limita a probidad, imparcialidad, equidad, honestidad y veracidad en todos los asuntos que afectan su trabajo y estatus” (TEL, 2017). Estas disposiciones se complementan con el Código de Conducta para el Personal que, además de reforzar las cualidades éticas que debe tener el personal del TEL, prevé en su norma 18 el deber de informar sobre cualquier incumplimiento de las normas y reglamentos de la organización a un funcionario de nivel superior, cuya responsabilidad será la de tomar las medidas apropiadas, así como el derecho a ser protegido de represalias (TEL, 2009). Este deber se

⁹ El Consejero Independiente ha publicado horarios en los que se encuentra en su oficina para recibir al personal que tenga algún inquietud relacionada con faltas de conducta y ha realizado reuniones informativas con todo el personal en las instalaciones de la corte. También se brinda asesoramiento por correo electrónico y por teléfono. (SEEC, 2012).

encuentra contenido también en la Instrucción Administrativa STL/AI/HR/6/Rev.1 sobre faltas de conducta (TEL, IA, 2015) y en la Instrucción Administrativa STL/AI/HR/12_sobre protección contra represalias (TEL, 2012).

Finalmente, las denuncias se han incentivado mediante el establecimiento de un procedimiento claro de denuncia. Así, en la Instrucción Administrativa sobre faltas de conducta antes mencionada¹⁰ se prevé que:

[...] las denuncias de mala conducta pueden ser presentadas por un miembro del personal, consultor, personal no remunerado (incluidos pasantes y profesionales visitantes) y cualquier otra persona que pueda tener conocimiento de una denuncia de mala conducta por parte de un miembro del personal que trabaja en o con el TEL (art. 2).

Además, se agrega que cuando se presente información que pueda suponer la imposición de una medida disciplinaria, se informará al Secretario (art.5). Sin embargo, cuando una persona tenga razones para creer que el Secretario está directamente involucrado en la supuesta mala conducta, o crea que no se le deba informar sobre la acusación, puede presentar la acusación directamente al Presidente (art. 6). En cuanto al procedimiento sancionatorio, este es claro y contempla la posibilidad de defensa (art. 8. c) y de apelación (arts. 23 a 25).

2.1.3.4. *Salas Especializadas de Kosovo*

En cuanto a la cultura organizacional, es de destacar que los jueces designados para actuar en las SEK redactaron un detallado Código de Conducta Judicial, aún antes de aprobar las Reglas de Procedimiento y Prueba (existe además un Código de Conducta anexo al Reglamento del Personal de las SEK, así como una estrategia anti-fraude lanzada en 2020)¹¹. El aspecto más innovador del Código de Conducta Judicial es que prevé un procedimiento disciplinario,

¹⁰ STL/AI/HR/6/Rev.1 (TEL, IA, 2015).

¹¹ Estos documentos, emitidos por la Secretaría del Tribunal, no han podido ser consultados por las autoras.

que no existe en otros THs. Además, las quejas contra los jueces pueden ser presentadas por casi cualquier persona que comparezca ante las SEK (jueces, miembros del personal, partes o participantes, el secretario o “cualquier otra persona que alegue que sus derechos o intereses se han visto sustancialmente afectados por una supuesta mala conducta”. El Presidente también puede iniciar procedimientos disciplinarios de oficio. En consecuencia, se puede afirmar que parece existir un firme compromiso de las SEK con la transparencia y la integridad (Karnavas, 2017; Karnavas, 2020; Muharremi, 2018).

2.1.4. Efectividad de los incentivos

Con base en los anterior, se destaca la importancia de que existan códigos de conducta, tanto para jueces (Spilker, 2020) como para el personal, que contemplen procedimientos claros para reportar las faltas de conducta y mecanismos disciplinarios que sean respetuosos de los derechos de las personas involucradas. Sobre todo, en el caso de los THs que emplean personal tanto nacional como internacional, se debe respetar la transparencia y la imparcialidad en cualquier contratación. Además, para el personal internacional, un sistema de rendición de cuentas es importante, especialmente si no están sujetos a las estructuras disciplinarias locales.

Sin embargo, del análisis comparativo efectuado se desprende que, más allá de que casi todos los tribunales contemplan códigos de conducta y procedimientos sancionatorios internos, los mecanismos no son conocidos y/o accesibles, dificultando que las personas denuncien las irregularidades. Las normas de conducta que establecen la obligación de denunciar solo pueden ser efectivas si los mecanismos de denuncia son claros, ampliamente difundidos y eficientes en su funcionamiento.

Por otro lado, encontramos que en ninguno de los tribunales estudiados existen recompensas económicas para incentivar el *whistleblowing*, a pesar de estas se incluyen cada vez con más frecuencia en los ordenamientos jurídicos nacionales, como es el caso, por ejemplo, de Corea del Sur, EE. UU. o Japón (OCDE, 2011). Sin embargo, dadas las objeciones éticas que se han esbozado al uso de incentivos económicos (Berger, Perreault & Wainberg, 2017) y que los tribuna-

les internacionales, regionales e híbridos reciben su legitimidad de la integridad de sus actuaciones (la cual es esencial para obtener la necesaria cooperación y financiamiento de los Estados y demás actores de la comunidad internacional), las autoras consideran que no es recomendable su incorporación.

Además, si se tiene en cuenta que se ha advertido el riesgo de que, en virtud de los incentivos pecuniarios, se brinden informaciones falsas (Roth, 2016), la efectividad global de las disposiciones ya existentes no se vería sustancialmente modificada.

Esto es particularmente importante en un sistema en el que la única forma en la que dichos tribunales pueden mantener el apoyo que necesitan para desarrollar sus funciones es a través de su integridad, lo que incluye el deber de luchar contra el abuso de poder, la corrupción y la mala conducta, al estar encargados de prevenir y castigar el daño a los valores fundamentales de la comunidad internacional (Fougner, 2020).

Es también de destacar la importancia de que existan mecanismos externos de denuncia porque pueden existir situaciones delicadas que tornen muy difícil que las personas denuncien en sus propios lugares de trabajo.

Finalmente, y en relación con esto, no debe subestimarse la importancia del apoyo de los Estados, mediante un adecuado financiamiento, para la eficiencia de estos mecanismos.

Por ejemplo, en el caso de la CPI se ha intentado fortalecer su capacidad de supervisión y ética, pero esto no ha sido acompañado de fondos adicionales de parte de los Estados, por lo que se ha visto obligada a hacerlo utilizando los recursos existentes y depender su personal dedicado normalmente a otras tareas para obtener asesoramiento y capacitación ¹². Además, los elementos de control interno existentes en dicho tribunal siguen estando insuficientemente financiados.

¹² Vid.: ICC-ASP/15/15, Annex VII, Section II, para. 22 (CPI, AEP, 2016).

Una regla práctica que es utilizada por varias organizaciones financiadas con fondos públicos sostiene que el presupuesto para actividades de auditoría interna debería representar aproximadamente del 0,5 al 1,0 por ciento del presupuesto anual total de una organización (CPI, AEP, 2005: párr. 9; CPI, AEP 2006: párr. 11). Si se aplica esto a la CPI, el presupuesto aprobado por la AEP para la OIA en 2019 de EUR 685.600 fue solo el 0,47 % del presupuesto total de la Corte, de EUR 144.550.000 (CPI, AEP, 2018: párr. 1). Una revisión de los últimos años de los presupuestos de la CPI revela que la Oficina de Auditoría Interna ha estado consistentemente con recursos insuficientes con una financiación anual promedio de 0,48 por ciento del presupuesto total designado para apoyar las actividades de auditoría interna (Inder, 2020: 359).

De este modo, si bien algunos tribunales cuentan con órganos de supervisión que podrían tener la capacidad de realizar investigaciones independientes, estos solo serán realmente eficaces si los Estados abandonan su renuencia a crear y financiar un sistema de supervisión sólido (*Ídem.*).

2.2. Los incentivos para informantes sobre crímenes internacionales investigados por los tribunales internacionales

En esta sección se revisarán las medidas que pueden funcionar como incentivos para las personas que tienen información sobre crímenes internacionales. Es importante aclarar, como punto de partida, que quienes tienen información relevante en virtud de pertenecer a las organizaciones que promueven los delitos (*insiders*) no prestarán colaboración si temen represalias, lo que es particularmente cierto en los casos de corrupción oficial, donde la calidad de funcionarios públicos brinda protección, acceso a recursos y la oportunidad de tomar represalias (ONU, UNODD, 2004: 368). Por lo tanto, uno de los principales incentivos que pueden ofrecerse a quienes tengan información útil para investigar un caso de corrupción vinculada al COT consiste en ser admitidos en los programas de protección de víctimas y testigos (el funcionamiento de estos programas, así como los órganos responsables de su aplicación, serán estudiados en detalle en la sección 3).

Podemos distinguir dos clases de incentivos. Por un lado, aquellos que están previstos en los marcos jurídicos de cada uno de los tribunales para fomentar la denuncia. Por otro, aquellos que son en ocasiones utilizados por la Fiscalía, amparados en la discrecionalidad y confidencialidad que caracteriza su accionar, y que, según la información existente, pueden incluir: (a) dinero o beneficios pecuniarios; (b) la promesa de indulgencia en relación con la propia conducta delictiva; (c) beneficios para terceras personas como familiares o miembros de la misma comunidad; y (d) mejora en las condiciones de detención (en los casos de personas que se encuentren detenidas como consecuencia del hecho investigado o de otros hechos delictivos).

2.2.1. Tribunales internacionales penales de ámbito universal

2.2.1.1. Corte Penal Internacional

En el orden normativo de la CPI, existen dos instancias en las cuales las decisiones que pueden adoptarse podrían actuar como incentivos para que quienes cuentan con información relevante la aporten al proceso. La primera es la disposición contenida en el art. 93(2) del ECPI (complementado por la regla 191 de las RPP) que establece que “[l]a Corte podrá dar seguridades a los testigos o expertos que comparezcan ante ella de que no serán enjuiciados o detenidos ni se restringirá su libertad personal por un acto u omisión anterior a su salida del Estado requerido”. Si bien esta disposición por un lado, se encuentra en el capítulo referido a la cooperación internacional y la asistencia judicial y, por lo tanto, requiere la colaboración del Estado requerido, y por otro, no se refiere a una garantía específica por revelar información confidencial a la Corte, lo cierto es que tanto de oficio como a petición de la Fiscalía, la defensa o el testigo o experto de que se trate, y teniendo siempre en cuenta las opiniones de la Fiscalía y del testigo o experto, la CPI puede garantizar a un testigo informante que no se lo enjuiciará en la CPI por hechos sucedidos con carácter previo a su salida del Estado en cuestión.

La segunda se relaciona con la posibilidad de obtener una reducción de la pena una vez cumplidos dos tercios de aquella, cuando,

según lo dispuesto en el art. 110 (3) y (4) del ECPI, se presente uno de los dos escenarios siguientes: (a) si el condenado ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la CPI en sus investigaciones y enjuiciamientos; y (b) si el condenado ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la CPI en otros casos (en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso y las órdenes de reparación en beneficio de las víctimas). Esto debe ser interpretado en consonancia con la regla 145 de las RPP, que autoriza a la CPI a considerar como atenuante al momento de imponer una pena “[l]a conducta del condenado después del acto, con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte”. En consecuencia, si la cooperación prestada por el condenado ya fue contemplada en la determinación inicial de pena y no ha continuado cooperando tras su emisión, dicha colaboración no será tomada normalmente en cuenta para rebajar nuevamente la pena al cumplir dos tercios de la misma.

Sin embargo, en “*Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr Thomas Lubanga Dyilo*” (CPI, 2015), la SPI sostuvo que:

[...] (e) el hecho de que la cooperación o asistencia de una persona no haya continuado después de la condena y se haya tenido en cuenta en la sentencia original puede no siempre dar lugar a la no consideración automática de estos actos. Esto se debe a que el impacto total de la cooperación o asistencia de una persona, incluso cuando no continúa después de la condena, sólo puede hacerse evidente después de la sentencia.

Como resultado, dicho impacto y relevancia han de evaluarse nuevamente, caso por caso, al momento de resolver una solicitud de reducción de la pena tras cumplir dos tercios de la misma.

Respecto de las posibilidades de la Fiscalía de ofrecer incentivos a los informantes, el arts. 15(1) y (2) del ECPI, que reglamenta sus facultades durante el examen preliminar de una situación, le atribuye un amplio margen de discrecionalidad en la utilización de información brindada por los *insiders*. Además, le impone la obligación de proteger la confidencialidad de la información obtenida mediante testimonios orales o declaraciones escritas (CPI, Policy Paper on Preliminary Examinations, 2013). Estas dos características de la actividad

del Fiscalía (discrecionalidad y confidencialidad), junto al principio de oportunidad y la obligación de centrar las actuaciones penales en los máximos responsables, le permiten realizar con quienes le brindan información acuerdos de colaboración que incluyan el no ejercicio de la acción penal frente a los mismos¹³.

Finalmente, encontramos posibles incentivos también en el procedimiento de declaración de culpabilidad, en los términos del artículo 65 del ECPI. Así, en el documento “*Guidelines for Agreements Regarding Admission of Guilt*” (CPI, 2020) se aclara que “la cooperación del acusado con las investigaciones de la Fiscalía[ía] y los enjuiciamientos serán un tema común de acuerdo”. Si bien dichos acuerdos no son vinculantes para las Salas de la CPI, la Fiscalía podría acordar con el acusado proponer a la SPI, a cambio de su plena colaboración, la imposición de una pena más breve.

2.2.1.2. *El TPIY y el TPIR*

En los tribunales ad hoc, desde la primera declaración de culpabilidad (*guilty plea*) en 1996, 29 acusados se han declarado culpables¹⁴

¹³ Vid. también a este respecto los arts. 54 (3) (d) y (e) y 67 (2) del ECPI.

¹⁴ Casos de *Guilty Plea*: ICTY: Babić Plea Agreement, 22 January 2004; Banović Plea Agreement, 2 June 2003; Bralo Plea Agreement, 18 July 2005; Češić Plea Agreement, 8 October 2003; Deronjić Plea Agreement, 29 de septiembre 2003; Sikirica et al. SJ, 13 de noviembre 2001, párrs. 15, 26-31 (relativo a Damir Došen), párrs. 12-13, 32-37 (relativo a Dragan Kolundžija), párrs. 15, 18-25 (concerning Dusko Sikirica); Jokić SJ, 18 March 2004, párrs. 5, 7-14; Jelisić Trial Judgment (TJ), 14 de diciembre 1999, párr. 11; Mrđa SJ, 31 de marzo 2004, párr. 4; Nikolić SJ, 18 de diciembre 2003, párr. 35; Nikolić Joint Motion for Consideration of Amended Plea Agreement between Momir Nikolic and the Office of the Prosecutor, 7 de mayo 2003, anexo A; Obrenovic Plea Agreement, 20 de mayo 2003; Plavsic Plea Agreement, 30 de septiembre 2002; Rajic Plea Agreement, 25 de octubre 2005; Simic SJ, 17 de octubre 2002, párrs. 9-16; Todorovic SJ, 31 de julio 2001, párrs. 5, 7-17; Zelenovic Joint Motion for Consideration of Plea Agreement between Dragan Zelenovic and the Office of the Prosecutor Pursuant to Rule 62 Ter, 14 de diciembre 2006, anexo A; ICTR: Bagaragaza SJ, 17 de noviembre 2009, párrs. 8, 10-11, 14-16; Bisengimana TJ, 13 de abril 2006, párrs. 12, 19-25; Kambanda TJ, 4 de septiembre 1998, párrs. 3-7; Nzabirinda SJ, 23 de

como consecuencia (excepto en dos de los casos) de haber alcanzado acuerdos con la Fiscalía. Sin embargo, el procedimiento para alcanzar este tipo de acuerdos no siempre ha estado regulado en las RPP, por lo que ha tenido en buena medida un desarrollo jurisprudencial.

Así, en el TPIY, el procedimiento para la declaración de culpabilidad sólo fue regulado en las RPP en 1997, mientras que el relativo a la suscripción de acuerdos con la Fiscalía tuvo que esperar hasta 2001 (Del Ponte, 2006). En consecuencia, hasta entonces, dichos procedimientos tuvieron un fundamento exclusivamente jurisprudencial, que, como sucedió en el caso Nikolic (TPIY, Nikolic, 2023), fue cuestionado por varios jueces que consideraban que los acuerdos entre la Fiscalía y el acusado relativos a la declaración de culpabilidad de este último no eran apropiados cuando se trataba de graves violaciones del derecho internacional humanitario (DIH).

Existen, además, otras situaciones en las que la cooperación del acusado con la Fiscalía es tenida en cuenta a la hora de rebajar la pena o acceder a un indulto. Así, conforme a la regla 101 de las RPP, la cooperación del acusado con el Fiscalía, en cualquier momento del proceso, puede ser valorada por la SPI como un elemento atenuante al momento de determinar la pena. Del mismo modo, según la regla 125 de las RPP, dicha cooperación puede ser tenida en cuenta para acceder al indulto o a la conmutación de la pena.

Este marco jurídico ha permitido que la Fiscalía haya recurrido de manera habitual a la utilización de testigos informantes con responsabilidades jerárquicamente inferiores para obtener información frente a los altos mandos de sus organizaciones que ostentaban los mayores niveles de responsabilidad. De esta manera, y teniendo en cuenta que los primeros casos ante el TPIY se dirigieron contra autores materiales y autores intermedios, el principal incentivo para conseguir su cooperación fue la reducción de la pena a cambio de declararse culpables, proveer información y declarar como testigos sobre otras personas de mayor rango jerárquico involucradas en los

febrero 2007, párrs. 7-14; Rugambarara SJ, 16 de noviembre 2007, párrs. 4-9; Ruggiu TJ, 11 de abril 2000, párrs. 7, 10; Rutaganira TJ, 14 de marzo 2005, párrs. 27-30; Serugendo TJ, 12 de junio 2006, párrs. 2-11; Serushago SJ, 5 de febrero 1999, párrs. 4-9; GAA TJ, 4 de diciembre 2007, párrs. 2-4.

mismos crímenes. De esta manera, en el TPIY fue práctica habitual que Fiscalía y Defensa entraran en negociaciones explícitas (*plea bargaining*) sobre todos estos aspectos, incluyendo el rango de pena que se recomendaría imponer a la SPI. Además, esta última acostumbraba a imponer una pena dentro de dicho rango¹⁵.

Del mismo modo, en la redacción original de las Reglas de Procedimiento y Evidencia del TPIR no se contemplaba la posibilidad del *plea bargain*. Recién en el año 2003 se reglamentó el procedimiento con la incorporación de la Regla 62 bis, en virtud de la cual la Fiscalía y la Defensa pueden acordar que el Fiscal modifique la acusación y establezca que una determinada sentencia es apropiada si el acusado se declara culpable. Dicho acuerdo no es vinculante para la Sala de Primera Instancia y, por lo general, los acuerdos se divulgarán públicamente.

¹⁵ Los siguientes son algunos de los casos en los que se admitió la declaración de insiders: (a) la Sala de Apelaciones aceptó en el caso Kordic y Cerkez el testimonio de una persona con información privilegiada que proporcionó datos cruciales sobre la planificación y preparación de un ataque que incluyó la matanza, el desplazamiento forzado de la población civil y la destrucción de su aldea (Appeal Judgment, Kupreskic et al. (IT-95-16-A), 23 October 2001; Judgment, Kordic and Cerkez (IT-95-14/2-A), Appeals Chamber, 17 December 2004); (b) en el caso contra Slobodan Milosevic, uno de los miembros de la “empresa criminal conjunta” (Milan Babic) en la que según el Escrito de Acusación había participado el acusado, se presentó espontáneamente para ser entrevistado por la Fiscalía y posteriormente testificó voluntariamente en el proceso contra Milosevic a pesar de que se estaba incriminando a sí mismo. Más tarde, Babic fue acusado y llegó a un acuerdo con la Fiscalía para declararse culpable del delito de persecución. Su cooperación durante el proceso fue valorada como circunstancia mitigante (TPIY, 2004); (c) en el caso contra Dragan Nikolic, el acusado y la Fiscalía llegaron a un acuerdo basado en la cooperación del primero por el que la Fiscalía propuso a la SPI la imposición de una pena reducida. La SPI, tras valorar la colaboración prestada, decidió apartarse de lo solicitado por el Fiscal e impuso una pena más alta que la solicitada, si bien considerablemente menor que la que hubiese correspondido según los criterios para la determinación de las penas del TPIY (TPIY, Nikolic, 18/12/2003).

A la fecha, en el TPIR se han obtenido ocho condenas mediante negociación de culpabilidad. Parecería que los casos escuchados en el TPIR tienen menos probabilidades de llegar a un acuerdo de culpabilidad que en el TPIY. La principal diferencia entre los dos es que los casos del TPIR se han ocupado predominantemente del genocidio, lo que posiblemente dificulte el uso de los acuerdos de declaración de culpabilidad (Pal, 2013:43). Otra razón para el uso poco frecuente de la negociación de culpabilidad en este tribunal es que muchos de los acusados del TPIR se ven disuadidos de declararse culpables debido a factores ideológicos (Drumbl, 2007: 168). Tal vez lo más relevante sea que el TPIR no siga a los TPIY al otorgar fácilmente generosas concesiones de sentencia a sus acusados, lo que se puede ver en el caso de *Kambanda* (TPIR, Kambanda, 4/9/1998) en el que, a pesar de haberse declarado culpable, el acusado recibió, de todos modos, una condena de prisión perpetua.

Es interesante destacar que, con la finalidad de inducir a los acusados del TPIR a declararse culpables y para obtener pruebas inculpativas contra delincuentes de alto nivel, la Fiscalía expresó su voluntad de negociar no solo sobre las recomendaciones de sentencia o reducciones de pena sino también sobre el lugar en donde el acusado sería alojado después de la condena. Los acusados Ruggiu, Rutaganira y Bisengimana se beneficiaron de este último tipo de negociación ya que la Fiscalía apoyó sus solicitudes para cumplir sus sentencias en Europa (Combs, 2007: 111).

2.2.2. Tribunales internacionales penales de ámbito regional

La Sección Especializada en DIP de la CAJDH establecida por el Protocolo de Malabo tiene competencia tanto sobre crímenes internacionales como sobre delitos transnacionales como la corrupción y el lavado de activos. Para investigar y enjuiciar estos últimos será casi inevitable el recurso a la participación de *insiders*, así como la cooperación estatal (en particular, de los Estados afectados). En este sentido, como Hatchard (2019) señala, el secreto que rodea a tales delitos, junto con el poder de los altos funcionarios públicos para “controlar los controles”, significa que la recopilación de pruebas dentro del Estado(s) afectado(s) puede ser extremadamente difícil y

depender, en gran medida, de la asistencia de las comisiones nacionales y las unidades de inteligencia y análisis forense financiero de los países involucrados (Hatchard, 2019).

En este contexto, el art. 46L(1) impone a los Estados parte la obligación de “cooperar con la Corte en la investigación y el enjuiciamiento de las personas acusadas de cometer los crímenes tipificados en el presente Estatuto”.

Sin embargo, en relación con los *insiders*, y a pesar de que el art. 46G atribuye a la Fiscalía la facultad de obtener información de cualquier fuente que estime confiable, el Protocolo de Malabo no contiene ninguna disposición que pueda ser utilizada como incentivo para que las personas que tienen información sobre crímenes de la competencia de la Sección Especializada se la suministren y, en su caso, presten testimonio en el juicio.

En relación con el proyecto para la creación de una COPLA, la cual tendría competencia sobre delitos relacionados con la corrupción y el crimen organizado, existen varias disposiciones que pueden incentivar la transmisión de información a la Fiscalía, la cual, según el art. 20, puede recibir información de cualquier persona, habilitando las más amplias vías de comunicación. Así, en primer lugar, el art. 30(2) (a) y (b) prevé la posibilidad de que los jueces reduzcan la pena cuando el acusado “[...] revelare la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el procesamiento de los sindicados o un significativo progreso de la investigación” o “aporte información que permita secuestrar instrumentos, objetos u efectos relacionados con los crímenes aquí descriptos como así también valores, bienes, dinero, o cualquier otro activo de importancia utilizados en la comisión del crimen”. Además, el propio art. 30(2) (b) *in fine* señala que se valorará especialmente la información que permita desbaratar organizaciones destinadas a cometer los crímenes sobre los que la COPLA tiene competencia (COPLA, 2018).

2.2.3. Tribunales híbridos

2.2.3.1. Tribunal Especial para Sierra Leona

La utilización de incentivos para informantes está contemplada en las RPP como una de las facultades de la Fiscalía. Así, en la regla 39 de las RPP se establece la posibilidad de que la Fiscalía, al realizar las investigaciones, tome todas las medidas que considere necesarias para los fines de la investigación, incluida la adopción de cualquier medida especial para garantizar la seguridad, el apoyo y la asistencia de posibles testigos y fuentes de información.

Asimismo, la regla 70 de las RPP prevé que si la Fiscalía:

[...] está en posesión de información que se le ha proporcionado con carácter confidencial y que se ha utilizado únicamente con el fin de generar nuevas pruebas, esa información inicial y su origen no serán revelados por [la Fiscalía] sin el consentimiento de la persona o entidad que proporciona la información inicial.

Así, durante las actuaciones del TESL han tomado estado público algunas situaciones en las que se utilizaron informantes, debido a lo escandaloso de las medidas adoptadas por la Fiscalía. Por ejemplo, en los casos Sessay y Massaquoi salió a la luz la utilización de dinero como incentivo para asegurar la declaración como testigos de quienes actuaron como informantes¹⁶. Según Van Tuyl (2008) esto parece haberse debido, en gran medida, a que el Jefe de Investigaciones de la Fiscalía habría disfrutado, según la descripción oficial del puesto y los relatos informales de sus colegas, de gran poder y discrecionalidad. Así, entre sus funciones se encontraban las relativas a supervisar planificar y organizar todas las actividades de seguimiento

¹⁶ En el caso Massaquoi, a pesar de estar al cuidado de la Unidad de Víctimas y Testigos del Registro, Massaquoi fue trasladado regularmente los domingos, incluido el restaurante más caro de la ciudad, y recibió miles de dólares por sus molestias. Otro testigo recibió \$15,000, explicados sólo como “beneficios”. Un testigo en el caso del RUF confirmó que la Fiscalía le daba 100 dólares cada vez que acudía a ellos. Un testigo informante crítico en el caso del RUF confirmó durante el contra-interrogatorio que la Fiscalía les había entregado dinero en un sobre y les había dicho que “lo usaran bien y se cuidaran” (Jordash, 2020).

de inteligencia, controlar el análisis de inteligencia, evaluar las necesidades presupuestarias de la investigación, gestionar un presupuesto en conjunto con el Jefe de Operaciones Jurídicas, dirigir a los informantes pagados, seleccionar y supervisar a todos los investigadores subordinados, y establecer la dirección y estrategia de la Sección (Van Tuyl, 2008:11).

A la luz de lo anterior, es, sin embargo, destacable que, aunque la regla 62 de las RPP regula el procedimiento para que el acusado se declare culpable, el cual deja abierta la posibilidad para que la Fiscalía pueda negociar con el acusado una pena menor a cambio de cooperación (pudiendo por tanto funcionar como incentivo para quienes tienen información privilegiada), este procedimiento nunca ha sido utilizado (Combs, 2006: 59).

2.2.3.2. *Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya*

La regla 23 del Estatuto de las SETC prevé, en relación con la actividad investigativa de los jueces co-instructores, la posibilidad de que obtengan información “de cualquier fuente, incluido el Gobierno, órganos de las Naciones Unidas u organizaciones no gubernamentales”. De ello se desprende la facultad de utilizar información aportada por informantes durante el desarrollo de sus actuaciones. Sin embargo, el sistema jurídico de las SETC no prevé la figura del *guilty plea*, y además no permite que los fiscales negocien la obtención de información a cambio de reducciones de pena, dado que la investigación de todos los delitos es obligatoria¹⁷.

2.2.3.3. *Tribunal Especial para el Líbano*

De conformidad con la regla 14 de las RPP del TEL, la Fiscalía podrá solicitar la cooperación de cualquier Estado, entidad o persona, de conformidad con el ETEL, para colaborar durante las investigaciones y los enjuiciamientos en asuntos tales como la realización de investigaciones *in situ*, el suministro de documentos e información,

¹⁷ Vid.: regla 55(1) del Estatuto de las SETC.

la citación e interrogatorio de sospechosos y testigos, y los arrestos y traslados de sospechosos o acusados. Esta disposición es complementada con la regla 61 de las RPP que prevé que, durante sus investigaciones, la Fiscalía puede adoptar medidas especiales para garantizar la seguridad de los posibles testigos e informantes.

Una disposición interesante, que puede funcionar como incentivo (aunque sea de manera indirecta), se encuentra contenida en la regla 52 de las RPP. Allí se establece la creación de una Unidad del Programa de Divulgación dentro de la Secretaría para (a) difundir información precisa y oportuna al público, en particular en El Líbano, sobre la función y el funcionamiento del TEL; y (b) llevar a cabo actividades de divulgación relacionadas con las víctimas. Este tipo de actividades de divulgación pueden funcionar como incentivos para las personas que poseen información privilegiada, sobre todo en los THs donde se hace palpable la desconfianza de la población de los Estados afectados con respecto de la justicia internacional.

Finalmente, las reglas 99 y 100 de las RPP contemplan la posibilidad de que el acusado se declare culpable, lo que brindaría a la Fiscalía la posibilidad de llegar a un acuerdo con el acusado para que este se declare culpable y acepte colaborar en las actuaciones a cambio de solicitar a la SPI una pena reducida. Si bien esto podría funcionar como incentivo, este procedimiento no ha sido nunca utilizado por el TEL (la misma situación se ha producido en el TESL).

2.2.3.4. Salas Especializadas de Kosovo

La utilización de informantes es contemplada en el artículo 35, inciso e, del Estatuto de las SEK, que faculta a la Fiscalía tanto a procurar la cooperación de cualquier Estado u organización intergubernamental, internacional o nacional, de conformidad con su respectiva competencia y/o mandato, como a celebrar los convenios o acuerdos que sean necesarios a tal respecto. También se garantiza la confidencialidad de la información que obtenga la Fiscalía únicamente con el propósito de generar nueva prueba, a menos que el proveedor de dicha información preste su consentimiento para que se revele (art. 35, inc. E). Así mismo, la regla 163 de las RPP reconoce como ate-

nuante la conducta del acusado después del crimen, incluyendo cualquier esfuerzo por su parte para indemnizar a las víctimas, entregarse voluntariamente y cooperar con la Fiscalía y las Salas Especializadas (Regla 163).

Uno de los incentivos para brindar información más clara se encuentra en la regla 196 de las RPP, que contempla la posibilidad, luego de que el reo haya cumplido dos tercios de la pena (o 25 años en el caso de cadena perpetua), de que el Presidente del TEL revise la pena para determinar si debe ser conmutada, teniendo en cuenta: (a) toda cooperación sustancial del condenado con la Fiscalía Especializada; y (b) su asistencia voluntaria para promover en otros casos la ejecución de las sentencias y órdenes de las Salas Especializadas (en particular, si ha prestado asistencia en la localización de bienes sujetos a órdenes de multa, decomiso o reparación, que puedan ser utilizados en beneficio de las víctimas).

En las RPP se regula la facultad de la Fiscalía para celebrar acuerdos de cooperación con los acusados, donde a cambio de que admitan su culpabilidad (regla 93), se pueden (a) modificar los cargos (regla 90) o retirarlos (regla 91(3)), y (b) proponer, según corresponda, una pena o rango específico; y (c) no oponerse al tipo y/o rango de pena propuesto por la defensa.

Para finalizar, conviene destacar que, en diciembre de 2020, se inició el proceso contra Gucati y Haradinaj por delitos contra la administración de justicia, a saber, obstrucción de funcionarios en el desempeño de funciones oficiales, intimidación de testigos, represalias y violación del secreto de las actuaciones. Los hechos de los que se los acusa consisten en haber revelado, sin autorización, información protegida por la Ley de las SEK, incluidos los datos de identificación de ciertos (potenciales) testigos y colaboradores de la Fiscalía. Los acusados alegan en su defensa que las normas nacionales e internacionales de protección de *whistleblowers* los amparan. Por lo tanto, es probable que las SEK, al resolver este caso, se pronuncie sobre el contenido y alcance de estas normas.

2.2.4. Eficacia de los incentivos

Dado que los *insiders* se encuentran en una posición privilegiada para proporcionar elementos de prueba que vinculen a los organizadores, los encargados y/o los planificadores de las atrocidades a los crímenes cometidos en el terreno (lo que es fundamental para evaluar la responsabilidad internacional de los funcionarios de alto rango) (Combs, 2018: 259), su participación parece indispensable para el desarrollo de las investigaciones penales internacionales.

Tal como se mencionó en la introducción, el principal incentivo, sobre todo, para quienes ya han sido convocados a prestar declaración como testigos ante un tribunal internacional, consiste en el acceso a programas de protección. Por el contrario, la falta de protección, la sensación de encontrarse en riesgo o de no tener garantizada la seguridad de sus allegados, es claramente un desincentivo para declarar o prestar colaboración a la Fiscalía y/o a las autoridades judiciales.

En sentido similar, se advierte que existe, sobre todo en el caso de los THs, una creencia fuertemente instalada en una parte importante de la sociedad, de que quienes colaboran en las investigaciones son traidores. Eso se debe, fundamentalmente, a que, para muchas personas, la justicia internacional es vivida como ajena y como una imposición de los países más poderosos (Ciorciari, 2021: 133). Por ello creemos que las tareas de divulgación y concientización —que están previstas en los estatutos de los tribunales estudiados— continúan siendo fundamentales para fomentar la cooperación con quienes investigan crímenes internacionales.

En relación con el recurso a incentivos económicos, que no se encuentra regulado en ninguno de los tribunales analizados, pero cuyo uso por parte de la Fiscalía es de público conocimiento, es recomendable que se regulen y hagan constar por escrito. Además, si bien parte del acuerdo es probablemente que sea confidencial, el mismo ha de ponerse a disposición de los tribunales en caso de ser requerido (Van Tuyl, 2008: 61-62).

Son de destacar las objeciones que la doctrina ha expresado respecto de la utilización de incentivos (sobre todo, los pecuniarios), y el riesgo de que, por brindar información incorrecta, se emitan

condenas erróneas. En todo caso, las robustas protecciones a los derechos de los acusados, así como las claras reglas de valoración de los elementos de prueba, constituyen un reaseguro frente a este riesgo.

Finalmente, si bien no es el objeto de este capítulo, hay quienes sostienen que el modo de evaluar la participación de los acusados puede constituir un incentivo (Ossiel, 2005). Así, la responsabilidad colectiva puede emplearse para imponer sanciones monetarias colectivas a los cuerpos de oficiales, quienes pueden monitorear fácilmente a los posibles infractores y repercutir los costos a los miembros individuales realmente culpables. La clave es imponer sanciones monetarias sobre el cuerpo de oficiales en su conjunto, con el fin de mejorar los incentivos dirigidos a sus miembros para implementar con más vigor su regulación.

3. LOS PROGRAMAS DE PROTECCIÓN DE DENUNCIANTES, INFORMANTES Y TESTIGOS

La presente sección examina el marco jurídico y, si fuese de interés, la jurisprudencia de los TIPs y los THs en lo que respecta a la protección de denunciantes, informantes y testigos con el objetivo de determinar si los mismos resultarían adecuados en el supuesto que dichos tribunales pudieran investigar, enjuiciar y sancionar la corrupción asociada al COT. Tal como la sección anterior relativa a programas de incentivos, la presente sección se divide a su vez en dos partes. La primera parte examina los programas de protección para aquellos miembros del personal de los tribunales arriba mencionados que informan y/o reportan la posible comisión de faltas e incumplimientos por quienes se desempeñan en los mismos (*whistleblowers*). La segunda parte identifica los programas de protección existentes para denunciantes, informantes y testigos de crímenes internacionales que son de competencia de tales tribunales.

Luego de explicar la normativa y jurisprudencia relevante para cada uno de estos tribunales, la sección realiza un análisis comparativo a efectos de determinar la potencial efectividad de estos programas en caso de que los tribunales penales internacional, regio-

nales y/o híbridos tuvieran competencia sobre el fenómeno de la corrupción asociada al COT.

3.1. Los programas de protección para whistleblowers

3.1.1. Contenido

Tal como se explicó brevemente en la introducción y se desarrolló en la sección precedente, los programas en materia de *whistleblowers* existentes en los TIPs y los THs pueden ser una herramienta importante en la investigación y enjuiciamiento de la corrupción asociada al COT. Ello, en tanto las faltas o incumplimientos del personal de dichos tribunales, cuya investigación y sanción ocurren como resultado de información brindada por informantes que trabajan en esos mismos tribunales, puede estar directamente vinculados con la investigación y enjuiciamiento de crímenes internacionales donde se encuentran involucradas organizaciones del COT.

En lo que respecta a la CPI, existen dos instrumentos principales que se refieren a la protección de *whistleblowers*: por un lado, la Política Anti-Fraude (CPI, 2014a) y por otro, la Política sobre *Whistleblowing* (CPI, 2014b). El primero define el fraude en su sección 2(2) como cualquier acto u omisión que engaña o intenta engañar a una parte a efectos de obtener un beneficio financiero o de otro tipo para provocar una pérdida o para evitar cualquier obligación. Además, la sección 4(4) estipula que aquellas personas que de buena fe denuncien cualquier acto que se sospecha como fraudulento o cooperen con una investigación vinculada a actos de este tipo serán protegidas de conformidad con el marco jurídico aplicable, sin haberse encontrado normativa más específica en este sentido. Asimismo, la sección 4(5) indica que las denuncias de actos que se sospechan como fraudulentos serán confidenciales en la mayor medida posible.

El segundo define a estos como aquellas personas que, en beneficio de la CPI, denuncian de buena fe presuntas faltas e incumplimientos de las funciones de quienes trabajan en los TIPs, incluyendo posibles actos ilícitos por parte de un juez, el Fiscal, el Fiscal Adjunto, el Secretario, el Secretario Adjunto, el personal de la CPI y cualquiera de los contratistas y / o consultores contratados por la CPI que tra-

bajen en su nombre (CPI, Política sobre *Whistleblowing*, 2014, sección 2(1); *vid.* también: CPI, Mandato Operacional del IOM, 2013, párr. 28). Además, la sección 2(2) estipula que los *whistleblowers* tienen derecho a ser protegidos por la CPI contra posibles represalias, mientras que la sección 4 elabora este punto afirmando que la CPI tiene tolerancia cero con respecto a posibles represalias contra los *whistleblowers*, y definiendo las represalias como cualquier acción perjudicial directa o indirecta recomendada, amenazada o adoptada como consecuencia de la actividad de una persona vinculada a la política de *whistleblowing*.

La Política sobre *Whistleblowing* (2014) caracteriza las represalias como una falta e incumplimiento de las funciones y afirma que los *whistleblowers* tienen derecho a medidas preventivas y de protección frente a las represalias, que serán discutidas con los mismos de manera confidencial antes de su implementación. Así mismo, las denuncias sobre represalias serán mantenidas confidenciales en la mayor medida posible y de corroborarse una represalia, la CPI mitigará, en tanto sea posible, el impacto de la represalia sobre el *whistleblower*.

A pesar de los instrumentos arriba referidos, el reporte del panel de expertos independientes de septiembre de 2020 indica que existe una reticencia general, y quizás miedo extremo, entre el personal de la CPI a denunciar posibles faltas e incumplimientos de los jueces y altos funcionarios, siendo que la percepción es que los mismos son inmunes y que los jueces procuran protegerse entre ellos (RIE, 2020, párr. 302). El mismo reporte se refiere al miedo expresado a que una de las consecuencias de denunciar posibles faltas e incumplimientos sean posibles represalias.

Con respecto a los tribunales *ad hoc*, por tratarse de órganos que operaban bajo la órbita de Naciones Unidas, el sistema de tal organización les es aplicable al funcionamiento tanto del TPIY como del TPIR. En este sentido, la política de protección de las Naciones Unidas contra las represalias busca garantizar que dicha organización funcione de manera abierta, transparente y justa, y proteja a aquellos que informan de conductas indebidas (cualquier violación de las normas y reglamentos de la Organización por parte de los miembros del personal) u ofensas (actos perjudiciales para los intereses, el funcionamiento o la gobernanza de las Naciones Unidas), o cooperan

con auditorías e investigaciones debidamente autorizadas (ONU, SG, Protección contra Represalias). Según la política, la Oficina de Ética mantiene la confidencialidad de todas las comunicaciones recibidas por los reclamantes que solicitan protección. En este sentido, se resalta que las denuncias sobre mala conducta o irregularidades deben ser dirigidas a la Oficina de Servicios de Supervisión Interna, cuyo objetivo es fomentar una mayor transparencia y rendición de cuentas en la organización, investigando los casos de fraude, corrupción, explotación y abusos sexuales y otras faltas de conducta en el lugar de trabajo (ONU, SG, Protección contra Represalias).

En el año 2018 la Dependencia Común de Inspección del Sistema de las Naciones Unidas llevó a cabo una revisión de las políticas y prácticas sobre *whistleblowing* dentro del sistema de Naciones Unidas. Una de sus conclusiones fue que las políticas de protección existentes contra represalias están marcadas por inconsistencias y limitaciones en la efectividad operativa y tienden a variar en cuanto al alcance de las actividades y el personal cubierto, los mecanismos y canales de presentación de informes, y los procesos y procedimientos para mitigar y manejar reclamos de represalias (ONU, UCI, 2018: 5).

Una deficiencia significativa en el sistema de protección de denunciantes en muchas organizaciones es la falta de un mecanismo externo e independiente para manejar las apelaciones cuando un caso *prima facie* de represalias no está determinado. Sin un mecanismo de apelación, la Oficina de Ética se ubica en el papel poco envidiable de ser *de facto* el árbitro final en asuntos muy sensibles que pueden perturbar la vida profesional y personal de los denunciantes, y también puede acarrear importantes riesgos reputacionales para la organización. En términos de niveles de satisfacción con el manejo de las denuncias de represalias, los encuestados expresaron una considerable insatisfacción con todos los mecanismos internos de presentación de informes. De los que respondieron a la encuesta global del personal, el 45% afirmaron haber presenciado o haber tenido conocimiento de conductas indebidas/irregularidades en los últimos cinco años, sin embargo, solo el 47% lo reportó. Estas cifras sitúan al sistema de Naciones Unidas muy por debajo de los sectores público y privado en la denuncia de conductas indebidas/irregularidades. Los resultados de esta encuesta mostraron además que las principales ra-

zonas para no informar sobre conductas indebidas/irregularidades se pueden dividir en dos categorías: (a) miedos o riesgos personales de informar; y (b) falta de confianza en el sistema (ONU, UCI, 2018: 9-11).

En lo que concierne a la Sección Especializada en DIP de la CAJDH, el Protocolo de Malabo establece la corrupción como uno de los crímenes bajo su competencia (incluyendo posiblemente actos de corrupción cometidos en el seno de la CAJDH o que afectan su funcionamiento), siendo por tanto importante el papel de los whistleblowers en la investigación y enjuiciamiento de tales crímenes (no se ha encontrado, sin embargo, información relevante sobre su protección).

Por su parte, el Estatuto de la COPLA la faculta a enjuiciar a miembros de grupos criminales organizados transnacionales destinados a, entre otras cosas, lavar activos y cometer sobornos transnacionales. Al igual que en el caso del Protocolo de Malabo, ello podría referirse también a irregularidades cometidas en este sentido en el seno de la COPLA o que afecten su funcionamiento. En este sentido, quizás el artículo 26 del Estatuto puede ser relevante en tanto establece la protección que considere necesaria a los funcionarios de todos sus órganos, a través de la acción de fuerzas de seguridad puestas a su disposición por los Estados parte.

En lo que concierne a los THs, en una declaración bilateral de agosto de 2009, las Naciones Unidas y el gobierno de Camboya acordaron que las medidas anticorrupción deberían garantizar “la protección total del personal en ambos lados de las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya contra cualquier posible represalia por denuncias de buena fe sobre irregularidades” (SETC, Declaración, 2009). En diciembre de 2009, las SETC anunciaron el nombramiento de Uth Chhorn, quien también fuera el Auditor General de Camboya, como consejero independiente de las mismas, al margen de la ONU y del gobierno de Camboya. Su función era la de proporcionar asesoramiento confidencial al personal sobre cualquier tema de preocupación sin correr el riesgo de exposición a represalias. Su nombramiento fue una respuesta a las preocupaciones del público sobre las acusaciones de corrupción y buscó ayudar fortalecer la administración de las SETC (no se ha encontrado, sin embargo, mayor

información sobre la efectividad de su nombramiento y tareas desempeñadas).

Por su parte, el TEL cuenta con la Instrucción Administrativa STL/AI/HR/12, de 10 de abril de 2012, cuyo propósito es asegurar que el TEL funcione de manera abierta, transparente y justa y mejorar la protección para las personas que denuncien conductas indebidas, o cooperen con auditorías debidamente autorizadas o investigaciones. Conforme a la Instrucción Administrativa, cualquier empleado, funcionario, abogado, representante legal, profesional visitante, consultor/contratista independiente o pasante que denuncie o coopere con auditorías o investigaciones deberá estar protegido contra represalias. En caso de darse represalias contra un individuo, el Secretario puede, después de tener en cuenta cualquier recomendación realizada por el panel de investigación, y previa consulta con la persona que ha sufrido represalias, tomar las medidas adecuadas para corregir las consecuencias negativas sufridas como resultado de la acción de represalia. Tales medidas pueden incluir la rescisión de la acción de represalia o, si la persona lo solicita, la transferencia a otra función para la que esté calificado, donde pueda trabajar independientemente de la persona que adoptó las represalias (TEL, IA, 2015).

En lo concerniente al TESL, no fue posible encontrar información relevante sobre posibles medidas de protección para aquéllos que denuncian o informen sobre irregularidades cometidas en el seno del tribunal. Distinta es la situación con respecto a las SEK, en cuyo reporte anual del año 2020 se informó que en noviembre de ese año, el Secretario emitió la estrategia antifraude, que reafirmó el fuerte compromiso de las SEK para detectar y prevenir el fraude cumpliendo estrictas normas éticas, fomentando una cultura libre de recriminaciones para *whistleblowers* y manteniendo una clara definición y asignación de responsabilidades para su implementación. En este sentido, se señaló que la estrategia de lucha contra el fraude incluye en particular requisitos sobre la notificación de casos sospechosos de fraude y otras irregularidades a la Oficina Europea anti-fraude (SEK, Reporte, 2020). Desafortunadamente, la política anunciada en el reporte no ha podido ser encontrada.

3.1.2. Eficacia

A efectos de determinar la efectividad de la protección contemplada para *whistleblowers*, las autoras consideran oportuno referirse a modo comparativo a la directiva de la Unión Europea 2019/1937 del 23 de octubre de 2019 (UE, Directiva, 2019), en tanto que esta última recoge las mejores prácticas actuales para *whistleblowers*, y constituye para algunos el desarrollo más importante en materia de denuncia de irregularidades en una década (IBA, 2021: 71).

A diferencia de, por ejemplo, el sistema de Naciones Unidas aplicable a los tribunales *ad hoc*, y similar al programa existente en el TEL, la directiva de la Unión Europea es aplicable no solo a empleados formales sino también a consultores, pasantes e, incluso, personas respecto de las cuales una relación contractual con la organización aún no se haya establecido. El alcance de la directiva es más amplio que todos los sistemas existentes a la fecha en el DIP en tanto que se extiende también a familiares de los denunciantes. En este sentido, a efectos de resultar una herramienta útil en la lucha contra la corrupción asociada al COT, el marco existente en el DIP debería extenderse para otorgar protección, como mínimo, a quienes no son formalmente empleados (por ejemplo, pasantes y contratistas) y ex empleados, ya que muchas veces lo son como consecuencia de represalias. Otro aspecto de la directiva europea que sería oportuno adoptar en el marco del DIP es el establecimiento de un órgano externo receptor de las denuncias a efectos de salvaguardar la independencia con respecto a aquellas denuncias en las que podrían presentarse conflictos de intereses. Finalmente, tal como lo establece el art. 21(5) de la directiva de la Unión Europea, una vez que un caso *prima facie* de represalia se ha establecido, la carga probatoria se invierte y recae sobre la persona que implementó la represalia.

Sería recomendable que el régimen del DIP adoptara las pautas existentes en la directiva de la Unión Europea a efectos de asegurar la efectiva protección de los *whistleblowers*, y de este modo mejorar la eficacia de las medidas existentes para la eventual investigación y enjuiciamiento de corrupción asociada al COP en los tribunales objeto de estudio.

3.2. Los programas de protección para denunciantes, informantes y testigos

Tal como se ha observado, tanto en la investigación de la corrupción asociada al COT como de crímenes internacionales, los denunciantes, informantes y testigos juegan un papel esencial en las investigaciones y enjuiciamientos (CE, 2015: 28). Es por ello que resulta indispensable contar con una serie de medidas de carácter procesal y no procesal para garantizar que denunciantes, informante y testigos puedan aportar información y evidencia libremente y sin intimidación y que sus vidas y las de sus familiares estén protegidas antes, durante y después de los procesos (CE, 2015: 28).

Conforme se observa en el Manual de Buenas Prácticas para la Protección de los Testigos en las Actuaciones Penales que Guarden Relación con la Delincuencia Organizada de la Oficina contra la Droga y del Delito de Naciones Unidas (ONUCDD), la organización, la práctica y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* en materia de protección de víctimas y testigos han sido innovadoras y se ven reflejadas en gran medida en el ECPI (ONUCDD, 2008: 21). Tales prácticas han influido también en los THs (TESL, SETC, TEL y SEK) y lo harán muy probablemente, de concretarse su funcionamiento, en los tribunales regionales (Sección Especializada en DIP de la CAJ-DH y COPLA).

Como se verá a continuación, del análisis comparativo de las medidas de protección (procesales y extraprocesales) previstas en el marco jurídico de los TIPs y los THs, surge que la gran mayoría de éstas están destinadas a la protección de testigos, mientras que son más limitadas las medidas existentes para la protección de denunciantes e informantes. Ello, por supuesto, a menos que éstos últimos eventualmente sean convocados como testigos en el procedimiento, en cuyo caso tendrían la posibilidad de beneficiarse del abanico de medidas destinadas a la protección de testigos.

3.2.1. ¿Quiénes ordenan e implementan las medidas de protección?

Si bien existen algunas diferencias entre los órganos encargados de recomendar y/o ordenar medidas de protección, en general, con relación a las medidas procesales, la recomendación proviene del órgano administrativo (la Secretaría y más específicamente la sección de víctimas y testigos) y las medidas de protección son ordenadas por los jueces. Por otra parte, las medidas extraprocesales tales como la reubicación de testigos y/o su incorporación a programas de protección de testigos son solicitados por las partes y son evaluadas y adoptadas por la sección de víctimas y testigos de la Secretaría. En algunos tribunales, la Fiscalía cuenta también con una unidad encargada de la protección de testigos convocados por esa parte, aunque su existencia y rol en la protección de víctimas y testigos genera cierta controversia. Asimismo, corresponde observar que lo anterior es aplicable a testigos. Tal como se verá en las próximas secciones, la confidencialidad que se otorga en general a denunciantes e informantes como única medida de protección, no requiere orden judicial y es implementada directamente por el órgano fiscal.

En el caso de la CPI, a diferencia de otros tribunales objeto de estudio, su marco legal reparte las responsabilidades relativas a la protección de testigos entre los diferentes órganos de la Corte. Mientras que el art. 68(1) del ECPI asigna la responsabilidad relativa a la protección de testigos a la Corte en su conjunto, las Salas, la Fiscalía y la Secretaría son todos asignados con responsabilidades específicas en relación con las medidas de protección. Las reglas 81(4) y 87 de las RPP otorgan a las Salas poder para ordenar medidas judiciales de protección de víctimas y testigos.

Los arts. 54(3)(f) y 68(1) del ECPI indican que la Fiscalía “adoptará” medidas de protección, destacando así que tiene un mandato para decidir e implementar medidas de protección en relación con sus testigos. De conformidad con el art. 54(3)(f) del ECPI, la Fiscalía podrá “[a]doptar o pedir que se adopten las medidas necesarias para asegurar el carácter confidencial de la información, la protección de una persona o la preservación de las pruebas”. Se ha argumentado que el art. 54(3)(f) del ECPI otorga a la Fiscalía poder discrecional

en el área de protección de testigos y que, por lo tanto, cuenta con autoridad en la protección de testigos junto con la que reviste la Corte en general y la Unidad de Víctimas y Testigos en particular (Bergsmo & Kruger, 2008). Por su parte, el art. 68(1) del ECPI estipula en su parte relevante que “[e]n especial, el Fiscal adoptará estas medidas en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de tales crímenes”.

Por otra parte, en tanto es claro que el ECPI le impone a la Fiscalía la obligación de asumir medidas de protección, la función de la Unidad de Víctimas y Testigos se describe en dos partes. Dicha Unidad establece medidas de protección (art. 43(6) del ECPI y Regla 17(2) (a) (i) de las RPP); y aconseja o recomienda estas medidas (art. 68(4) del ECPI y Regla 17(2) (a) (ii) de las RPP). El papel consultivo de la Unidad se enfatiza aún más en las reglas 87(1) y 88(1) de las RPP¹⁸. Además, de conformidad con el art. 43(6) del ECPI, “[e]sta Dependencia, en consulta con la Fiscalía, adoptará medidas de protección y dispositivos de seguridad y prestará asesoramiento y otro tipo de asistencia a testigos y víctimas que comparezcan ante la Corte, y a otras personas que estén en peligro en razón del testimonio prestado”. Asimismo, el art. 68(4) del ECPI dispone que “[l]a Dependencia de Víctimas y Testigos podrá asesorar al Fiscal y a la Corte acerca de las medidas adecuadas de protección, los dispositivos de seguridad, el

¹⁸ “La Sala, previa solicitud del Fiscal o de la defensa, de un testigo o de una víctima o su representante legal, de haberlo, o de oficio, y previa consulta con la Dependencia de Víctimas y Testigos, según proceda, podrá, de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 68, ordenar que se adopten medidas para proteger a una víctima, un testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por un testigo. La Sala, antes de ordenar la medida de protección, y, siempre que sea posible, recabará el consentimiento de quien haya de ser objeto de ella.”; “Previo solicitud del Fiscal, de la defensa, de un testigo o de una víctima o su representante legal, de haberlo, o de oficio, y previa consulta con la Dependencia de Víctimas y Testigos, según proceda, la Sala, teniendo en cuenta las opiniones de la víctima o el testigo, podrá decretar, de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 68, medidas especiales que apunten, entre otras cosas, a facilitar el testimonio de una víctima o un testigo traumatizado, un niño, una persona de edad o una víctima de violencia sexual. La Sala, antes de decretar la medida especial, siempre que sea posible, recabará el consentimiento de quien haya de ser objeto de ella.”

asesoramiento y la asistencia a que se hace referencia en el párrafo 6 del artículo 43”. Por su parte, la Regla 17(2)(a) de las RPP describe las funciones de la Unidad de Víctimas y Testigos como la proporción a los testigos de las medidas de protección y seguridad adecuadas y al mismo tiempo la recomendación a los órganos de la Corte sobre la adopción de medidas de protección.

Con respecto a la ambigüedad de la normativa sobre quién es en última instancia el encargado de implementar las medidas de protección, en su jurisprudencia, la Sala de Apelaciones ha concluido que la Unidad de Víctimas y Testigos es responsable no solo de aconsejar sobre medidas de protección, sino de la provisión real de medidas de protección y seguridad, subrayando así la importancia del art. 43 (6) del ECPI (CPI, Katanga & Ngudjolo, 26/11/2008: párr. 89). Sin embargo, otra línea jurisprudencial ha sostenido que “la Unidad de Víctimas y Testigos está destinada a facilitar la protección de víctimas y testigos, y dada su especialidad, consolarlos de la mejor manera posible, facilitando, en su caso, la realización de las medidas de protección consideradas necesarias por el Fiscal” (CPI, Katanga & Ngudjolo Disidencia: párrs. 14, 22).

En relación con lo anterior, la Sala de Apelaciones ha considerado que “la Unidad de Víctimas y Testigos es responsable de aspectos específicos de la protección de testigos, mientras que el Fiscal mantiene un mandato más general en relación con cuestiones de protección” (CPI, Katanga & Ngudjolo, 26/11/2008, párr. 98). Explícitamente, la Sala de Apelaciones ha hecho hincapié en la necesidad de cooperación entre los órganos, que consideró “esencial” y de “vital importancia” para el éxito en la protección de testigos (*Ibid.*: párr. 101). El “mandato más general” de la Fiscalía permite que esta se haga cargo de las medidas de protección para sus testigos, previo al testimonio en el tribunal y en casos de desacuerdo, es el órgano judicial quien debe decidir (*Ibid.*: párr. 97).

En marzo de 2011, la Fiscalía y la Secretaría adoptaron un Protocolo conjunto sobre el mandato, las normas y el procedimiento de protección, que aclara e institucionaliza la relación entre ambos órganos en el campo de las medidas de protección (el Protocolo no es público, pero existen referencias al mismo en documentos pre-

sentados ante la Corte; *vid.* p. ej.: CPI, Muthaura et. al., 15/04/2011, párr. 8).

En lo que respecta a los tribunales *ad hoc*, de acuerdo con la regla 34(A) (i) de las Reglas de Procedimiento y Prueba, las medidas de protección deben ser recomendadas por la Sección de Víctimas y Testigos que se encuentra bajo la autoridad de la Secretaría de cada uno de los respectivos tribunales. Si bien las medidas de protección serán adoptadas sobre la base de la información provista por los investigadores, en última instancia, la decisión de proporcionar las medidas de protección será tomada por la sección de Víctimas y Testigos extrajudicialmente o por los Jueces para el supuesto de medidas procesales (TPIY, Prácticas, 2009, párr. 53).

En lo concerniente a los tribunales regionales, en su artículo 22B, el Protocolo de Malabo prevé la creación de una Unidad de Víctimas y Testigos dentro de la Secretaría para proporcionar, entre otras cosas, “medidas de protección y medidas de seguridad, asesoramiento y otra asistencia apropiada”. Asimismo, en su Estatuto, la COPLA simplemente indica que se creará un régimen de protección y que tal régimen será el ya ofrecido por los Estados parte en su normativa interna, con lo que resulta aún poco claro quien ordenará las medidas, entendiéndose que serán los propios Estados los encargados de implementarlas.

Con respecto a los THs, en las SETC serán las Salas las que, conforme a la regla 29 de las RPP, ordenen medidas de protección judiciales a petición de parte o *propio motu* y será la Unidad de Apoyo a Testigos y Expertos la encargada de implementar cualquier medida extrajudicial. Lo mismo sucede en el TEL. Conforme el art. 12 del Estatuto y las reglas 50, 133 y 166 de las RPP, las medidas procesales son ordenadas por las Salas y las extraprocesales son ordenadas e implementadas por la Unidad de Víctimas y Testigos de la Secretaría.

En el caso del TESL, además de las medidas procesales que ordenan los jueces y las extraprocesales a cargo de la Unidad de Víctimas y Testigos de la Secretaría, se han observado también ciertas controversias en cuanto al rol de la Fiscalía en la protección de testigos. Sobre la base de la regla 39(ii) de las RPP, se le ha proporcionado a la sección de investigaciones de la Fiscalía su propia unidad de ge-

stión de testigos y presupuesto para facilitar la seguridad, apoyo y asistencia de testigos. Sin embargo, los empleados de la Unidad de Víctimas y Testigos experimentaron los síntomas de incentivos percibidos como medio para obtener testimonio. Comúnmente el sistema facilitó la renuencia de testigos a declarar porque no se les habían proporcionado los montos de las asignaciones que los investigadores les habían prometido. La defensa también alegó la presunta duplicación de provisiones de renta después de que los testigos hubieran sido entregados a la Unidad de Víctimas y Testigos, refiriéndose en particular a gasolina y gastos de viaje exagerados, y gastos innecesarios para la provisión de seguridad, como una cerca alrededor del huerto de un testigo (Mahony, 2010: 84).

Asimismo, conforme al art. 23 del Estatuto de las SEK (que remite a la normativa doméstica relevante de Kosovo, incluyendo una ley especial sobre la protección de testigos) y a la Sección IV de las RPP, las medidas procesales de protección de testigos son requeridas por las partes o la Secretaría y adoptadas por los jueces, mientras que las medidas extraprocesales son evaluadas y adoptadas por la Oficina de Protección y Apoyo a Testigos de la Secretaría.

3.3.2. Medidas Procesales

A los efectos del presente trabajo, se entiende por medidas procesales aquéllas que son ordenadas por los jueces en el curso de procedimientos judiciales y que no se extienden más allá de la duración del procedimiento judicial. Todos los TIPs y los THs prevén en sus respectivos marcos jurídicos la posibilidad de adoptar medidas procesales de protección a testigos (en menor medida encontramos medidas destinadas a proteger denunciantes e informantes). Además, tal como se verá a continuación, existen algunas diferencias entre el marco legal aplicable y la práctica en cada uno de estos tribunales.

3.3.2.1. ¿A quiénes alcanzan las medidas de protección?

Las medidas procesales se encuentran contempladas principalmente para la protección de testigos. Existen ciertas medidas que

pueden ser aplicables a denunciante e informante y consisten principalmente en el ocultamiento de su identidad e información brindada.

En el contexto de la CPI, existen programas de protección para testigos pero no para denunciante e informante, a menos que los mismos sean eventualmente convocados como como testigos. La única medida de protección prevista en el marco jurídico para denunciante es la confidencialidad. Esto quiere decir que los denunciante de presuntos crímenes que caen bajo la competencia de la Corte se mantienen en el anonimato a menos que ellos mismos hagan pública la denuncia (*vid.* abajo sección sobre medidas de ocultamiento de identidad y paradero).

Con respecto a los informante, según la regla 87(1) de las RPP, se podrán ordenar medidas de protección respecto de un testigo, una víctima u otra persona que corra peligro debido al testimonio prestado por un testigo. En el caso contra Bemba y otros, la Sala de Cuestiones Preliminares II estableció que el anonimato del informante debe ser estrictamente preservado a efectos de preservar su seguridad personal y, por tanto, resulta necesario y apropiado preservar la confidencialidad de cualquier información que pudiera identificarlo (CPI, Bemba *et. al.*, 23/04/2014: 4). El art. 54(3)(e) del ECPI y la Regla 82 de las RPP establecen que la Fiscalía podrá convenir en que no divulgará en ninguna etapa del procedimiento los documentos o la información que obtenga a condición de preservar su carácter confidencial y únicamente a los efectos de obtener nuevas pruebas, salvo con el acuerdo de quien haya facilitado la información, esto es el informante.

La jurisprudencia de la CPI ha interpretado el ECPI de manera amplia en cuanto a quién tiene derecho a protección. En este sentido, la Sala de Apelaciones ha determinado que la obligación de protección estipulada en el art. 68(1) del ECPI se extiende a “todas las personas en riesgo por la investigación de la Fiscalía” (CPI, 2008: párr. 44). Conforme a la jurisprudencia, la obligación parecería extenderse a intermediarios. Las medidas de protección para los intermediarios, que muchas veces suelen ser también informante, parecen estar limitadas a no revelar la identidad de un intermediario a la defensa o al público y a ocultar partes relevantes de declaraciones o

documentos que los pudieran identificar (CPI, Política sobre Intermediarios, 2010).

En el caso de los tribunales ad hoc, si bien la gran mayoría de las medidas de protección se encuentran contempladas para testigos, a los denunciantes e informantes, al igual que en la CPI, se les otorga protección a través de la preservación de la confidencialidad de su identidad y muchas veces de la información proporcionada.

En este sentido, se ha observado que, en lugar de cooperar con el Tribunal, los Estados de la ex Yugoslavia han persistido en obstruir la labor del Tribunal en aspectos importantes. Sin embargo, otros Estados miembros de la ONU se encuentran con frecuencia en posesión de grandes cantidades de material pertinente, o pueden proporcionar testimonio pertinente al Tribunal. La Fiscalía y la Defensa pueden tener dificultades para acceder a estas pruebas porque dichos Estados pueden temer que la divulgación pueda revelar sus prácticas de inteligencia o sugerir su participación en apoyo de un determinado bando en el conflicto.

En un esfuerzo por alentar la cooperación de los Estados, el TPIY ha desarrollado un procedimiento que prevé la presentación de pruebas de manera confidencial, y dispone además que las pruebas pueden no ser divulgadas sin el consentimiento del proveedor. Así, el TPIY ha desarrollado una práctica particular prevista en la regla 70 de las RPP que ha permitido que las agencias gubernamentales y ciertas ONGs y otras organizaciones proporcionen información sensible e información confidencial para su uso únicamente con fines de generar nueva evidencia. En consecuencia, se proporciona dicha información con restricciones sobre cualquier uso posterior. De esta manera, antes de que la información pueda ser revelada a la defensa, a un juez o utilizado en el TPIY como prueba, el consentimiento del proveedor debe obtenerse. A menudo ocurre que el proveedor impone restricciones adicionales sobre el uso de la información, normalmente en forma de expurgación de documentos. La información suele ser clasificada o sensible y muy a menudo el nombre del proveedor es tratado como altamente confidencial. El consentimiento de un proveedor para cualquier divulgación de la evidencia puede estar condicionada al otorgamiento de medidas de protección (TPIY, Prácticas, 2009: 20-21).

En el caso de los tribunales regionales, el Protocolo de Malabo en su artículo 22B(9) (a) establece que, cuando corresponda, la unidad de víctimas y testigos brindará, en consulta con la Sección Especializada en DIP de la CAJDH y la Fiscalía, medidas de protección y seguridad a testigos, víctimas que se presentan ante la Corte y otros que se encuentren en riesgo como consecuencia del testimonio brindado por tales testigos. Asimismo, conforme el art. 26 del estatuto de la COPLA, a través de la acción de las fuerzas de seguridad puestas a su disposición por los Estados parte, la COPLA proveerá la protección que considere necesaria a todos los testigos, víctimas, peritos, querellantes, miembros de las organizaciones que presenten *amicus curiae* y funcionarios de cualquier órgano de la Corte. El régimen de protección se brindará a testigos, víctimas, peritos y querellantes siempre que su integridad física se encuentre en riesgo. El régimen de protección será el ya ofrecido por los Estados parte en su normativa interna y estará vigente desde el inicio del proceso hasta 10 años después de recaída la sentencia.

Por su parte, con respecto a los THs, las SETC contemplan medidas de protección para querellantes, denunciadores y testigos (regla 29 de las RPP), así como para sus familiares cuya vida o salud se encuentre en riesgo. En el caso del TEL, las medidas de protección están destinadas a testigos, víctimas y otras personas que se encuentren en riesgo como consecuencia de su interacción con el Tribunal. Esto entonces podría incluir también a denunciadores e informantes (regla 50 de las RPP). Además, a diferencia del régimen de protección de confidencialidad de los informantes de otros tribunales, la regla 118 de las RPP limita su ámbito de aplicación a información que afecte a los intereses de seguridad de un Estado o entidad internacional o un agente de esta.

En lo que respecta al TESL, la regla 34 dispone que las medidas de protección y seguridad se brindarán a testigos, víctimas que se presentan ante el TESL y otros que se encuentren en riesgo como consecuencia del testimonio brindado por tales testigos. De modo similar al sistema de los tribunales *ad hoc*, la regla 70 dispone que si la Fiscalía tiene en su custodia información que se le ha facilitado de forma confidencial y únicamente con el fin de generar nuevas pruebas, dicha información y su origen estará protegido y no podrá divul-

garse sin el consentimiento del proveedor y, en cualquier caso, no se podrá presentar como evidencia sin previa divulgación al acusado

En la misma línea, la regla 27 de las RPP de las SEK dispone que se brindarán medidas de protección a testigos, víctimas que participen en el proceso y, en su caso, otras personas en situación de riesgo como consecuencia del testimonio dado por los testigos. Con respecto a los informantes, la regla 30(2) de las RPP dispone que, durante una investigación, la Fiscalía debe asegurar la seguridad y protección no solo de testigos y víctimas, sino también de aquellas personas que se encuentren en riesgo en virtud de la información brindada a la Fiscalía o, de la cooperación ofrecida a esta última. De modo similar al sistema de los tribunales *ad hoc*, la regla 107 de las RPP dispone que si la Fiscalía tiene en su custodia información que se le ha facilitado de forma confidencial y únicamente con el fin de generar nuevas pruebas, dicha información y su origen estará protegido y no podrá divulgarse sin el consentimiento del proveedor y, en cualquier caso, no se podrá presentar como evidencia sin previa divulgación al acusado.

3.3.2.2. Medidas de ocultamiento de identidad y paradero

De acuerdo con el marco jurídico existente, todos los TIPs objeto de estudio prevén medidas de ocultamiento de identidad y paradero para testigos e informantes. Asimismo, el marco jurídico de la CPI estipula que debe protegerse la confidencialidad de la información brindada por los denunciantes.

En el marco de la CPI, el art. 68(5) del ECPI establece que:

[c]uando la divulgación de pruebas o información de conformidad con el presente Estatuto entrañare un peligro grave para la seguridad de un testigo o de su familia, el Fiscal podrá, a los efectos de cualquier diligencia anterior al juicio, no presentar dichas pruebas o información y presentar en cambio un resumen de éstas. Las medidas de esta índole no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con esto.

Asimismo, conforme a la regla 87(3) de las RPP, la Salas podrán ordenar medidas para impedir que se divulguen al público o a los medios de prensa o agencias de información la identidad de una

víctima, un testigo u otra persona que corra peligro debido al testimonio prestado por uno o más testigos. Según esta norma, es también posible borrar el nombre o información que pueda servir para identificar a estos individuos, así como ordenar a la Fiscalía, la defensa o a cualquier otro participante en el procedimiento que no divulguen esa información a un tercero. La normativa permite también la utilización de un seudónimo para estas personas.

Con respecto a la protección específica de denunciantes, la regla 46 de las RPP dispone que cuando se suministre información a la Fiscalía de conformidad con el art. 15 del ECPI (inicio de actuaciones de oficio), esta deberá proteger la confidencialidad de la información y del testimonio (*vid.* en este sentido: CPI, Policy Paper on Preliminary Examinations, 2013, párr. 87, donde se reafirma esta obligación).

En lo que concierne a los tribunales *ad hoc*, la regla 69 de las RPP del TPIY y el TPIR, titulada “Protección de víctimas y testigos”, se refiere a la facultad de las Salas para ordenar la no divulgación de la identidad de las víctimas o testigos “en circunstancias excepcionales” cuando tales personas puedan estar en peligro y hasta que reciba la protección del Tribunal. Sin embargo, y sujeto a lo dispuesto en la regla 75 de las RPP, la identidad de las víctimas o testigos se revelará con suficiente antelación para brindar tiempo suficiente para la preparación de la Fiscalía o la Defensa.

Las medidas previstas en la regla 75(B) (i) de las RPP son medidas para evitar la divulgación al público o a los medios de comunicación de la identidad o paradero de una víctima o un testigo, o de personas relacionadas a, o asociadas con una víctima o testigo, por medios tales como: (a) eliminar nombres e información de identificación de los Registros públicos del Tribunal; (b) la no divulgación al público de cualquier registro que identifique a la víctima o testigo; (c) dar testimonio a través de dispositivos que alteran la imagen o la voz, o mediante televisión de circuito cerrado; y (d) uso de un seudónimo.

Con respecto a la no divulgación de la identidad, la regla 79(c) de las RPP aclara que la Sección de Víctimas y Testigos deberá asegurarse de que el testigo haya sido informado antes de dar evidencia de

que su testimonio y su identidad pueden ser revelados en una fecha posterior en otro caso.

La identidad de los testigos es siempre revelada al equipo de defensa. Sin embargo, cuando la identidad de un testigo es más sensible, la misma puede revelarse más cerca del momento en que el testigo está programado para declarar ante el Tribunal. De cualquier modo, cuando la identidad de dicho testigo se revela a la Defensa, la misma tiene la obligación jurídica de no revelar esa identidad más allá de lo estrictamente necesario para la preparación de su caso. Violaciones a este requisito han llevado al TPIY a instigar procedimientos por desacato¹⁹. En algunos casos, los testigos han sido objeto de intimidación prolongada antes del comienzo de los juicios, lo que ha hecho que estuvieran reacios a comparecer ante el TPIY. En tales circunstancias, los jueces han emitido citaciones ordenando la comparecencia de testigos, con diversos grados de éxito, dependiendo de la capacidad y voluntad de los Estados para cooperar en el cumplimiento de dichas órdenes vinculantes (TPIY, Prácticas, 2009: 7, párr. 5).

En relación con los tribunales regionales, el Protocolo de Malabo no especifica ninguna medida de protección más allá de la posibilidad de llevar a cabo audiencias a puertas cerradas como se explica más abajo. Por su parte, el Estatuto de la COPLA remite a los regímenes de protección ofrecidos por los Estados parte en su normativa interna. Sin embargo, el art. 20(11) dispone que se podrá permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales a fin de proteger a los testigos o víctimas.

En cuanto a los THs, la regla 29(4) de las RPP de la SETC dispone que las Salas podrán ordenar las siguientes medidas tendientes a salvaguardar la identidad de víctimas y testigos: incluir la dirección de contacto de sus abogados, utilizar seudónimos al referirse a la persona protegida, autorizar la grabación de las declaraciones de la persona sin que aparezca su identidad en el expediente, utilizar medios técnicos que permitan la participación remota o la distorsión de la

¹⁹ *Vid. infra*, para más información sobre procedimientos de desacato como consecuencia de violaciones a órdenes judiciales relativas a la protección de testigos.

voz y/o características físicas de la persona, realizar cualquier parte del procedimiento a puerta cerrada (como excepción al principio de audiencia pública) y permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales.

Por su parte, las reglas 75(B) de las RPP del TESL, 133(c) de las RPP del TEL y 80(4) (A) de las RPP de las SEK establecen que las Salas podrán adoptar las siguientes medidas tendientes a salvaguardar la identidad de víctimas y testigos: eliminar de los registros públicos del TEL los nombres y la información que permita la identificación, no divulgar al público cualquier documento que identifique a la víctima o testigo, aplicar dispositivos que alteran la imagen o la voz, autorizar que se brinde testimonio a través de circuito cerrado de televisión o videoconferencia, y asignar seudónimos.

Además, la regla 93 (a) de las RPP del TEL, se permite el anonimato total del testigo en casos excepcionales en los que hay:

- (i) un riesgo grave de que un testigo o una persona cercana al testigo pierda la vida o sufra graves daños físicos o mentales como consecuencia de la revelación de su identidad, y las medidas para la protección de los testigos previstos en la regla 133 serían insuficientes para prevenir tal peligro; o (ii) un riesgo grave de que los intereses imperativos de la seguridad nacional puedan verse en peligro si se revela la identidad del testigo o su afiliación.

La posibilidad de testigos anónimos se permite también en las SEK. Así, conforme al art. 224 del Código de Procedimiento Penal de Kosovo (Ley 04/L-123), al cual se refiere el art. 23(1) del Estatuto de las SEK, esta medida excepcional puede ocurrir siempre que, entre otras cosas, se demuestre que el testimonio de la persona es relevante para una de las cuestiones fundamentales del caso en el sentido de que sería injusto obligar a la Fiscalía a proceder sin tal testimonio.

3.3.2.3. *Sesiones cerradas*

De acuerdo con el marco jurídico existente, todos los TIPs y los THs objeto de estudio contemplan la posibilidad de celebrar sesiones cerradas como una medida de protección de testigos.

En el caso de la CPI, el art. 68(2) del ECPI estipula que “las Salas de la Corte podrán, a fin de proteger a las víctimas y los testigos [...] decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada”. La regla 87(3) (e) de las RPP confirma esta posibilidad.

En lo que respecta a los tribunales *ad hoc*, la regla 75(B) (ii) de las RPP del TPIY y el TPIR contempla la posibilidad de celebrar sesiones cerradas, de conformidad con la regla 79 de las RPP. Esta última regla relativa a la posibilidad de celebrar sesiones cerradas dispone que las SPI podrán ordenar que se excluya a la prensa y al público de todo o parte del proceso por motivos de seguridad, protección o no divulgación de la identidad de una víctima o testigo según lo dispuesto en la regla 75 de las RPP, entre otros.

En lo que respecta a los tribunales internacionales penales de ámbito regional, la regla 52 de las RPP de la Corte Africana de Derechos Humanos dispone la posibilidad de llevar a cabo sesiones cerradas. Así mismo, el Estatuto de la COPLA en su art. 20(11) también vislumbra la posibilidad de llevar a cabo audiencias a puerta cerrada.

Con respecto a los THs, el art. 23 del Acuerdo de creación de las SETC, así como las reglas 75(B) (ii) y 79 de las RPP del TESL, 133(c) (ii) de las RPP del TEL y reglas 80(4) (b) y 120 de las RPP de las SEK disponen también que se podrá ordenar la realización de sesiones a puertas cerradas a efectos de proteger a aquéllos que tienen derecho a recibir protección.

3.3.2.4. *Modos de interrogar*

Con excepción de los tribunales internacionales penales de ámbito regional y las SETC, que no cuentan con un artículo en este sentido, todos los tribunales objeto de este trabajo cuentan con normativa relativa al modo en que deben llevarse a cabo los interrogatorios de víctimas y testigos a efectos de evitar cualquier tipo de intimidación.

En el caso de la CPI, conforme la regla 88(5) de las RPP, las Salas deberán controlar la forma en la que se interroga a un testigo o víctima a fin de evitar cualquier tipo de hostigamiento o intimidación y prestando especial atención al caso de las víctimas de crímenes de violencia sexual.

Asimismo, en los TPIY/TPIR, la regla 75(D) de las RPP impone a las Salas la obligación de controlar siempre que fuera necesario la forma de interrogar para evitar cualquier acoso o intimidación. Del mismo modo, las regla 75(c) de las RPP del TESL, 133(E) de las RPP del TEL y 143(4)(c) de las RPP de la SEK estipulan que las Salas podrán controlar el modo en el que se interroga un testigo a efectos de evitar intimidación u hostigamiento.

3.3.2.5. ¿Qué sucede en caso de violación a medidas procesales?

En los tribunales estudiados, en caso de sospecharse violaciones a las medidas de protección ordenadas, tales como la protección de la identidad de testigos frente al público, se han investigado, enjuiciado y condenado a las personas sospechadas por delitos contra la administración de justicia.

Por ejemplo, en el año 2020 dos personas fueron detenidas en Kosovo y trasladadas a las instalaciones de detención de las SEK por sospecharse la comisión de delitos contra la administración de justicia (SEK, Reporte, 2020: 6).

Igualmente, en el caso del TEL, aunque su Estatuto sugiere que tiene jurisdicción primaria únicamente sobre personas físicas, la Fiscalía presentó cargos contra dos medios de comunicación sobre la base de acusaciones de que sus periodistas interfirieron con la administración de justicia al filtrar información sobre testigos protegidos. La Sala de Apelaciones dictaminó que el TEL podía ejercer jurisdicción sobre las entidades corporativas por desacato y obstrucción a la justicia, convirtiéndose en el primer tribunal internacional penal en ejercer jurisdicción sobre personas jurídicas desde que el Tribunal de Nuremberg condenó a varias organizaciones nazis (TEL, Q&A, 2018).

Estos veredictos se suman a varios otros veredictos por desacato emitidos por los tribunales *ad hoc* tras los intentos de interferir con la administración de justicia, un fenómeno emergente en la justicia penal internacional. En el año 2008, el TPIY acusó a Astrit Haraqiaj, ex ministro de Kosovo, y al periodista Bajrush Morina de desacato al tribunal al manipular a un testigo durante el juicio del caso con-

tra el excomandante del ELK y actual político, Ramush Haradinaj, y otros. Así mismo, el periodista Baton Haxhiu fue acusado de revelar la identidad de un testigo en el mismo caso. Los tres fueron condenados (TPIY, Oficina de Información Pública Haraqija & Morina, 2008).

Finalmente, en el contexto de la CPI, los recientes casos en la situación de Kenia son ejemplos de enjuiciamientos a individuos que buscan interferir en la debida protección de testigos (CPI, Oficina de Información Pública Gicheru, 2021).

3.3.2.6 Análisis comparativo relativo a medidas procesales de protección

Si bien existen diferencias entre los marcos jurídicos y las prácticas de los tribunales estudiados, pueden identificarse ciertas características comunes. Tal como se desprende del análisis comparativo expuesto anteriormente, el gran abanico de medidas procesales está destinado a la protección de testigos. Sin embargo, se asegura a denunciantes e informantes el anonimato y la confidencialidad de la información brindada, la cual es generalmente utilizada para la producción de otras pruebas. Las medidas procesales que pueden adoptarse respecto a testigos son ordenadas por las Salas y buscan generalmente preservar el bienestar físico y emocional de los mismos. Por otra parte, en general la obligación de mantener el anonimato de los denunciantes e informantes y la confidencialidad de la información por ellos brindada recae sobre la Fiscalía. En casos de violaciones a medidas procesales tales como mantener la confidencialidad de la identidad de los testigos, existen mecanismos jurídicos (particularmente, el enjuiciamiento por delitos contra la administración de justicia), que han sido ya utilizados por los TIPs y los THs para condenar y disuadir a otros de querer interferir en la búsqueda de justicia.

3.3.3. Medidas extraprocesales

A los efectos del presente trabajo, se entiende por medidas extraprocesales aquéllas que no afectan a la sustanciación del procedimiento judicial y que puede perdurar una vez concluidas las

actuaciones judiciales. Las medidas extraprocesales se encuentran típicamente contempladas en los llamados programas de protección de testigos y consisten en la reubicación y posible cambio de identidad de estos. Tales medidas son consideradas en todos los tribunales objeto de estudio como un último recurso dado el impacto que representa para los testigos afectados y el costo que representan.

En el marco de la CPI, la regla 16(4) de las RPP dispone que:

[e]l Secretario podrá negociar con los Estados, en representación de la Corte, acuerdos relativos a la instalación en el territorio de un Estado de víctimas traumatizadas o amenazadas, testigos u otras personas que estén en peligro por causa del testimonio dado por esos testigos y a la prestación de servicios de apoyo a esas personas. Estos acuerdos podrán ser confidenciales.

Por su parte, las normas 95 y 96 del Reglamento de la Secretaría regulan los movimientos asistidos de testigos y el programa de protección de testigos. Conforme la norma 95, la Secretaría, cuando se considere necesario para asegurar la seguridad de un testigo, víctima o persona en riesgo, podrá facilitar su traslado asistido a otra ubicación geográfica. La asistencia consiste en un limitado apoyo financiero o logístico para el traslado de la persona y sus dependientes a una ubicación segura. Conforme la norma 95(3), la Fiscalía y/o sus abogados no podrán facilitar el traslado de testigos, víctimas o personas en riesgo sin previa consulta y acuerdo de la Secretaría.

La norma 96(3) del Reglamento de la Secretaría dispone que, al decidir sobre la posible inclusión de una persona en el programa de protección de testigos (PPCPI), la Secretaría deberá considerar el nivel de involucramiento de la persona ante la CPI, si la persona o sus parientes se encuentran en peligro en virtud de su involucramiento con la Corte y si la persona está de acuerdo en ingresar al PPCPI. El proceso de evaluación es extenso, en parte debido a la escasez de personal. La necesidad de continuar en el programa debe ser reevaluada cada 12 meses. Existen plazas limitadas para ingresar al PPCPI dado que depende del apoyo y la cooperación de los Estados Parte y de otras organizaciones internacionales. Con respecto a la posibilidad de relocalizar a un testigo o víctima, sólo un puñado de países han celebrado acuerdos de mutuo entendimiento con la CPI para la cooperación en la reubicación de testigos.

Se han considerado y en algunos casos aplicado medidas alternativas de protección como el uso de casas seguras (*safe houses*), el aumento de patrullas policiales, la mayor vigilancia de las casas de testigos y la investigación de incidentes vinculados a la seguridad de testigos y víctimas por parte de las autoridades nacionales (CPI, Reporte sobre Protección, 2009; CPI, Reporte sobre Protección, 2010). Además, en la República Centrafricana, la Fiscalía y la Unidad de Víctimas y Testigos de la Secretaría instalaron un sistema local de vigilancia civil que patrulla áreas donde hay una alta densidad de testigos (Eikel, 2012: 128).

Asimismo, conforme la norma 93(2) del Reglamento de la Secretaría, esta última está encargada de establecer y mantener un sistema de respuesta inmediata (*Initial Response System* o IRS) como una medida local de seguridad para testigos, víctimas que aparecen ante la CPI y personas en riesgo. El sistema de respuesta de emergencia, que funciona 24/7 y permite a la Corte extraer y reubicar en un lugar seguro a testigos que temen ser inmediatamente atacados o que ya lo han sido (CPI, Katanga & Ngudjolo, 12/06/2008, párrs. 9-10).

El presupuesto asignado a la CPI para 2021 ha disminuido en un 0,7%, lo que genera preocupación sobre si el IRS y el PPCPI podrán operar de manera efectiva. Desde la doctrina se ha sostenido que la verdadera eficacia de los programas de protección de testigos es discutible, a la luz de casos como el de Bemba, donde se sobornó a los testigos para que proporcionaran testimonios falsos en el juicio, lo que cuestionaría la protección absoluta de los testigos antes del mismo (Shokar, 2020). Además, se ha indicado que la creciente retirada de los estados africanos de la CPI amenaza aún más el desempeño de dichas medidas operativas de protección (Shokar, 2020).

En definitiva, la CPI depende en gran medida de la cooperación estatal para reubicar y proteger a los testigos a través del programa de protección de testigos, conocido como PPCPI. Se ha afirmado que como agentes influyentes en la protección de testigos, la reciente hostilidad africana hacia la CPI amenaza el marco del PPCPI y la seguridad de los testigos, ya que puede revocarse la protección de los testigos en estas jurisdicciones (Shokar, 2020). Si bien es posible negociar acuerdos de reubicación con los estados africanos que se retiran, llevará tiempo hacerlo y presenta un momento de incerti-

dumbre para la protección de los testigos en estas áreas. La fragilidad actual del marco del PPCPI puede hacer que los testigos ya no deseen participar en los juicios (Shokar, 2020).

En lo que respecta a los tribunales *ad hoc*, los criterios para ser admitidos en el Programa de Protección de Testigos ante el TPIY son los siguientes: (a) su testimonio es una evidencia relevante y esencial en el juicio; (b) existe una amenaza real frente a los mismos; e (c) idoneidad para ingresar al Programa (TPIY, Prácticas, 2009: 202). En algunos casos, el peligro evaluado para un testigo por dar testimonio requiere su traslado a otro país después del mismo. Como resultado, el TPIY debe identificar un país dispuesto a recibir al testigo y hacer arreglos para que la familia del testigo se reúna con él o ella. Cuando un testigo tiene “sangre en sus manos”, el TPIY puede tener dificultades para encontrar un Estado dispuesto a aceptarlo, y la transición a un nuevo hogar puede ser extremadamente difícil para todos los involucrados (TPIY, Prácticas, 2009: 8, párr. 6).

Los mecanismos para la relocalización de testigos pueden incluir el asilo y procedimientos regulares de inmigración o programas estatales de protección de testigos. A diferencia de los sistemas de derecho penal nacionales que pueden depender de la policía o los ministerios para la protección de testigos, el TPIY, como organización internacional, depende totalmente de la cooperación de los Estados, incluidos las autoridades del Estado anfitrión, para realizar algunos de sus servicios, es decir, reubicación, reubicación temporal para responder a una amenaza temporal o monitoreo de una amenaza.

Debido a la falta de medios coercitivos del TPIY y la ausencia de un territorio donde los pudiera aplicar, el TPIY no está en condiciones de ofrecer de forma independiente los programas de protección de testigos existentes a nivel doméstico, que incluyen en particular la posibilidad de cambiar de identidad, acomodar en casas de seguridad, y reubicar internamente a las personas en riesgo. Es por eso que en el TPIY se han celebrado acuerdos de reubicación de testigos entre la ONU y sus Estados miembros. No obstante, el TPIY debe tener por lo menos un Estado a su disposición donde tales testigos vulnerables puedan residir de manera temporal previo a ser reubicados en un Estado miembro de la ONU. Cualquier Estado que ofrezca tal residencia temporal debe ejercer esta tarea con gran discreción.

Dado que el proceso de reubicación de testigos puede ser extraordinariamente complicado, es importante que el TPIY tenga excelentes relaciones de trabajo con las autoridades de dichos Estados (TPIY, Prácticas, 2009: 189, párr. 57; 202, párr. 129).

Han surgido dificultades y desafíos en la aplicación práctica de los servicios de protección por parte de la Secretaría del TPIY en términos de la evaluación del nivel de amenaza con fines de una posible relocalización, esto se debe a que las diferencias y complicaciones de una zona de guerra como escena del crimen hace que no sea posible identificar la amenaza tan claramente como en el caso de los delitos domésticos. Así, en el contexto de crímenes internacionales, la amenaza podría provenir de cualquier miembro de un grupo político, un grupo social o una etnia, por lo que es difícil establecer una clara “evaluación de las amenazas”.

Esto significa que el TPIY adopta un enfoque amplio y precavido al evaluar el riesgo a efectos de adoptar medidas de protección de testigos y reubicación. La dificultad de la evaluación se incrementa por el hecho de que no existen fuerzas policiales efectivas y confiables en las áreas involucradas. Mientras que, en el contexto doméstico, la reubicación de testigos es un servicio de último recurso para proteger a un testigo porque hay muchas fuerzas policiales confiables para mantener la ley y el orden, en zonas de guerra las fuerzas policiales locales están mucho más desarticuladas y su capacidad para proteger a un testigo es mucho más baja. Esto puede hacer que el TPIY decida incluir a testigos en los programas de reubicación, a pesar de que con un nivel de amenaza similar podrían no haber sido aceptados en un programa doméstico (TPIY, Prácticas, 2009: 202).

Debido a las dificultades inherentes a la reubicación de testigos en otros países, la Sección de Víctimas y Testigos de la Secretaría del TPIY ha descubierto que las casas de seguridad regionales brindan una buena opción de reubicación. Una casa segura permite que un testigo protegido se sienta cómodo dentro de su propio ambiente cultural, y puede reducir considerablemente los costos asociados con el proceso de reubicación (TPIY, Prácticas, 2009: 203, párr. 133).

La Sección de Víctimas y Testigos de la Secretaría del TPIY solicita siempre que un Memorando de Entendimiento sea firmado en-

tre el testigo y la Sección, estableciendo los derechos y obligaciones mutuos. Por ejemplo, el testigo y su familia recibirán asignaciones económicas (cuya cuantía se determinará con base en los esquemas de subsidios de bienestar social de los países anfitriones y en el coste de la vivienda y de los servicios públicos) y un seguro médico hasta la reubicación definitiva. El testigo y su familia recibirán además apoyo psicosocial del personal de la Sección en su lengua materna, prestando siempre esta última particular atención a sus necesidades de educación y aprendizaje de idiomas mientras estén a su cuidado a la espera de reubicación. Así mismo, una evaluación psicológica será realizada por un psicólogo calificado independiente cuando se considere necesario (TPIY, Prácticas, 2009: 203, párr. 134).

En lo que concierne a los tribunales regionales, no habiendo aún RPP específicas y por no encontrarse aún estos tribunales en funcionamiento, no se cuenta con suficiente información relativa a posibles medidas extraprocerales de protección. En todo caso, tal y como ya se ha indicado, el art. 22 del Protocolo de Malabo prevé la creación de una Unidad de Protección de Víctimas y Testigos que será posiblemente la encargada de implementar las medidas de reubicación de testigos y otras medidas extraprocerales. Por su parte, el art. 26 del Estatuto de la COPLA remite a los regímenes de protección existentes en los sistemas internos de los Estados parte, atribuyendo así a estos últimos la responsabilidad de implementar cualquier medida de protección extraprocerales ya prevista en su legislación doméstica.

En cuanto a los THs, el TESL ha reubicado generalmente testigos y sus familias dentro de Sierra Leona. Reubicación en Europa y América ha sido particularmente difícil, tanto desde el punto de vista financiero como político. Además, tampoco se pudieron suscribir acuerdos de reubicación con otros estados africanos debido a obstáculos políticos que reflejaban un cierto descontento regional con el TESL. Sin embargo, algunos testigos que pudieron facilitar sus propios requisitos de visa o residencia recibieron asistencia para reubicarse en la región de África Occidental. A esto hay que unir que las implicaciones financieras de la reubicación han provocado que los investigadores y la Unidad de Víctimas y Testigos hayan generalmente preferido el uso del anonimato. Algunos testigos (*insiders*) han

sido reubicados en países desarrollados, pero esto generalmente ha ocurrido en el caso de antiguos miembros del gobierno o altos funcionarios, porque reubicar a los sierraleoneses o liberianos de bajos ingresos en Europa o América del Norte podría haber sido percibido como un incentivo inadecuado (Mahony, 2010: 92).

En cuanto al TEL, la regla 166(A) de las RPP se refiere al Programa de Protección de Testigos, indicando que la Secretaría establecería dicho Programa dentro de la Unidad de Víctimas y Testigos con el propósito de proteger a las personas mediante la reubicación en terceros Estados. La Secretaría es competente para adoptar las medidas necesarias para organizar la reubicación en terceros Estados de las personas y parientes cercanos que, en su opinión, se encuentren en riesgo de daño grave inminente o muerte como resultado de su interacción con el TEL. Todos los procedimientos y funciones administrativas en relación con el Programa de Protección son confidenciales.

En lo que concierne a las SETC, la regla 29(7) de las RPP estipula que cuando fuere necesario, los jueces pueden ordenar la protección física de testigos en residencias seguras dentro o fuera de Camboya.

Finalmente, en lo que respecta a las SEK, el art. 5 de la Ley de Protección de Testigos de Kosovo (núm. 04/L-015), a la que remite el art. 23(1) del Estatuto de las SEK, prevé varias medidas de protección extraprocerales tales como la reubicación temporaria del testigo, cambio de su lugar de residencia, trabajo o estudio, cambio de identidad y cambio de apariencia física (p. ej., mediante cirugías plásticas). Ha habido reportes de que muchos testigos ya se habrían mudado fuera de Kosovo y algunos habrían recibido nuevas identidades (Balkan Transitional Justice, 2021). Asimismo, si bien no hay información oficial sobre acuerdos de cooperación en materia de reubicación de testigos entre las SEK y algunos países europeos, la Presidenta del Tribunal ha hecho llamamientos públicos a estos países en busca de llegar a esos acuerdos, enfatizando que de no alcanzarse, “será muy difícil, si no imposible, en algunos casos garantizar que el testimonio se pueda dar libremente y sin ningún temor” (Euronews, 2021).

3.4. ¿Podrían estos programas de protección ser eficaces en la investigación y enjuiciamiento de delitos de corrupción asociados al COT?

Tanto en la persecución de crímenes internacionales que generalmente son cometidos por organizaciones criminales (nacionales o transnacionales) como en los crímenes de corrupción asociados al COT, los sistemas de protección de testigos son necesarios para el desmantelamiento de organizaciones criminales. Ello con el objetivo de romper con lo que se conoce como el código de silencio (ONUCDD, 2008: 11)

A efectos de determinar la potencial efectividad de las medidas disponibles en los TIPs y los THs estudiados para la posible investigación y enjuiciamiento de corrupción asociada al COT, la presente sección efectuará una comparación entre las mismas y las recomendadas en el Manual de buenas prácticas para la protección de los testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada publicado por ONUCDD.

Según el Manual, los ejes principales para asegurar la efectiva protección de testigos, víctimas y otras personas de interés (colaboradores de la justicia e informantes), son:

1. Asistencia antes y durante el juicio, lo que les permite hacer frente a las repercusiones psicológicas y prácticas de testificar ante un tribunal.
2. Medidas de policía para reforzar la seguridad física.
3. Procedimientos en el tribunal para garantizar la seguridad de los testigos mientras prestan testimonio.
4. Puesto que la inclusión en un programa de protección de testigos es el último recurso de los servicios de protección, es fundamental que junto con el diseño de ese programa (o a falta de él) se sopesen cuidadosamente la elaboración de un plan para asumir el tratamiento de los riesgos de los testigos, especialmente los que no cumplen los criterios de selección predeterminados para ser admitidos en el programa.

Conforme se desprende del análisis comparativo de las medidas de protección existentes en los tribunales objeto de estudio, las medidas comprendidas en los puntos (a) y (c) se encuentran contempladas y son ejecutadas. Sin embargo, corresponde mencionar que son lamentablemente comunes las violaciones a medidas procesales de protección tales como mantener la confidencialidad de la identidad de testigos, siendo que tales violaciones logran en muchas oportunidades su objetivo, esto es, disuadir a los testigos para que presten testimonio.

En el caso del TPIY, testigos programados para testificar en el caso Milosevic fueron amenazados, incluso con amenazas de muerte (The New York Times, 2002), y al menos uno fue atacado (The New York Times, 2014). Asimismo, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados informó que dos víctimas/testigos fueron atacadas a su regreso del tribunal a Bosnia-Herzegovina (ONUACR, 2003: 5), mientras que ha habido reportes de que muchos testigos han estado expuestos en Croacia a amenazas e intimidación o incluso la muerte, habiéndose luego negado a testificar, alegando temores por su seguridad como la razón principal (De Brower, 2015, nota al pie 29).

En el caso del TPIR, se reportó que al menos 21 personas que habían accedido a prestar testimonio ante el Tribunal habían sido asesinadas o resultaron gravemente heridas antes de declarar (Immigration and Refugee Board Canada, 1999). Así mismo, una mujer Tutsi que había testificado sobre los asesinatos en el caso Akayesu fue asesinada a su regreso del TPIY junto con su esposo y siete hijos (Associated Press, 1997). Otro reporte denunció 99 asesinatos antes del establecimiento de la Sección de Apoyo a Testigos y Víctimas del TPIR en 1996 (Mahony, 2010: 54-56).

Parecería haber habido también situaciones similares en la CPI, donde una investigación de Human Rights Watch en las situaciones bajo investigación indica que se han constatado amenazas contra algunas víctimas/testigos y contra los intermediarios que ayudan a facilitar su interacción con la Corte (Human Rights Watch, 2008: 153). Ha habido también denuncias específicas sobre atentados contra la vida de testigos importantes en la situación en Kenia (AllAfrica, 2010). Además, se han reportado varios incidentes desde julio de

2011, en los que presuntamente se han proferido amenazas contra testigos de cargo y sus familias en relación con sus testimonios en el caso Bemba ante la CPI (CPI, Bemba, 27/09/2011, párr. 29).

Lo anterior demuestra que, si bien el marco jurídico se encuentra en línea con las recomendaciones sobre medidas procesales recogidas en el Manual, la efectividad de las mismas ha sido puesta en duda en varias oportunidades, y ha truncado en algunas ocasiones la efectiva persecución de crímenes internacionales, en particular cuando las personas investigadas y enjuiciadas son personas que siguen deteniendo poder.

En lo que respecta a las medidas extraprocesales contempladas en los puntos (b) y (d) del Manual, la siguiente problemática es inherente a los tribunales que han sido objeto de estudio: puesto que dichos tribunales no tienen competencia territorial ni capacidad para ejecutar sus decisiones, las dependencias han de recurrir a la cooperación estatal, en particular de los países que los albergan, para garantizar la implementación de las medidas de protección personal adoptadas por los tribunales. Además, muchas de las víctimas y testigos de estos tribunales proceden de zonas en conflicto, o posconflicto, donde no existe el estado de derecho. Puede resultar dificultoso mantener su seguridad cuando son precisamente las instituciones estatales que están normalmente encargadas de proteger al público, como la policía y el ejército, las posibles agresoras, o, en el mejor de los casos, no tienen la capacidad necesaria para cumplir con su función de protección (De Brower, 2015: 717).

Con respecto a los programas de protección, y más específicamente la posible reubicación de testigos, los tribunales tratan de crear una red de países que estén dispuestos a estudiar la aceptación de testigos por conducto de la celebración de acuerdos marco. En los acuerdos se expone el procedimiento que se ha de seguir cuando se solicite la reubicación y las prestaciones que ofrecerá al testigo el Estado receptor. Sin embargo, al igual que en la cooperación entre Estados, la decisión definitiva de aceptar o no al testigo corresponde al Estado receptor. Aunque los programas de protección de testigos son caros, los costos resultan menores cuando se comparan con su contribución a la eficacia de los enjuiciamientos. Los costos están directamente relacionados, entre otras cosas, con el número de te-

stigios cuya inclusión se haya aprobado y con las prestaciones financieras acordadas a los participantes. En este sentido, resulta importante resaltar el limitado número de acuerdos que logran alcanzar los tribunales internacionales y la general reticencia de los Estados a comprometerse y cooperar en este sentido (Kayuni, 2015: 276-277). Considerando cuán fundamental es la posible implementación de medidas extraprocesales para el enjuiciamiento de la corrupción asociada al COT, la falta de voluntad de los Estados es preocupante si se considera la posibilidad de investigar y enjuiciar este tipo de delitos ante los TIPs y los THs estudiados.

Finalmente, con respecto a las políticas existentes para *whistleblowers*, surge la indefectible pregunta de si los procedimientos contemplados actualmente y las medidas de protección previstas resultan suficientes y si son realmente respetadas en la práctica. Políticas integrales y transparentes en materia de *whistleblowers* cuya ejecución sea respetada por todos sin importar rangos o intereses políticos o de otra índole son fundamentales en la lucha contra la corrupción asociada a la COT. Es por ello que la normativa existente actualmente podría resultar insuficiente y/o ineficaz a tales efectos, lo cual representa un desafío para la posible investigación y enjuiciamiento de este fenómeno.

4. CONCLUSIONES

Luego de haber analizado tanto los programas de incentivos como los programas de protección a denunciantes, informantes y testigos existentes en los TIPs y los THs, corresponde ahora formular algunas conclusiones finales sobre la posible efectividad de tales programas en la persecución, enjuiciamiento y condena de crímenes de corrupción asociados al COT.

En primer lugar, en materia de programas existentes para *whistleblowers*, se ha constatado que en los tribunales estudiados una efectiva protección es, en efecto, el principal incentivo para que tales personas formulen las denuncias pertinentes. Sin embargo, existe una desconfianza general en los mecanismos puestos a disposición por los tribunales internacionales en este sentido, lo que implica una

baja efectividad de las políticas sobre *whistleblowing* existentes. En este sentido, si bien el reconocimiento del problema y de la necesidad de buscar soluciones es un paso en el sentido correcto, los tribunales deben esforzarse por generar la confianza necesaria, particularmente en materia de protección contra posibles represalias, para que las políticas sobre *whistleblowing* surtan el efecto deseado. En tanto ello no suceda, las autoras consideran que la práctica existente a la fecha no sería lo suficientemente eficaz para perseguir penalmente la corrupción asociada al COT.

Una conclusión similar puede alcanzarse en lo concerniente a los incentivos. Si bien existe una preocupación creciente en los tribunales respecto de la importancia del desarrollo de una cultura organizacional respetuosa de los estándares éticos que pueda servir de incentivo para que los funcionarios de los tribunales analizados cumplan con el deber de denunciar las irregularidades, lo cierto es que los mecanismos de denuncia no son, en general, conocidos y/o accesibles. Si bien es loable la existencia de Códigos de Conducta que incentiven las denuncias, en tanto y en cuanto los mecanismos de denuncia no sean conocidos y eficientes, no serán efectivos para perseguir penalmente la corrupción asociada al COT.

En cuanto a los programas de protección existentes para denunciadores, informantes y testigos, encontramos que son el incentivo más importante para que las personas que tienen información relevante (informantes, denunciadores o testigos) presten colaboración con las autoridades, sin perjuicio de los otros incentivos a los que nos hemos referido. Se ha constatado que la protección más amplia es otorgada a los testigos, mientras que, a los denunciadores e informantes se les asegura a través de las Fiscalías de los respectivos tribunales la confidencialidad de su identidad y de la información suministrada.

En términos de las medidas procesales de protección, el análisis del presente capítulo permite observar que si bien el marco jurídico de los tribunales analizados se amolda a las recomendaciones contenidas en el Manual de la ONUCCD, se han constatado numerosas violaciones a tales medidas, en particular, a la orden de mantener confidencial la identidad de los testigos, resultando ello muchas veces en su negativa a prestar testimonio, o incluso peor, retirar testimonio ya prestado. Por ello, la efectividad de las medidas procesales

de protección para perseguir penalmente la corrupción asociada al COT es puesta en duda. Una posible recomendación en este sentido podría ser un incremento en el número de investigaciones, enjuiciamientos y condenas por ofensas contra la administración de justicia para aquéllos que violan órdenes judiciales relativas a medidas de protección. Ello podría disuadir futuras violaciones a este tipo de órdenes judiciales, y de este modo generar confianza en los programas de protección, al menos en lo concerniente a medidas procesales.

En el ámbito de las medidas extraprocesales tales como la posible reubicación de testigos, también el marco jurídico se ajusta a las recomendaciones del Manual de la ONUCCD. Sin embargo, la práctica ha demostrado que los tribunales estudiados se enfrentan a un problema que los distingue de los tribunales domésticos: la falta de fuerzas policiales y de un territorio donde poder implementar directamente sus medidas. En consecuencia, dependen enteramente de la voluntad de los Estados para firmar acuerdos de cooperación que permitan ejecutar las medidas de protección extraprocesales. Además, son pocos los Estados que han firmado acuerdos de cooperación en este sentido, aunque tal información se mantiene generalmente confidencial. En consecuencia, a menos que los Estados muestren un compromiso real y no meramente formal, la efectividad de las medidas de protección extraprocesales es también puesta en duda y probablemente resultaría insuficiente para perseguir penalmente de manera eficaz la corrupción asociada al COT.

De las anteriores conclusiones, se vislumbra entonces que tanto en lo concerniente a los programas de incentivos como los programas de protección a denunciantes, informantes y testigos existentes en los TIPs y los THs, el marco jurídico existente resultaría en principio adecuado para una eventual eficaz persecución penal de la corrupción asociada al COT. Sin embargo, parecería claro que resulta necesario implementar esfuerzos para que la aplicación del marco jurídico existente tanto en materia de incentivos como de protección resulte lo suficientemente satisfactoria y genere la confianza necesaria para el éxito de cualquier tipo de investigación en este sentido. Algunas propuestas concretas en este sentido serían: (a) promover el conocimiento y accesibilidad tanto del marco regulatorio como

de los mecanismos de denuncia relativos al *whistleblowing* a través por ejemplo de la inclusión de entrenamientos obligatorios y periódicos en este sentido para todo el personal de los tribunales; (b) considerando que las medidas de protección son en efecto el incentivo más importante para la cooperación de denunciantes, informantes y testigos, podrían incrementarse el número de investigaciones y enjuiciamientos por posibles violaciones a medidas procesales de protección para incrementar así la confianza en el sistema; y (c) del mismo modo, a efectos de dar efecto a las medidas extraprocesales, deberían explorarse estrategias y medidas para incentivar a los Estados a cooperar con los tribunales dado que sin tal cooperación, tales medidas resulta de imposible implementación.

La implementación de las anteriores propuestas podría dar efecto al marco jurídico existente en materia de incentivos y protección a denunciantes, informantes y testigos en los TIPs y los THs, permitiendo que el mismo pueda resultar entonces adecuado para la eventual investigación y enjuiciamiento de corrupción asociada al COT.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Barton, C. (2007). "Kickback Claims Stain the KRT". *Phnom Penh Post*. <http://ki-media.blogspot.com/2007/02/kickback-claims-stain-krt.html>
- Berger, L., Perreault, S. & Wainberg, J. (2017). "Hijacking the Moral Imperative: How Financial Incentives Can Discourage Whistleblower Reporting". *AUDITING: A Journal of Practice & Theory*. Vol. 36.
- Bergsmo, M. & Kruger, P. (2008). "Article 54: Duties and Powers of the Prosecutor with respect to investigations". En: Triffterer, O. (ed.). *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court*. Múnich, Oxford: Beck/Hart. Pp. 1077-1087.
- Bogotá, J. (2016). "International Judges and Government Interests: The Case of President Meron", *FICHL Policy Brief Series*. Vol. 48.
- Ciorciari, J. D. (2021). *Sovereignty Sharing in Fragile States*. Stanford University Press.
- Ciorciari, J. D., & Heindel, A. (2014). "Serving Two Masters: Dual Administration, Oversight, and Funding". En *Hybrid Justice: The Extraordinary*

- Chambers in the Courts of Cambodia*. Lansing: University of Michigan Press. Pp. 70-103.
- Combs, N.A. (2007). *Guilty pleas in international criminal law: Constructing a restorative justice approach*. Stanford: Stanford University Press.
- Combs, N.A. (2018). "Deconstructing the epistemic challenges to mass atrocity prosecutions". *Washington & Lee Law Review*. Vol. 75(1). Pp. 223-300.
- De Brouwer, A. (2015). "The Problem of Witness Interference before International Criminal Tribunals". *International Criminal Law Review*. Vol. 15. Pp. 700-732.
- Del Ponte, C. (2006). "Investigation and Prosecution of Large-scale Crimes at the International Level: The Experience of the ICTY". *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 4(3). Pp. 539-558.
- Dumbo, M. (2007). *Atrocity, Punishment, and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Eikel, M. (2012). "Witness Protection Measures at the International Criminal Court: Legal Framework and Emerging Practice". *Criminal Law Forum*. Vol. 23. Pp. 97-133.
- Fougner, J. (2020). "On Whistle-Blowing and Inquiry in Public Institutions". En: Bergsmo, M. & Dittrich, V.E. (eds.). *Integrity in International Justice*. Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher. Pp. 605-613
- Hatchard, J. (2019). "Combating Corruption Effectively?: The Role of the African Court of Justice and Human Rights". En: Jalloh, C., K. Clarke, & V. Nmehielle (eds.), *The African Court of Justice and Human Rights' Rights in Context: Development and Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 477-504.
- Inder, B. (2020) "Conformity, Leadership and the Culture of Integrity at the International Criminal Court". En: Bergsmo, M. & Dittrich, V.E. (eds.). *Integrity in International Justice*. Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher. Pp. 309-396
- Jordash, W. (2020). "Insiders: The Special Court for Sierra Leone/s Dirty Laundry". *Justice Info*. <https://www.justiceinfo.net/en/44201-insiders-the-special-court-for-sierra-leone-s-dirty-laundry.html>
- Karnavas, M. G. (2020). "The Kosovo Specialist Chambers' Rules of Procedure and Evidence: More of the Same Hybridity with Added Prosecutorial Transparency". *International Criminal Law Review*. Vol. 20(1). Pp. 77-124.
- Karnavas, M. G. (2017). Kosovo Specialist Chambers – Part 7: The Code of Judicial Ethics. Michael Karnavas Blog. <http://michaeltgkarnavas.net/blog/2017/07/03/kosovo-specialist-chambers-part-7/>

- Kayuni, S.W. (2015). "The ICC's Witness Protection Measures Through the Lens of Policy-Oriented Jurisprudence". *Journal of Law and Jurisprudence*. Vol. 4(2). Pp. 271-298
- Mahony, C. (2010). *The justice sector afterthought: Witness protection in Africa*. Tshwane: Institute for Security Studies.
- Muharremi, R. (2018). "The Concept of Hybrid Courts Revisited: The Case of the Kosovo Specialist Chambers". *International Criminal Law Review*. Vol. 18(4). Pp. 623-654.
- Osiel, M. (2005). "The Banality of Good: Aligning Incentives against Mass Atrocity". *Columbia Law Review*. Vol. 105(6). Pp. 1751-1862.
- Pal, S. (2013). *Issues and Controversies Surrounding the Use of Plea Bargaining in International Criminal Tribunals*. University of Central Lancashire.
- Roth, J. A. (2016). "Informant Witnesses and The Risk of Wrongful Convictions". *American Criminal Law Review*. Vol. 53. Pp. 737.
- Spilker, B.J. (2020). "Codes of Judicial Ethics: An Emerging Culture of Accountability for the Judiciary?". En: Bergsmo, M. & Dittrich, V.E. *Integrity in International Justice*. Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher. Pp-744-791.
- Shokar, P. (2020). "Are ICC Operational Protective Measures Available to Witnesses Effective?". IntLawGrrls. <https://ilg2.org/2020/12/>
- Sutherland, E. (1940). "White-Collar Criminality". *American Sociological Review*. Vol. 5(1). Pp. 1-12.
- Van Tuyl, P. (2008). *Effective, Efficient, And Fair? An Inquiry Into The Investigative Practices of The Office of The Prosecutor at The Special Court for Sierra Leone*. Berkeley: War Crimes Studies Center.

Informes, resoluciones y otros documentos

- AllAfrica. (2010). Kenya: Ocampo Witnesses Escape Death. <https://allafrica.com/stories/201001050912.html>.
- Associated Press. (1997). Tutsi Witness Is Killed After Her Testimony.
- Balkan Transitional Justice. (2021). New Court Faces Old Problems in Protecting Kosovo Witnesses. 8 de marzo de 2021. Citado como: Balkan Transitional Justice, 2021. <https://balkaninsight.com/2021/03/08/new-court-faces-old-problems-in-protecting-kosovo-witnesses/>.
- Canada. Immigration and Refugee Board of Canada (1999). Rwanda: Whether People Who Give Testimony at the Trials and Hearings of Those Accused of Genocide and Crimes Against Humanity Are Being Harassed, Intimidated and Threatened. 1 de enero de 1999. Citado como:

- Immigration and Refugee Board of Canada, 1999. <https://www.refworld.org/publisher,IRBC,RWA,3ae6ac5950,0.html>.
- Consejo de Europa. (2015). Libro Blanco sobre el crimen organizado transnacional de 2015. Citado como: CE, 2015. <https://rm.coe.int/168070e545>.
- COPLA. (2018). Anteproyecto Estatuto de la Corte Penal Latinoamericana y del Caribe. Citado como: COPLA, 2018. <https://www.coalicioncopla.org/documentos>
- CPI [Sala de Apelaciones] The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr Thomas Lubanga Dyilo. Doc. Num: ICC-01/04-01/06-3173 22 de septiembre de 2015. Disponible en https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_18047.PDF
- CPI. (2005). Code of Judicial Ethics. 2 de enero de 2005. Resolución: ICC-BD/02-01-05. Citada como: CPI, 2005. https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A62EBC0F-D534-438F-A128-D3AC4CFDD644/140141/ICCBD020105_En.pdf
- CPI. (2009). Summary Report on the Round Table on the Protection of Victims and Witnesses Appearing Before the International Criminal Court. 29-30 de enero de 2009. Citado como: CPI, Reporte sobre Protección, 2009. https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/19869519-923D-4F67-A61F-35F78E424C68/280579/Report_ENG.pdf.
- CPI. (2010). Summary Report on the Seminar on Protection of Victims and Witnesses Appearing Before the International Criminal Court. 24 de noviembre de 2010. Citado como: CPI, Reporte sobre Protección, 2010. <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/08767415-4F1D-46BA-B408-5B447B3AFC8D/0/ProtectionseminarSUMMARY.pdf>.
- CPI. (2014). Guidelines Governing the Relations between the Court and Intermediaries for the Organs and Units of the Court and Counsel working with intermediaries. Marzo de 2014. Citado como: CPI, Política sobre Intermediarios, 2014. <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/lt/GRCI-eng.pdf>.
- CPI. (2019). Chambers Practice Manual - Protocol on the Handling of Confidential Information during Investigations and Contact between a party or participant and witnesses of the opposing party or participant. Noviembre 2019. Citada como: CPI, Protocolo de Información Confidencial, 2019. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/191129-chamber-manual-eng.pdf>.
- CPI. [Oficina del Fiscal]. The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura y otros. Prosecution's Response to "Defence Request for Variation of Decision on Summons or in the Alternative Request for Leave to Appeal". Doc. Núm.

- ICC-01/09-02/11-59. 15 de abril de 2011. Citada como: CPI, Muthaura et al., 15/04/2011.
- CPI. [Sala de Apelaciones] *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*. Judgement on the Appeal of the Prosecutor Against the “Decision on Evidentiary Scope of the Confirmation Hearing, Preventive Relocation and Disclosure under Article 67(2) of the Statute and Rule 67 of the Rules” of Pre-Trial Chamber I. Doc. Num: ICC-01/04-01/07-776. 26 de noviembre de 2008. Citada como CPI, Katanga & Ngudjolo, 26/11/2008.
- CPI. [Sala de Apelaciones] *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*. Judgement on the Appeal of the Prosecutor Against the “Decision on Evidentiary Scope of the Confirmation Hearing, Preventive Relocation and Disclosure under Article 67(2) of the Statute and Rule 67 of the Rules” of Pre-Trial Chamber I, Dissenting opinion of Judge Georghios M. Pikis and Judge Daniel David Ntanda Nsereko. Doc. Num: ICC-01/04-01/07-776, pp. 40-55. 26 de noviembre de 2008. Citada como CPI, Katanga & Ngudjolo Disidencia, 26/11/2008
- CPI. [Sala de Apelaciones]. *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*. Judgement on the Appeal of the Prosecutor Against the Decision of Pre-Trial Chamber I, entitled, First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements. Doc. Num: ICC-01/04-01/07-475. 13 de mayo de 2008.
- CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares II]. *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et. al.*, Decision on the “Requête aux fins d’obtenir complètement d’information sur l’écriture ICC-01/05-01/13-292-Conf-AnxA-Red” dated 7 April 2014 submitted by the Defence for Aimé Kilolo Muisamba. Doc. Núm. ICC-01/05-01/13-356. 23 April 2014. Citado como: CPI, Bemba et al., 23/04/2014.
- CPI. [Sala de Primera Instancia III]. *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. Public Redacted Version of the 26 Septiembre 2011 Decision on the accused’s application for provisional release in light of the Appeals Chamber’s judgment of 19 August 2011. Doc. Num: ICC-01/05-01/08-1789-Red. 27 de septiembre de 2011. Citado como: CPI, Bemba, 27/09/2011.
- CPI. [Unidad de Víctimas y Testigos]. *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*. Victims and Witnesses Unit’s Considerations on the System of Witness Protection and the Practice of “Preventive Relocation”. Doc. Num: ICC-01/04-01/07-585. 12 de junio de 2008.
- CPI. AEP (2013). Independent Oversight Mechanism – Annex Operation.al mandate of the Independent Oversight Mechanism. ICC-ASP/12/Res.6.

- 27 de Noviembre de 2013. Citado como: CPI, Mandato Operacional del IOM, 2003. https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/Resolution-IOM-ENG.pdf.
- CPI. AEP. (2016). Report of the Committee on Budget and Finance on the work of its twenty-seventh sesión. ICC ASP /15/15. 28 de octubre de 2016. Citado como: CPI, AEP, 2016. https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP15/ICC-ASP-15-15-ENG.pdf
- CPI. AEP. (2005). Report of the Office of Internal Audit. ICC-ASP/4/4. 3 de Agosto de 2005. Citado como: CPI, AEP, 2005. <https://www.legal-tools.org/doc/3zz1ki/pdf>
- CPI. AEP. (2006). Report of the Office of Internal Audit. ICC-ASP/5/5. 4 de Agosto de 2006. Citado como: CPI, AEP, 2006. <https://www.legal-tools.org/doc/k4ukb6/pdf>
- CPI. AEP. (2018). Resolution of the Assembly of States Parties on the proposed programme budget for 2019, the Working Capital Fund for 2019, the scale of assessment for the apportionment of expenses of the International Criminal Court, financing appropriations for 2019 and the Contingency Fund. ICC-ASP/17/Res.4. 12 de diciembre de 2018. Citado como: CPI, AEP, 2018. <https://www.legal-tools.org/doc/obysgj/>.
- CPI. Asamblea de Estados Parte (2003). Staff Regulations. Resolución ICC-ASP/2/10. 8-12 de septiembre de 2003. Citada como: CPI, AEP, 2003. https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3119BD70-DFB6-4B8C-BC17-3019CC1D0E21/140182/Staff_Regulations_120704EN.pdf
- CPI. Asamblea de Estados Parte (2015). Staff Rules of the International Criminal Court. Resolución ICC/AI/2015/004/Cor.1. 27 de julio de 2015. Citada como: CPI, AEP, 2015. <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/56F9B14B-B682-4D9C-8762-A25B944FA214/140109/270715AmmedSREng.pdf>
- CPI. Asamblea de Estados Parte. (2002). Rules of Procedure and Evidence. Resolución: ICC-ASP/1/3 and Corr.1. 3-10 de septiembre de 2002. Citada como: CPI, AEP, 2002. <https://www.icc-cpi.int/Publications/Rules-of-Procedure-and-Evidence.pdf>
- CPI. Estatuto de roma de la Corte Penal Internacional, 17 Julio 1998. [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).
- CPI. Fiscalía. (2013). Code of Conduct for the Office of the Prosecutor. 5 de septiembre de 2013. Citada como: CPI, Fiscalía, 2013. <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/oj/otp-coc-Eng.pdf>
- CPI. Fiscalía. (2013). Policy Paper on Preliminary Examinations. 1 de noviembre de 2013. Citado como: Citada como: CPI, Policy Paper on Pre-

- liminary Examinations, 2013. https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-policy_paper_preliminary_examinations_2013-eng.pdf.
- CPI. Grupo de Expertos Independientes. (2020). Independent Expert Review of the International Criminal Court and the Rome Statute System. Final Report. 30 de septiembre de 2020. Citado como: CPI, GEP, 2020. https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP19/IER-Final-Report-ENG.pdf
- CPI. Oficina de Información Pública. (2021). Paul Gicheru case: ICC Pre-Trial Chamber A confirms charges of offences against the administration of justice and commits suspect to trial. 15 de julio de 2021. Citado como: CPI, Oficina de Información Pública Gicheru, 2021. <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=PR1604>.
- CPI. Panel de Expertos Independientes (2020). Independent Expert Review of the International Criminal Court and the Rome Statute System Final Report. 30 de septiembre de 2020. Citado como: CPI, RIE, 2020. https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP19/IER-Final-Report-ENG.pdf.
- CPI. Presidencia (2014). ICC Anti-Fraud Policy. Presidential Directive - Directive de la Presidence. Ref: ICC/PRESG/G/2014/002. 13 de mayo de 2014. Citada como: CPI, Política Anti-Fraude, 2014. <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Vademecum/ICC%20Anti-Fraud%20Policy.PDF>.
- CPI. Presidencia (2014). Presidential Directive - Directive de la Presidence. Ref: ICC/PRESG/G/2014/003. 8 de octubre de 2014. Citada como: CPI, Política sobre Whistleblowing, 2014. <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Vademecum/ICC%20Whistleblowing%20and%20Whistleblower%20Protection%20Policy.PDF>.
- CPI. Reglas de Procedimiento y Prueba. <https://www.icc-cpi.int/Publications/Rules-of-Procedure-and-Evidence.pdf>.
- CPI. Secretaría. (2005). Equal Employment Opportunity and Treatment. Resolución ICC/AI/2005/006. 14 de julio de 2005. Citada como: CPI, Secretaría, 2005. [https://www.icc-cpi.int/Vademecum/OT584275_ICC%20AI%202005%20006%20\(ENG\)%20-%20EQUAL%20EMPLOYMENT%20OPPORTUNITY%20AND%20TREATMENT.PDF](https://www.icc-cpi.int/Vademecum/OT584275_ICC%20AI%202005%20006%20(ENG)%20-%20EQUAL%20EMPLOYMENT%20OPPORTUNITY%20AND%20TREATMENT.PDF)
- CPI. Secretaría. (2008). Disciplinary Procedures. Resolución ICC/AI/2008/001. 5 de febrero de 2008. Citada como: CPI, Secretaría, 2008. [https://www.icc-cpi.int/Vademecum/OT584294_ICC%20AI%202008%20001%20\(ENG\)%20-%20DISCIPLINARY%20PROCEDURES.PDF](https://www.icc-cpi.int/Vademecum/OT584294_ICC%20AI%202008%20001%20(ENG)%20-%20DISCIPLINARY%20PROCEDURES.PDF)
- CPI. Secretaría. (2011). Code of Conduct for Staff Members. Resolución ICC/AI/2011/00. 24 de abril de 2011. Citada como: CPI, Secretaría,

2011. <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Vademecum/Code%20of%20Conduct%20for%20Staff%20Members.PDF>
- Euronews. (2021). Kosovo could try to move war crimes court to Pristina, judge warns. 23 de febrero de 2021. Citado como: Euronews, 2021. <https://www.euronews.com/2021/02/15/kosovo-could-try-to-move-war-crimes-court-to-pristina-judge-warns>.
- Human Rights Watch. (2008). Courting History: The Landmark International Criminal Court's First Years. Julio de 2008. Citado como: Human Rights Watch, 2008. <https://www.hrw.org/reports/2008/icc0708/icc0708web.pdf>.
- International Bar Association and the Government accountability project. (2021). Are Whistleblowing Laws Working? A Global Study of Whistleblower Protection Litigation. 2021. Citado como: IBA, 2021. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=49c9b08d-4328-4797-a2f7-1e0a71d0da55>.
- Norwegian Helsinki Committee. (2016). "Credibility of ICTY must be restored", 7 de abril 2016. Disponible en <https://www.nhc.no/en/credibility-of-icty-must-be-restored/>
- OCDE. (2011). Study on Whistleblower Protection Frameworks, Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation. 12-13 de mayo de 2011. Citado como: OCDE, 2011. <https://www.oecd.org/corruption/48972967.pdf>
- ONU. Comisión de Administración Pública Internacional. (2013). Normas de conducta de la administración pública internacional, Julio de 2013. Citado como: ONU, CAPI, 2013. <https://www.iaea.org/sites/default/files/19/09/standards-conduct-isc-sp.pdf>
- ONU. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2003). UNCHR's Concerns with the Designation of Bosnia and Herzegovina as a Safe Country of Origin. julio de 2003. Citado como: ONUACR, 2003. <https://www.refworld.org/docid/3f3789934.html>.
- ONU. Consejo de Seguridad. (2016). Code of professional conduct for the judges of the Tribunal. 6 de julio de 2016. Resolución: S/2016/976. Citado como: ONU, CS, 2016. https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Miscellaneous/160706_code_of_professional_conduct_for_the_judges.pdf
- ONU. Mecanismo Internacional Residual para los Tribunales Internacionales. (2018). Code of Conduct for the Judges of the Mechanism. 9 de abril de 2018. Resolución: MICT/14/Rev. 1. Citado como: ONU, MIRTI, 2018. <https://www.irmct.org/sites/default/files/documents/180409-judges-code-of-conduct-mict-14.pdf>

- ONU. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2004). *The Global Programme Against Corruption: UN Anti-Corruption Toolkit*, 3era edición. Septiembre de 2004. Citado como: ONUCDD, 2004.
- ONU. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2008). *Manual de buenas prácticas para la protección de los testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada*. 2008. Citado como: ONUCDD, 2008. [https://www.unodc.org/documents/organized-crime/V0852046%20WP%20Good%20Practices%20\(S\).pdf](https://www.unodc.org/documents/organized-crime/V0852046%20WP%20Good%20Practices%20(S).pdf).
- ONU. Secretario General. (2002). Status, basic rights and duties of United Nations staff members. 1 de noviembre de 2002. Resolución: ST/SGB/2002/13 Citado como: ONU, SG, 2002. <https://undocs.org/ST/SGB/2002/13>
- ONU. Secretario General. (2016). Status, basic rights and duties of United Nations staff members. 21 de julio de 2016. Resolución: ST/SGB/2016/9 Citado como: ONU, SG, 2016. <https://hr.un.org/content/status-basic-rights-and-duties-united-nations-staff-members>
- ONU. Secretario General. (2017). Administrative instruction. Unsatisfactory conduct, investigations and the disciplinary process. 26 de octubre de 2017. Resolución: ST/AI/2017/1. Citado como: ONU, SG, Instrucción Administrativa, 2017. https://www.un.org/ga/search/viewm_doc.asp?symbol=ST/AI/2017/1
- ONU. Secretario General. (2017). Protection against retaliation for reporting misconduct and for cooperating with duly authorized audits or investigations. 28 de noviembre de 2017. Resolución ST/SGB/2017/2/Rev.1 Citado como: ONU, SG, Protección contra Represalias. 2017. <https://undocs.org/ST/SGB/2017/2/Rev.1>
- ONU. Secretario General. (2017). Staff Regulations and Rules of the United Nations. 30 de diciembre de 2016. Citado como: ONU, SG, 2017. <https://undocs.org/ST/SGB/2017/1>
- ONU. Unidad Conjunta de Inspección. (2018). *Review of Whistleblower Policies and Practices in United Nations System Organizations*. Resolución: JIU/REP/ 2018. Citado como: ONU, UCI, 2018. https://www.unjiu.org/sites/www.unjiu.org/files/jiu_rep_2018_4_english_0.pdf
- OSJI (2011). "Recent Developments in the Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia": <https://www.justiceinitiative.org/uploads/57bc6049-0795-4d38-a41a-bcb8139a3876/eccc-developments-20111114.pdf>
- OSJI. (2007) *Corruption Allegations at Khmer Rouge Court Must Be Investigated*. 24 de febrero de 2007. Citado como: OSJI, 2007.

- ticeinitiative.org/newsroom/corruption-allegations-khmer-rouge-court-must-be-investigated-thoroughly
- República de Kosovo. (2011). Law No. 04/L-015 on Witness Protection. <https://www.refworld.org/docid/601448f44.html#:~:text=04%2FL%2D015%20on%20Witness%20Protection&text=Authoritative%20version%20in%20original%20language,and%20witnesses%20in%20criminal%20proceeding%20>.
- República de Kosovo. (2012). Criminal Procedure Code. Criminal no. 04/L-123. Disponible en <https://www.yumpu.com/en/document/read/51948930/criminal-no-04-l-123-procedure-code>.
- Salas Especializadas de Kosovo. (2015). Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office. 3 de agosto de 2015. https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/05-l-053_a.pdf.
- Salas Especializadas de Kosovo. (2017). Code of Judicial Ethics for Judges Appointed to the Roster of International Judges of the Kosovo Specialist Chambers. 14 de marzo de 2017. Citado como: SEK, 2017. <https://www.scp-ks.org/en/documents/code-judicial-ethics-judges-appointed-roster-international-judges-14-mar-2017>.
- Salas Especializadas de Kosovo. (2020). Kosovo Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office, 2020 Report. Citado como: SEK, Reporte, 2020. https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/content/ksc_online_annual_report2020-eng.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.ecc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf.
- Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya. (2007). Personnel Handbook. 2 de agosto de 2007. Citado como: SECC, 2007. https://cambodiatribunal.org/wp-content/uploads/2013/08/history_ECCCLaw-Procedure_Personnel-Handbook.pdf.
- Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya. (2008). Code of Judicial Ethics. 31 de enero de 2008. Citado como: SECC, 2008. https://cambodiatribunal.org/wp-content/uploads/2013/08/history_ECCCLaw-Procedure_Code-of-Judicial-Ethics.pdf.

- Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya. (2009). Joint Statement on the establishment of independent counsellor at Extraordinary Chambers in Courts of Cambodia. agosto 2009. Citado como: SECC, Declaración, 2009. <http://www.unakrt-online.org/articles/joint-statement-establishment-independent-counsellor-extraordinary-chambers-courts-cambodia>.
- Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya. (2012). The Court Report. Octubre de 2012. Citado como: SECC, 2012. <https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/publications/October%202012%20Court%20Report.pdf>.
- Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya. (2015). Internal Rules and Regulations (Rev. 9). 16 de enero de 2015. https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Internal_Rules_Rev_9_Eng.pdf
- The New York Times. (2002). Court Rejects Any Liberty for Milosevic, Citing Threats, 7 de marzo de 2002. Citado como: The New York Times, 2002. <https://www.nytimes.com/2002/03/07/world/court-rejects-any-liberty-for-milosevic-citing-threats.html>.
- The New York Times. (2014). Witness in War Crimes Court Tallies Cost of a Decade in Hiding. 15 de agosto de 2014. Citado como: The New York Times, 2014. <https://www.nytimes.com/2014/08/16/world/europe/war-crimes-yugoslavia-serbia-slobodan-milosevic-hague.html>.
- TPIR. [Sala de Primera Instancia I]. Prosecutor v. Jean Kambanda. Judgement and Sentence. Doc. Num: ICTR 97-23-S. 4 de septiembre de 1998. Citado como: TPIR, Kambanda, 4/9/1998.
- TPIY. [Sala de Primera Instancia I]. Prosecutor v. Milan Babic. Sentencing Judgement. Doc. Num: IT-03-72-S. 29 de junio de 2004. Citado como: TPIY, Babic, 29/6/2004
- TPIY. [Sala de Primera Instancia II]. Prosecutor v. Dragan Nikolic. Sentencing Judgement. Doc. Num: IT-94-2-S. 18 de diciembre de 2003. Citado como: TPIY, Nikolic, 18/12/2003.
- Tribunal Especial para el Líbano. (2007). Statute of the Special Tribunal for Lebanon. S/RES/1757 (2007). 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. (2009). Code of Conduct for Staff Members of the Special Tribunal for Lebanon. 26 de marzo de 2009. Citado como: TEL, 2009. https://www.stl-tsl.org/sites/default/files/documents/administrative-documents/090329_Code_of_Conduct_for_Staff_Members_of_the_STL.pdf
- Tribunal Especial para el Líbano. (2012). Protection Against Retaliation for Reporting Misconduct and for Cooperating with Duly Authorized Au-

- dits or Investigations. Instrucción Administrativa STL/AI/HR/12, 10 de abril de 2012. Citado como: TEL, IA, 2012. https://www.stl-tsl.org/sites/default/files/documents/administrative-documents/120410_AI_Protection_%20Against_%20Retaliation.pdf
- Tribunal Especial para el Líbano. (2015). Misconduct and Procedure for Staff Appeals of Administrative Decisions Taken as a Result of Disciplinary Action. 22 de junio de 2015. Instrucción Administrativa STL/AI/HR/6/Rev.1. Citado como: TEL, IA, 2015. https://www.stl-tsl.org/sites/default/files/documents/administrative-documents/20150619_AI_HR_6_Rev_1_AI_on_Misconduct_and_Procedure_for_Staff_Appeals_and_Annex.pdf.
- Tribunal Especial para el Líbano. (2017). Staff Regulations and Rules of the Special Tribunal for Lebanon. 18 de diciembre de 2017. Citado como: TEL, 2017. https://www.stl-tsl.org/sites/default/files/documents/administrative-documents/20171218_Staff%20Regulations%20and%20Rules%20of%20the%20STL_STL-RB-1-Rev5.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 el Líbano. Oficina de Información Pública. (2018). Q&As on the contempt cases before the Special Tribunal for Lebanon. 26 de junio de 2018. Citado como: TEL, Q&A, 2018. https://www.stl-tsl.org/images/Documents/Contempt_cases_QA_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. (2005). Staff Rules for the Special Court of Sierra Leone. 2 de febrero de 2005. Instrucción Administrativa: SCSL/AI/42/05. Citado como: TESL, 2005. http://www.rscsl.org/Documents/SCSL_Staff_Rules.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). ICTY Manual on Developed Practices. 2009. Citado como: TPIY, Prácticas, 2009. https://www.icty.org/x/file/About/Reports%20and%20Publications/ICTY_Manual_on_Developed_Practices.pdf.
- Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. (2009). Updated 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 la ex- Yugoslavia. Oficina de Información Pública. (2008). Haraqija and Morina Found Guilty of Contempt. 17 de diciembre de 2008. Citado como: TPIY, Oficina de Información Pública Haraqija & Morina, 2008. <https://www.icty.org/en/press/haraqija-and-morina-found-guilty-contempt>.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Rules of Procedure and Evidence. 13 May 2015. <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/legal-library/150513-rpe-en-fr.pdf>.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Statute of the International Tribunal for Rwanda. https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr_EF.pdf.
- Unión Africana. (2014). Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights. 27 June 2014. 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.
- Unión Europea. (2019). Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. 23 de octubre de 2019. Directiva 2019/1937. Citada como: UE, Directiva, 2019. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L1937&from=ES>.

Capítulo 5
Plea agreements

TATIANA BACHVAROVA*

MERITXELL REGUÉ*

MIRKA FRIES*

1. INTRODUCTION

This chapter analyzes whether the existing mechanisms in International Criminal Law (ICL) concerning plea agreements could con-

* PhD, Seconded Trial Lawyer, Office of the Prosecutor, International Criminal Court; Legal Expert, European Judicial Training Network and Bulgarian National Institute of Justice; former Judge, Sofia District Court, former Legal Officer, Special Tribunal for Lebanon, former Legal Consultant, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia.

* Prosecutor in front of the appeals chamber and member of the legal coordination section of the prosecution. Has worked in the ICC prosecutor's office from 2009 to the present, participating and contributing in almost all situations and cases of the Court. Has worked in the criminal justice section of the International Center for Transitional Justice. In this capacity, has provided legal support to various national jurisdictions to strengthen their capacity to investigate and prosecute international crimes. Previously, she was a prosecutor at the International Tribunal for the Former Yugoslavia where he participated in the cases of *Mrksic et al.* and *Boskoski & Tarculovski*. She regularly provides training courses and presentations at the international level in the field of international law. She has also posted regularly on the same topics.

* A legal professional with expertise in international law, human rights, and criminal justice. She holds an LL.B. in German and International Law from renowned universities in Germany, as well as an LL.M. in international criminal law and human rights law from the University of Amsterdam and Columbia Law School. Mirka has worked at the International Criminal Court and civil society organisations, focusing on children's rights, sexualised violence, and refugees. She participated in the Mercator Fellowship on International Affairs, investigating the recruitment and use of child sol-

tribute to increasing the effectiveness of the criminal prosecution of corruption associated with transnational organized crime (TOC) in the event that international, regional and/or hybrid criminal tribunals will come to have material jurisdiction over this phenomenon.

Plea agreements are agreements between the Prosecution and the Defense where the defendant acknowledges his guilt with respect to all or part of the charges, and agrees to cooperate with the Prosecution, in exchange for certain concessions such as the withdrawal of certain charges or the request to the Trial Chamber (TC) for the imposition of a lower sentence than the Prosecution would normally request. They can be distinguished from the admissions of guilt (guilty pleas), which the defendant can make unilaterally before the TC in charge of the trial, and which do not necessarily have to be preceded by an agreement with the Prosecution (although they usually do).

As a result, it should be borne in mind that the procedure for a plea agreement should not be confused with proceedings on admission of guilt or guilty plea proceedings. While the latter are triggered by a one-sided acknowledgement of guilt on the part of the accused made of his or her own will and volition, a plea agreement (as the term implies) entails the act of agreeing (to plead guilty) thus necessitating the involvement of both parties, the Prosecution and the Defense, in the process. At the same time, as discussed in detail below, admitting guilt lies at the core of both procedures and is thus the key feature of both plea agreement proceedings and admission of guilt proceedings.

Furthermore, as can be seen in the context of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) (especially at their inception when plea agreements were not envisioned by their legal

diers in Uganda. She worked as a Bertha Fellow at the European Center for Constitutional and Human Rights in the Business and Human Rights and International Crime and Accountability Departments. Currently, Mirka is a doctoral researcher at the Friedrich-Alexander University Erlangen-Nuremberg and part of the university's International Doctorate Programme on Business and Human Rights.

framework) and the International Criminal Court (ICC), guilty plea proceedings may entail informal discussions and negotiations, and ultimately an agreement between the Prosecution and the Defense on prosecutorial concessions or recommendations to the respective Chamber concerning the charges to which the guilty plea relates, and/or the sentence to be imposed.

Against this backdrop, it is important to distinguish between two types of international and hybrid criminal tribunals: (a) tribunals, such as the ICTY, the ICTR, the Special Tribunal for Lebanon (STL) and the Kosovo Specialist Chambers (KSC), whose legal framework expressly provides for plea agreements; and (b) tribunals, such as the ICC and the Special Court for Sierra Leone (SCSL), whose legal framework only provides for guilty pleas / admissions of guilt on the part of the accused persons.

A paradigmatic example of this second category of international and hybrid tribunals is the ICC because the ICC Statute contains, as part of the guilty plea procedure provided for in art. 65, an implicit stipulation in paragraph (5) of the possibility for discussions between the Prosecution and the Defense. Unlike the SCSL Statute and Rules of Procedure and Evidence (RPE), which do not provide for this possibility, the legal framework of other hybrid tribunals, not dealt with in this book, such as the Special Panels for Serious Crimes in East Timor also follow the approach of the ICC Statute¹. As the

¹ Although, at first blush, like the ICC, the legal framework of this tribunal seems to only provide for the opportunity of an accused to admit guilt, the careful perusal of the relevant provisions detects an implicit stipulation also of the possibility for a plea agreement between the and the Prosecution in the sense of a negotiated guilty plea. In this regard, by virtue of section 29 of Regulation 2000/30 on Transitional Rules of Criminal Procedure, at the preliminary hearing the Court shall afford the accused the opportunity to make a statement concerning the charges. This may include a plea of not guilty or an admission of guilt as to all or any portion of the charges. Furthermore, section 29(A) provides that the accused may admit guilt in any proceedings before the Investigating Judge or before a different Judge or Panel. According to the same provision, admission of guilt may take place at any time before a final decision in the case has been reached. Moreover, the Court or Judge hearing the matter shall determine whether the accused has admitted guilt voluntarily after sufficient consultation with defense counsel

informal discussions triggered by this approach may result in ‘negotiated guilty pleas’ between the Prosecution and the Defense, the ICC Statute’s approach is also dealt with in this chapter.

Another variation of a plea agreement procedure, which distinguishes itself from the ones discussed hitherto both in terms of essence and consequences, is to be found in the Iraqi High Tribunal’s legal framework. Although termed as a plea agreement, the procedure provided for in rule 38 of the RPE does not contain the essential features of plea agreement proceedings discussed hitherto. Rather than entailing a quick disposition of the case by attributing

and understands the nature and consequences of the admission of guilt. The Court must also be satisfied that the admission of guilt is supported by the facts of the case contained in the charges and admitted by the accused, any materials presented by the Prosecutor which support the indictment and the accused accepts and any other evidence, such as the testimony of witnesses presented by the Prosecutor or the accused.

The conclusion about the implicit possibility for a negotiated guilty plea between the Prosecution and the Defense stems from the perusal of section 29(A) (5). This legal text envisages that the Prosecutor and the Defense may hold discussions regarding modification of the charges, the admission of guilt or the penalty to be imposed. Nevertheless, the Judge or Panel is not bound by any such discussions. Under section 29(A) (2), where the above prerequisites are met, the Judge or Panel shall consider the admission of guilt together with any additional evidence presented, as establishing all essential facts that are required to prove the crime to which the admission of guilt relates and may convict the accused of that crime. If, on the contrary, the Judge or Panel is not satisfied that the requirements under section 29(A) (1) are met, by virtue of section 29(A) (3) the admission of guilt shall be considered as not having been made. In that case, the trial continues under the ordinary trial procedure provided under the legal framework.

Finally, worth noting is section 29(A) (4) which finds its counterpart in art. 65(4) of the ICC Statute. This provision dictates that where the Judge or Panel is of the opinion that a more complete presentation of the facts of the case is required in the interests of justice, and after considering the interests of the victims, it may request the Prosecution to present additional evidence, including the testimony of witnesses or order the trial to be continued under the ordinary trial procedure. In this event, the Judge or Panel shall consider the admission of guilt as not having been made by virtue of Section 29(A) (4) (b), which is similar to the previously mentioned Section 29(A) (3).

the criminal responsibility to the accused, the procedure under rule 38 read together with art. 129 of the Iraqi Criminal Procedure Code may entail the full exoneration of the accused (through pardon or immunity) in exchange of his or her account against others involved in the commission of the crime². Given the above, this procedure is not dealt with in this chapter.

Plea agreements have been, and continue to be, the subject of debate. On the one hand, they have been criticized for preventing a fully-fledged trial from taking place where the victims can describe the events that occurred. In addition, they have been viewed as not to reflect the truth in its entirety. On the other hand, those who support this type of proceedings affirm that they are an efficient way of establishing what happened without the victims having to relive past suffering. Likewise, resources saved can be invested in other proceed-

² The Iraqi High Tribunal was established to try Iraqi nationals or Iraqi residents accused of genocide, crimes against humanity, war crimes, or other serious crimes committed between 17 July 1968 and 1 May 2003. However, it was primarily intended to prosecute Saddam Hussein and members of the Ba'ath party. The Tribunal operated from 2005 until 2006. For more information see <https://hybridjustice.com/iraqi-high-tribunal/>. As regards plea agreements, these are enunciated in rule 38 of the RPE entitled 'plea agreement'. The perusal of this legal text, however, implies that, although this procedure is referred to as 'plea agreement', it is rather different from plea agreements or negotiated guilty pleas in the true sense of the word. Rule 38 of the RPE envisages that the accused may be granted pardon/immunity upon pleading guilty in circumstances stipulated in art. 129 of the Iraqi Criminal Procedure Code (Law 23/1971). The latter text prescribes that the Investigative Judge may offer immunity to an accused in order to obtain his or her statements against others involved in the commission of the crime, on condition that the accused gives a full and true account. If the accused accepts the offer, he or she shall give a statement and shall remain an accused person until a decision on the case is issued. Art. 129 of the Iraqi Criminal Procedure Code further enunciates that if the accused does not provide a full and true statement, he or she shall no longer be entitled to immunity before the Court. The statements made by the accused shall be used as evidence against him or her. Conversely, if the Court finds that the statement by an accused who has been offered immunity is full and true, the proceedings against him or her will be permanently suspended and the accused will be released.

ings, which, in the end, allows for a more complete presentation of the facts. For this reason, section 2 addresses in detail the benefits and criticisms resulting from the practical application of this procedure in international and hybrid criminal tribunals, and analyzes to what extent these benefits and criticisms would also be applicable before courts with material jurisdiction over corruption associated with TOC.

Next, in section 3, the authors present a brief study of the International Military Tribunal of Nuremberg (IMT) before addressing the legal frameworks and jurisprudence of the ICTY, the ICTR and the ICC. Thereafter, section 4, addresses the hybrid courts which are the object of study in this collective work, in which plea agreements, or at least guilty pleas, are expressly admitted (the SCSL, the STL and the KSC). As already noted, due to lacking legal regime this chapter does not discuss the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC) nor the initiatives (none of which have yet entered into force) for the establishment of regional criminal courts, such as the ICL Specialized Section of the African Court of Justice and Human Rights and the Latin American and Caribbean Criminal Court against Transnational Organized Crime.

Finally, section 5 suggests a final comparative analysis devising an action strategy, based on the KSC model (according to which plea agreements entail a fully-fledged procedure, separate and distinct from proceedings on admissions of guilt), so that the proceedings before international criminal and hybrid courts can eventually contribute to building a more effective response to corruption associated with TOC.

2. DOCTRINAL DEBATE ON PLEA AGREEMENTS

The use in ICL of plea agreements (and ‘negotiated guilty pleas’ understood as guilty pleas combined with prosecutorial concessions) have garnered the attention of the international community and prompted divergent views as to its desirability and utility. This way of disposition of cases as an alternative to a fully-fledged trial continues

to represent a bone of contention in academia. In particular, negotiations on the charges ignite a heated discussion.

The scholarly debate on plea agreements and negotiated guilty pleas brings to the fore several clusters of issues. The most ostensible divide between opponents and supporters of this procedure relates to the following issues: (a) historical truth and reconciliation; (b) the interests of justice and its underlying goals in proceedings dealing with the gravest crimes of concern to the international community; (c) the rights of the accused; and (d) the victims' interests. The first two issues and related arguments are intertwined and are therefore addressed together.

2.1. The debate on plea agreements from the perspective of historical truth, reconciliation and the interests of justice

2.1.1. Arguments against plea agreements

To start with, as duly noted in the legal literature, international crimes incarnate an extraordinary evil and thus belong to the most reprehensible forms of criminality. Accordingly, the opponents of plea agreements and negotiated guilty pleas contend that they should not be used in relation to international crimes (Petrig, 2008: 16; Kovarovic, 2011: 285). Along the same lines, some observers aver that this abbreviated procedure suffers from drawbacks with regard to the mandate of international courts and is thus purportedly antithetical to the goals of peace and justice (Kovarovic, 2011: 285).

Others challenge as weak the justification of administrative efficiency on which plea bargaining rests (Petrig, 2008: 28-30) and contend that by shortening the process, plea agreements may skip important steps that contribute to the truth-telling function of the criminal process. This is regarded as an essential disadvantage, since for many post-conflict countries establishing the truth about the crimes is an important part of reconciliation (Alkon & Dion, 2014: 29).

Further, some commentators claim that the larger context in which the accused's conduct has taken place —the 'chapeau ele-

ments' of the crimes charged— ascertained at a full trial can contribute to the establishment of the historical record. Hence, a distinction is suggested between two types of historical record —'negotiated' and 'imposed' historical truth (Petrig, 2008: 17). Moreover, an excessive recourse to plea agreements and negotiated guilty pleas is considered not only to distort the historical record and the establishment of the truth, but equally to conflict with the duty to prosecute and the principle of just desert (Petrig, 2008: 21, 30)³. In this respect, opponents regard both the practice of charge bargaining and of sentence bargaining problematic.

In the context of plea agreements affecting the charges, grave concerns are expressed in view of the possibility for the Prosecutor to withdraw or amend charges with less serious ones, to which the accused pleads guilty, followed by an amendment or a request for an amendment of the indictment, depending on the stage of the proceedings and the applicable procedural rules. Opponents contend that the ensuing 'negotiated truth' does not factually and legally reflect the totality of the conduct (Petrig, 2008: 21; Clark, 2008: 424). Particular emphasis is placed on the importance of the legal characterization of the charges, especially when the plea agreement reflects a less grave crime than the crime initially charged (for instance, crimes against humanity instead of genocide) (Petrig, 2008: 16). In other words, prosecution for a crime against humanity is considered not to have the same symbolic and moral significance as prosecution for genocide (Clark, 2008: 428).

As regards plea agreements resulting in sentence reductions, commentators argue that such practice renders the accused's acceptance of guilt and acknowledgement of responsibility not necessarily conducive to reconciliation. Along the same lines, opponents of plea agreements also argue that despite the accused's acknowledgement of the crimes through his admission of guilt, denial of said criminality remains prevalent throughout the community of the accused (Clark, 2008: 425).

³ See also, Combs, 2021: 817-818 discussing and countering different criticisms in this respect.

Specifically, as regards plea agreements in corruption cases in Latin America, some observe that plea deals ‘constantly come under fire by those who believe that the government is in cahoots with the corrupt officials’ (Quilichini, 2022: 2). They further note that, despite pleading guilty, ‘high profile criminals’ do not serve a day in prison, despite having embezzled approximately USD 2 million, whereas ordinary perpetrators spend a long time in prison ‘for run of the mill crimes, including drug possession.’ (Quilichini, 2022: 2)

Also, the contention is advanced that granting generous plea deals to the heads of criminal organizations promotes impunity. Such persons know that they can get away with little punishment if they provide information which would help the Prosecution with investigating and prosecuting further cases (Quilichini, 2022: 2). Hence, it is suggested that, especially in regions where impunity apparently abounds, Prosecutors should exercise great caution when negotiating with the leaders of the criminal gangs or organizations, in particular in political corruption cases, lest they create the impression that immunity can be negotiated through plea agreements (Quilichini, 2022: 3).

2.1.2. Arguments in favor of plea agreements

Supporters of plea agreements at the international level challenge the feasibility of the full historical truth axiom in the context of international criminal proceedings. Some thus question whether a criminal prosecution and trial are and should be the apposite mechanism for establishing the truth and creating a thorough accurate historical record (Nicol, 2016: 43).

Accordingly, as duly noted, the creation of a reliable historical record is a valuable by-product rather than a primary objective of proceedings taking place at the international level⁴. Indeed, historians rather than criminal justice authorities are generally those respon-

⁴ Although this observation is advanced specifically in the context of proceedings at the ad hoc tribunals, it holds equally true with respect to international proceedings in general.

sible for studying and collating events in the past (Nicol, 2016: 43). Courts do not deal with historical facts but with legal concepts and standards of proof, which do not go as far as to require the establishment of the whole or absolute truth (Nicol, 2016: 45).

Further, some observers acknowledge the inevitable constraints characteristic of proceedings at the *ad hoc* tribunals ensuing from their mandate and jurisdiction confined to certain periods of time and geographical locations. Hence, it is contended that a full picture of the conflict and, accordingly, the whole truth are not realistically achievable in this particular setting (Nicol, 2016: 43). Others point to the realities of international prosecutions, including resource constraints, and note the prosecutorial discretion on the charges to be brought which logically entails selectivity in accused as well as in crimes (Combs, 2021: 824). Logically, this not only means the prosecution of a small proportion of international offenders, but also that those offenders will be prosecuted for only a subset of their criminal conduct (Combs, 2021: 821, 824).

Consequently, given the realities and challenges of international criminal justice, convictions—whether as a result of plea negotiations involving amendment or withdrawal of charges (*i.e.* charge bargaining) or as a result of the ordinary trial procedure—reflect only a subset of the respective criminal conduct (Combs, 2021) and thus, by implication, do not establish a full and accurate historical record. Clearly, in deciding which charges to bring, prosecutors invariably must consider a host of practical challenges featuring in international criminal proceedings, such as security of the crime sites, the availability of evidence, the level of state cooperation and the quantity of available resources (Combs, 2021: 855). The greater the evidentiary challenges, regional insecurity, resource constraints and lack of state assistance, the more likely for prosecutions to focus on a narrow range of criminal charges (Combs, 2021: 855).

Another valid consideration of proponents of plea agreements is that even if this abbreviated procedure lacks the details of a full trial record, its efficiency results in a greater number of completed cases in due course and thus more additions to the historical record. Put differently, plea agreements can make up in breadth what they may

lack in depth (Tieger & Shin, 2005: 671) and they do so in a timely manner.

The more cases resolved by way of abbreviated procedures, including plea agreements and guilty pleas, the more resources will be freed up to prosecute more cases. The ability to prosecute and deal with a higher number of cases may in fact be a welcome contribution to the uncovering of the truth (Nicol, 2016: 45). The more time and resources available to the Prosecutor as a consequence of abbreviated procedures the greater the chances for a more significant number of perpetrators being investigated and prosecuted (Nicol, 2016: 47, 53-54).

Consequently, plea agreements are time- and cost-effective, allowing the Prosecution and the courts to invest the resources and time saved in dealing with more cases. This advantage has been reflected in the Judgment of the ICC's Trial Chamber in the al-Mahdi case, acknowledging that 'the speed at which cases can be resolved following admissions of guilt saves the Court both time and resources, which can be otherwise spent advancing the course of international justice on other fronts' (ICC, al-Mahdi, 2016: para. 28). The more proceedings conducted and the more completed cases, taken together, could contribute to establishing a longer and a more detailed narrative about relevant events and thus to elucidating the truth. Nevertheless, both the ICC and the *ad hoc* tribunals have acknowledged that this objective should not be the main reason for plea agreements to be concluded (ICC OTP Guidelines 2020: para. 27; Nikolic SJ, 2 December 2003: para. 67).

Also, when the Prosecutor decides to withdraw or amend some charges as part of a plea agreement this does not necessarily mean acceptance that a given crime, for instance genocide, did not take place (Nicol, 2016: 46). Nevertheless, it is much more plausible that the Prosecutor would drop particular charges in exchange of a guilty plea upon determining that the evidence in support of those charges may not be strong enough to proceed to a full trial (Nicol, 2016: 46).

Therefore, if more cases are completed by way of abbreviated procedures, the time and resources needed for the preparation and presentation of the Prosecution's case at trial would be dedicated instead

to gathering further evidence in support of charges similar to those which the Prosecutor felt compelled to drop in previous cases due to insufficient and/or weak evidence.

As regards plea agreements resulting in sentence reductions, the same commentators who oppose their desirability nevertheless concede that ‘no prison sentence will ever be sufficient punishment for the taking of another human life.’ (Clark, 2008: 430). Consequently, in some instances and to some victims, whatever the sentence — whether reduced or not— it will never be satisfactory.

A further advantage of plea agreements, including for the historical record, depicted in the legal literature, is the possibility to unveil the indispensable perspective of the perpetrator, which may shed light on essential questions haunting both victims and historians alike (Tieger & Shin, 2005: 671). This, as commentators note, may contribute to preventing further atrocities in the future (Nicol, 2016: 53).

Similarly, the long-term impact on affected societies of admissions of guilt on the part of perpetrators of heinous crimes should not be underestimated (Tieger & Shin, 2005: 672). Another positive feature of plea agreements and guilty pleas is their ‘ripple-effect’ contributing to the process of gradual acknowledgement. In other words, the guilty plea of one accused may trigger admissions of guilt also by others (Tieger and Shin, 2005: 673).

Finally, an equally valid point which tilts the scales of the discussion in favour of plea agreements rests on the timely resolution of the criminal case. In light of the maxim ‘Justice delayed is justice denied’ the expeditiousness of criminal proceedings is in the interests of all parties and participants, including victims and the accused, as well as in the interests of justice in general.

Given all the above, the categorical rejection of plea agreements due, in part, to negotiated sentences appears as an overreaction (Combs, 2021: 848).

2.2. *The debate on plea agreements from the perspective of the rights of the accused*

2.2.1. General arguments against plea agreements

The gist of the arguments against plea agreements and negotiated guilty pleas through the lens of the accused's rights evolves around purported violations of such rights and the encouragement of coerced or false admissions of guilt (Alkon & Dion, 2014: 15).

First, it has been argued that plea agreements are not fitted for international crimes and related modes of liability since their legal requirements are relatively vague. It would thus be inappropriate to ask an accused to plea to some facts when it is even unclear whether those facts are necessary to establish the elements of the crimes and /or modes of liability (Guariglia & Hochmayr: 1934)⁵. However, this argument has become weaker in the last years in light of the *ad hoc* tribunals' and the ICC's fairly consistent jurisprudence regarding the elements of the crimes and modes of liability. Relevantly, during the drafting of the Rome Statute some drafters opposed the possibility for such abbreviated proceedings regarding it unfit for the gravest crimes that the ICC would be called upon to investigate and prosecute (Schabas, 2016: 996)⁶.

Second, a recurring contention voiced against this abbreviated procedure is the purported risk of coercion facing an accused, which may extend as far as to convicting the innocent. Commentators aver that plea bargaining may be a coercive tool used by Prosecutors with one goal in mind: a quick conviction, which renders innocence an irrelevant concept (Quilichini, 2022: 2). It is thus submitted that innocent accused may be discouraged from exercising their right to have their case heard in the ordinary trial procedure. It is submitted that the risk of coercion ensues from the possibility to plead guilty to less serious charges. The same risk is also considered to ensue from the disparity between the sentence imposed at trial and the 'negotiated' sentence (Turner, 2006: 205; Alkon and Dion, 2014: 11; Quilichini,

⁵ See also: Guariglia & Hochmayr, 2022: 1934, nm. 6.

⁶ See also: Schabas, 2016: 996.

2022: 2). Arguably, this represents one of the coercive, but legitimate features of the criminal justice system that cause innocent accused to plead guilty (Turner, 2006: 204; Petrig, 2008: 22). In other words, incentives to plead guilty may constrain the choice of the accused and therefore violate their fair trial rights (Helm, 2019: 426). Such, for instance, would be the case whereby an accused, by pleading guilty, would have the opportunity for immediate release from custody, whereas going to trial would involve remand in custody or the time and cost involved in going to trial would outweigh the time and cost involved in entering a guilty plea (Helm, 2019: 427).

Hence, plea agreements and negotiated guilty pleas are considered to entail the risk of unfair and inaccurate outcomes (Turner, 2006: 207).

Such concerns are not devoid of substance, especially in light of some jurisdictions, for instance, in the United States, which explicitly allow accused persons to enter into a plea agreement while maintaining their innocence pursuant to '[o]ne of the 'biggest fictions' in the plea bargaining process', the so called 'Alford plea' (Starkweather, 1992: 866)⁷. Opponents of this practice reasonably observe that '[t]he imposition of punishment when the defendant maintains innocence indicates to the defendant that he or she is merely a means to an end: more convictions. An Alford plea thus signifies to defendants, victims, and society that 'guilt' may be ignored when it is expedient to do so.' (Starkweather, 1992: 866)⁸.

Also, again in the context of the United States some commentators point to the increasing provision of punitive tools to prosecutors to pressure accused to enter into plea agreements which are detrimental to them, such as pretrial detention to separate accused persons from family, jobs, and community, mandatory minimums and sentence enhancements, lax discovery rules that allow prosecutors to hide favorable evidence during negotiations, lack of transparency, as well as Supreme Court precedent that allows judges to simply rub-

⁷ Starkweather, 1992: 866, citing Fine, 1987: 621. *See also* Helm, 2019: 425. On the Alford plea in general, *see* https://en.wikipedia.org/wiki/Alford_plea.

⁸ Starkweather, 1992: 866, citing Fine, 1987: 620.

ber stamp the plea agreements. According to this practice, a ‘typical plea acceptance hearing’ represents a hearing where ‘the judge asks the defendant whether they felt coerced, which is [...] like asking the hostage if the kidnapper played fair while the hostage still has a gun to their head.’ (Trivedi, 2020). Consequently, this raises concerns about the accused’s fate being determined ‘primarily by power dynamics and leverage, not facts and law.’ (Trivedi, 2020).

2.2.2. General arguments in favor of plea agreements

In response to the above challenges, proponents of the desirability and utility of plea agreements and negotiated guilty pleas in international criminal proceedings provide a number of well-founded counterarguments. As noted, whether a genuinely innocent accused would readily and lightly plead guilty to charges constituting the gravest crimes of concern to the international community is highly questionable, to say the least. The likelihood of such a course of action is rather slim, given the seriousness of the crimes, with the commission of which accused before international(ised) criminal justice fora are charged (Nicol, 2016: 40-41). By implication, this also entails that the stakes and sentences provided for the most reprehensible forms of criminality are higher than at the domestic level⁹. Commentators note that those being tried for the gravest crimes of concern to the international community involving mass fatalities should expect to receive a lengthy prison sentence whether their actions have resulted in the death of a hundred or a hundred thousand persons (Nicol, 2016: 42).

Hence, given the likelihood that the accused will still receive a lengthy prison sentence following a guilty plea or plea agreement proceedings, they would rather opt for a full trial due to the prospects of an acquittal. Indubitably, the evidence against the accused would form a significant part of the considerations in deciding whether to engage in plea negotiations or not (Nicol, 2016: 42).

⁹ See to the same effect, Nicol, 2016: 42.

Another valid observation is that accused persons in international criminal proceedings may wish to engage in plea negotiations to ensure that the full truth of their conduct does not come known through the evidence at trial with the consequence of a more severe punishment (Nicol, 2016: 42).

The merits of the arguments in favor of plea agreements at the international level are readily apparent. Besides the above considerations, another aspect which should not be underestimated in contemplating the implausibility of an innocent accused pleading guilty is the social stigma that a finding of guilt for some of the most heinous crimes entails both for the person and his or her family.

Furthermore, a finding of guilt, whether following the ordinary trial procedure or upon a plea agreement or a guilty plea, gives rise to the possibility for reparation proceedings. Such proceedings, if successful, would lead to the issuance of orders for reparations against the convicted person. Reparation proceedings may either take place before the respective international criminal justice body (i.e., the ICC pursuant to art. 75 of the Rome Statute and the KSC pursuant to rule 168 of the Rules) or at the domestic level upon conclusion of the international proceedings (such as the STL pursuant to art. 25 of the Statute and the KSC pursuant to rule 167 of the Rules). Within the latter scenario, for purposes of claims for compensation the finding of guilt made at the international level has a *res judicata* effect, i.e., it is final and binding, on the domestic courts as to the criminal responsibility of the convicted person for the harm suffered. Moreover, in the context of proceedings at the KSC, reparations constitute a mandatory element of the plea agreement presented to the Trial Panel¹⁰.

Consequently, given the likelihood that a finding of guilt ensuing from guilty plea or plea agreement proceedings (besides a lengthy prison sentence and the social stigma) could trigger reparation proceedings and, eventually, reparation orders against the convicted person, the risk of genuinely innocent persons pleading guilty before international criminal justice fora appears highly hypothetical.

¹⁰ Rule 94(2)(c).

Still, if for the sake of the argument the Defense of an innocent accused would enter into a plea agreement with the Prosecution in exchange of him or her pleading guilty, the likelihood of its approval by the respective judicial authority is even more unrealistic. Suppositions of such a risk are taken out of context as they fail to reflect the numerous guarantees of the accused's rights in proceedings at the international level, including the safeguards put in place to prevent a false guilty plea from succeeding.

In this respect, it is worth noting that opponents of plea agreements nevertheless acknowledge that 'if negotiated fairly, plea deals can be beneficial to all sides and promote justice and public safety', suggesting that this may be achieved through the introduction of clear guidelines allowing accused persons to have 'a fair fight' and to negotiate 'on a level playing field.'¹¹

Consequently, plea agreements reached with full respect of the accused's rights grant greater certainty to the accused and the Prosecutor's Office regarding the other party's standpoint in relation to the facts, their legal qualification and the recommended sentence. Likewise, plea agreements guarantee transparency, allowing the agreement between the parties on the facts, the law and the sentence to reach the TC and in appropriate cases, the public.

As regards guilty pleas at the international level, international criminal proceedings comprise different procedural stages. At each subsequent stage, the respective judicial authority (a Pre-Trial Judge, a Pre-Trial Chamber or a Pre-Trial Panel, depending on the jurisdiction) must be satisfied to the standard of proof applicable at that stage¹² that there are grounds to believe that the person committed the crimes charged. Consequently—irrespective of the specificities of the proceedings before criminal jurisdictions at the international level—the legal frameworks of each contain procedural filters put in place to prevent baseless accusations and, accordingly, manifestly innocent persons from reaching the next phase of the proceedings.

¹¹ See Trivedi, 2020.

¹² In other words, reasonable basis to proceed, reasonable grounds to believe, substantial grounds to believe, beyond reasonable doubt.

Furthermore, opponents of negotiated guilty pleas and plea agreement procedures, especially in the context of proceedings at the ICC and the KSC, should also be reminded of the duty of objectivity vested upon the Prosecution. At the ICC, art. 54(1)(a) of the Rome Statute, along with the duty to establish the truth, requires the Prosecutor to investigate incriminating and exonerating circumstances equally. Similarly, by virtue of art. 67(2) the Prosecutor is required to disclose to the Defense, as soon as practicable, exonerating evidence in his or her possession or control.

To the same effect is the duty entrusted upon the Specialist Prosecutor at the KSC by virtue of rule 62. Besides contributing to the establishment of the truth, the Specialist Prosecutor is required, among other things, to take measures for the protection and due respect for the fundamental rights of suspects and accused. Consequently, entering into plea negotiations with innocent accused would not only be antithetical to, but would be at stark variance with the prosecutorial duty of objectivity, as provided for by the legal framework.

In addition to the above safeguards of general applicability, plea agreement proceedings similarly contain safeguards aimed at forestalling false admissions of guilt and eventually unfair outcomes. These safeguards are canvassed in detail further below in the context of the specific criminal justice body at the international level.

2.3. The debate on plea agreements from the perspective of victims' interests

2.3.1. Arguments against plea agreements

Opponents of plea agreements and guilty plea proceedings, in general, contend that victims 'clearly have an interest in seeing a true offender convicted, and many victims may be prepared to face the ordeal of a court appearance rather than seeing the offender receive a significant sentence reduction in return for a guilty plea' (Clark, 2008: 430).

Hence, given that there are victims who wish to have their day in court in order to present their account of the events to the TC and

to the public, the summary nature of plea agreement proceedings would most probably deprive them from this opportunity.

Likewise, the possibility for amending the charges to less serious or for reducing their number may be considered to inimically affect the interests of victims¹³. For instance, in the context of domestic proceedings one commentator discusses the instance of a rape victim who was left disillusioned and let down by the criminal justice system after the perpetrator, having at that time pending charges of burglary, pled guilty to one count of burglary in exchange of the rape charge being dropped altogether (Starkweather, 1992: 853).

Victims do not take part in the negotiations on the terms of the plea agreement. Accordingly, they may feel that their version of the facts under consideration, that is, their personal ‘story’, is not properly reflected—factually or legally—in the charges, agreed upon by the parties.

Commentators also question the sincerity of negotiated guilty pleas and, accordingly, admissions of guilt in plea agreements. In particular, the issue is raised whether expressions of regret and remorse are genuine or simply calculated attempts to gain a reduced sentence (Clark, 2008: 431).

2.3.2. Arguments in favor of plea agreements

Supporters of plea agreements at the international level contend that due to the length of criminal proceedings related to the gravest crimes of concern to the international community some perpetrators pass away before the communities who they have wronged have witnessed any justice (Nicol, 2016: 42). Hence, as noted in the legal literature, views discarding outright the possibility for alternatives to the full trial in the context of criminal proceedings at the international level are short-sighted. Indeed, such views fall short of recognizing that—in the context of the bigger picture—it is unjustified to subject victims to lengthy proceedings just because that feels morally correct for the sake of the perpetrator receiving, for

¹³ See in this vein, Starkweather, 1992: 863.

example an eighteen years' sentence following a full trial instead of a sixteen year's sentence following an abbreviated guilty plea procedure (Nicol, 2016: 42).

It holds equally true that, realistically, due to the scale of the mass atrocities being prosecuted at the international level, it will not be possible to satisfy every single victim who has suffered as a result of crimes that fall under the jurisdiction of international criminal justice bodies. Full satisfaction with the outcome for communities who have suffered so significantly is a very high and unrealistic burden to meet (Nicol, 2016: 54).

Furthermore, opponents of plea agreements seem to neglect the fact that victims are far from representing a unified entity. Their interests are often variegated and cannot be expected to be necessarily concurring. While some victims would wish to appear and have their day in court, others would shy away from the proceedings being reluctant to relive the events that harmed them over and over again and, accordingly, from suffering a secondary victimization. Others would be in a dire need of receiving timely treatment of the harm suffered, such as surgery, medications, which logically entails an interest in receiving compensation as soon as possible. Indubitably, the interest in receiving a timely compensation would be inimically affected by lengthy trials and possibly appeals proceedings.

As regards victims who wish to appear and have their day in court, commentators note that often they are left disillusioned, as the account they provide is subject to strict procedural rules of admissibility and relevance. Thus, information that a victim-witness considers to be relevant, the Chamber may find to fall outside the subject-matter of the case which would entail its inadmissibility¹⁴.

Commentators also note the risk of victims facing brutal cross-examination, a fact which may cause significant anxiety. Furthermore, there is the possibility for fear of reprisals from those whom they give evidence against (Nicol, 2016: 50).

¹⁴ See in the same vein, Tieger and Shin, 2005: 674-675.

Also, if victims do not appear to testify, this would spare them from reliving their traumatic experience. Consequently, as noted by the ICC's TC in the al-Mahdi case, an admission of guilt contributes to the rapid resolution of the case, which entails saving judicial time and resources and 'relieving witnesses and victims of what can be a stressful burden of giving evidence in Court.' (ICC, al-Mahdi, 2016: paras. 28, 100). Furthermore, the Trial Chamber acknowledged that guilty pleas may contribute to peace and reconciliation in the region and that the moral suffering of victims would be alleviated through the acknowledgement of the significance of the destruction. Similarly, the admission of guilt may have a deterrent effect on others tempted to commit similar acts in Mali or elsewhere (ICC, al-Mahdi, 2016: para. 100).

At the same time, it is beyond a shadow of a doubt that victims should be able to exercise the right to voice their views and concerns when their personal interests are affected, as explicitly enunciated at the ICC, the KSC and the STL. Plea agreement proceedings should not be regarded as necessarily curtailing or impacting the exercise of this right in a negative way.

Needless to say, criminal proceedings, including those taking place at the international level, require a delicate and steady balancing of the different interests at stake¹⁵. Consequently, while victims should have the opportunity to present their views and concerns, this should not be done at the expenses of the rights of the accused and the interests of justice, in particular, the efficiency of the proceedings and the timely disposition of the case. This could be achieved through the participation and the presentation of their views and concerns through a legal representative.

Another advantage for victims of the completion of the case by way of a plea agreement is the guaranteed conviction. Consequently, as commentators duly note, opponents of this abbreviated procedure fail to consider that plea agreements result in a conviction, which in itself means a lot to victims (Nicol, 2016: 53-54). Victims want an acknowledgement that someone is responsible for what happened to

¹⁵ See to the same effect, Nicol, 2016: 45.

them and/or their loved ones (Tieger & Shin, 2005: 672). Plea agreements are undoubtedly an efficient mechanism towards providing such an acknowledgement.

3. PLEA AGREEMENTS IN THE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNALS

3.1. Antecedents: The International Military Tribunal

In the immediate aftermath of the second world war, the four occupying powers, the United States, Great Britain, the Soviet Union and France, composed the International Military Tribunal (IMT). The tribunal was tasked with the prosecution of the most egregious crimes committed by the Nazi regime. While the Allies decided that the majority of the Nazi perpetrators were to be handed over to and tried in those countries where they had committed the crimes, those perceived as the major criminals were to be brought before this specially instituted tribunal. For the first time in history, politicians and military leaders were sought to be held personally liable for crimes committed in the name of a national state (c.f. Cohen, 2006). Instead of opting to execute those most responsible, the victorious powers chose to prosecute them – therewith laying the foundation for the development of ICL. Out of the 24 individuals indicted, who represented the different sectors of the Nazi regime, 21 stood trial for crimes against peace, war crimes, crimes against humanity and conspiracy to commit any of the foregoing crimes from Noviembre 20th, 1945 to October 1st, 1946¹⁶.

Though the establishment of the guilt or innocence of the individual perpetrators was an integral factor of the trial, the IMT proceedings sought predominantly to set a historical precedent and to further develop the rule of law in the international community. The trial was intended to expose the scope of the aggression and the crimes committed by German leaders and to contribute to the

¹⁶ See Indictment presented to IMT.

discredit of the Nazi regime¹⁷. It is therefore not surprising that the question of the individual sense of guilt did not play a dominant role in the IMT statutory framework and proceedings. As a result, they did not provide for the option of plea agreements between Prosecution and Defense. As it was noted, '[i]t has never been the policy of the Prosecution before any of the Nuremberg [sic] Tribunals to agree to dismiss charges appearing to the Prosecution to be well founded in return for a plea of guilty in response to other charges.' (IMT, 1947: 265)¹⁸.

The IMT Charter only provided for the option to enter guilty pleas. Its art. 24(b) stipulated that, at the outset of the trial, after the reading of the indictment, the tribunal was to ask each of the accused whether they pleaded 'guilty' or 'not guilty'¹⁹. No further indication is contained in the legal framework, providing what, if any, consequence a plea of 'guilty' would have had for the trial of the Nazi perpetrators. At the outset of the trial, all defendants pleaded 'not guilty' to the indictment²⁰.

The IMT proceedings suggest that, in the eyes of the Prosecution and the judges, the question of guilt was not so much dependent on individual feelings of remorse, but rather a question that had to be decided by the judges. This becomes apparent in the questioning of defendant Hans Frank, who, in his examination by his defense counsel, was asked by the latter whether he felt guilty for committing the crimes he was charged with. This line of questioning was quickly interrupted by the IMT president because, in his view, this was an issue for the tribunal to decide²¹. After Frank's counsel reformulated his question, Frank got an opportunity to express that he was 'possessed

¹⁷ c.f.: Justice Jackson Report 1945. The London Agreement establishing the IMT is titled 'Agreement by [...] for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis'.

¹⁸ Answer of the Prosecution to the Motion of the Defendant Bohle, 27 May 1948 in: IMT, 1947: 265.

¹⁹ Article 24(b) of the Charter.

²⁰ Nuremberg Trial Proceedings Vol. 1 and Nuremberg Trial Proceedings Vol. 2. c.f.: Video footage showing 12 of the defendants pleading 'not guilty'.

²¹ Nuremberg Trial Proceedings Vol. 12.

by a deep sense of guilt'²². Besides expressing his remorse, Frank also admitted his guilt when he affirmed his participation in the annihilation of the Jews²³. He did not, however, change his initial plea of 'not guilty'.

In their judgment, the judges picked up Frank's expression of remorse. They put it in contrast, however, with Frank's defense, which, like the defense of his co-defendants, was largely devoted to try to prove his innocence (IMT 1946: 497ff). This contrast seemed to discredit Frank's remorseful expressions in the eyes of the judges. As a result, without further reference to his testimony, the judges concluded that Frank had willingly and knowingly participated in the commission of war crimes and crimes against humanity and sentenced him to death by hanging.

Frank's co-defendants continued to insist on their innocence over the course of the trial. None of them expressed a sense of remorse regarding the abhorrent crimes they were charged with. And it is unlikely that the outcome of the trial would have been different had they done so. The major aim of the IMT was to confirm the abhorrence of the crimes committed by the Nazi regime, to prosecute and punish those perceived as main responsible and to create some form of symbolic justice.

Moreover, IMT judges and prosecutors were well aware that, according to public opinion in allied countries, the defendants ought to be punished. Moreover, every citizen in Germany and beyond was to learn that the crimes committed by the Nazi regime would not go unpunished. Given the many accomplices, beneficiaries, supporters, and opportunists who willingly cooperated with the Nazi regime, a large media strategy was launched by the IMT to achieve this purpose. It is not surprising that not much room was given to the defendants' personal sense of their guilt or innocence, as attaching weight to it might have been perceived as an obstacle to the trial's aim to further contribute to the denazification and re-education of Germany and to set a deterrent example for the future.

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

3.2. *International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda: legal framework and application*

Pursuant to the original version of rule 62(iii) of the RPE of the ICTY, the TC was required to ask the accused to plead guilty or not guilty²⁴. However, a guilty plea did not eliminate the need for trial²⁵.

Despite such objections, in a subsequent amendment of 30 January 1995, the ICTY judges adopted a more common law approach according to which in the case of a guilty plea by the defendant, there would be no trial on the charges to which the defendant pleaded guilty, and the TC would simply set a date for a pre-sentence hearing²⁶.

In a subsequent amendment of pleas of guilt or *guilty pleas*, the judges did not regulate possible extrajudicial *negotiations or discussions* between the prosecution and the defendant (*plea bargaining*) that could give rise to plea agreements. In fact, in the ICTY's first annual report, it was stated that 'the practice of *plea bargaining* has no place in the rules.'²⁷ Judge Cassese confirmed this in his separate and

²⁴ The first relevant version of the Rule 62 was approved on March 14, 1994. ('Upon his transfer to the seat of the Tribunal, the accused shall be brought before a Trial Chamber without delay, and shall be formally charged. The Trial Chamber shall: [...] (iii) call upon the accused to enter a plea of guilty or not guilty; should the accused fail to do so, enter a plea of not guilty on his behalf; [...]'). Rule 62 was modified on January 30, 1995. Rule 62bis (Guilty Pleas) was adopted on November 12, 1997 and Rule 62ter was adopted on December 28, 2001. (Plea Agreement Procedure).

²⁵ Tochilovsky V., Jurisprudence of the International Criminal Courts and the European Court of Human Rights, Chapter X. Plea Agreements, p. 263, citing the separate and dissenting Opinion of Judge Cassese in Erdemovic AJ, October 7, 1997, para. 7. <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-adojcas971007e.pdf>

²⁶ Rule 62 (v), modification January 30, 1995 (in the event of a guilty plea, [the Chamber] will instruct the Clerk to set a date for a pre-sentence hearing).

²⁷ Tochilovsky V., Jurisprudence of the International Criminal Courts and the European Court of Human Rights, Chapter X. Plea Agreements, p. 263, citing the 'Annual Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian

dissenting Opinion in the Erdemović case, stating that '[t]he Statute and the Rules deliberately do not provide for plea bargaining.'²⁸ It should be recalled that in this case the ICTY Appeals Chamber declared the first guilty plea in the ICTY null and void because the defendant had not been sufficiently informed about the nature of the charges and the consequences of such a plea²⁹.

After said decision, the RPE on this issue were once again modified and in November 1997 the judges regulated in greater detail the guilty plea procedure in rule 62bis (*guilty pleas*) which has great similarity to art. 65 of the ICC Statute. This rule requires that the TC determine that the plea of guilt has been made voluntarily, that it is not equivocal, and if 'there is sufficient factual basis for the crime and the defendant's participation in it, either due to the existence of independent evidence or due to the absence of a material disagreement between the parties on the facts of the case.' Likewise, regarding the voluntary nature of the plea, the jurisprudence has required that the defendant must have sufficient mental capacity to understand the consequences of the plea of guilt and this must not have resulted from any undue pressure³⁰. The expectation of a lesser sentence does not constitute an undue (Ambos, 2014: 439).

Later in December 2001, rule 62ter (*plea agreement procedure*) was introduced which allows plea agreements between the prosecution and defendant and prior discussions/negotiations. Pursuant to sub-rule (a), the parties may agree that the Prosecution request the TC to amend the indictment in accordance with the plea agreement, recommend a specific sentence or sentence range, or to not object

Law Committed in the territory of the Former Yugoslavia since 1991', UN Doc. A/49/342, August 29, 1994, para. 74.

²⁸ Točilovsky V., Jurisprudence of the International Criminal Courts and the European Court of Human Rights, Chapter X. Plea Agreements, p. 263, citing the separate and dissenting Opinion of Judge Cassese in Erdemovic AJ, October 7, 1997, para. 10.

²⁹ Guariglia y Hochmayr, p. 1936, nm. 10; Erdemović AJ, Separate Joint Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, October 7, 1997, paras. 14-31, 91.

³⁰ Erdemović AJ, Separate Joint Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, October 7, 1997, para. 10; Kambanda AJ, 19 October 2000, para. 61.

to a defendant's request for a specific sentence or sentencing range. While the Prosecution is bound by the terms of the plea agreement, sub-rule (b) explicitly provides that a plea agreement has no binding effect upon the TC. In addition, since the TC does not participate in the negotiations between the parties, if they fail, its content remains confidential and no reference can be made to it at trial. Pursuant to sub-rule (c), a plea agreement must be disclosed at the public hearing of the oral trial in which the defendant pleads guilty. Only exceptionally may the TC allow, at the request of the parties, that the agreement be presented behind closed doors without the presence of the public³¹.

Thus, rule 62^{ter} of the RPP 'legitimized' in the ICTY the practice of this process which had occurred in any case prior to the guilty pleas of the defendants. It should be noted that rule 62^{ter} of RPE largely reproduces sub-rule 11(e) of the US Federal Rules of Criminal Procedure.

The ICTR followed a similar evolution and its RPE progressively regulated guilty pleas and agreements. However, differently than in the ICTY, the original version of rule 62 "initial appearance of the accused" of June 1995 already established that in the case of a guilty plea, it would go directly to the hearing to impose sentence and, consequently, the trial would be avoided³². Subsequently, in June of 1998³³ and in May of 2003³⁴ the ICTR judges modified rule 62 to regulate guilty pleas in greater detail and introduced rule 62^{bis} regu-

³¹ Rule 62^{ter}(C).

³² Rule 62^{de}, 29 June 1995: 'Upon his transfer to the Tribunal, the accused shall be brought before a Trial Chamber without delay, and shall be formally charged. The Trial Chamber shall: [...] (iii) call upon the accused to enter a plea of guilty or not guilty on each count; should the accused fail to do so, enter a plea of not guilty on his behalf; (iv) in case of a plea of not guilty, instruct the Registrar to set a date for trial; (v) in case of a plea of guilty, instruct the Registrar to set a date for the pre-sentencing hearing; (vi) instruct the Registrar to set such other dates as appropriate'.

³³ The reform of June 8, 1998 regulated in more detail the guilty plea in rule 62(v) emulating rule 62^{bis} of the ICTR.

³⁴ The reform of May 27, 2003 introduced rule 62^{bis} (plea agreement procedure) which emulated ICTY rule 62^{ter} with the same title.

lating plea bargains. The new ICTR rules 62 and 62*bis* mirrored ICTY rules 62*bis* and 62*ter*, respectively.

As a result of these amendments, the number of guilty pleas (and plea agreements) increased substantially in both courts. By July 2005, 18 people (of the 39 who had been tried) had been sentenced after pleading guilty, including prominent defendants such as Biljana Plavšić. The ICTR experienced the same evolution and guilty pleas increased from three prior to the May 2003 reform, seven after the reform. In total, since the first guilty plea before the ICTY in the Erdemović case in 1996³⁵, 29 other defendants in the ICTY and the TIPR have pleaded guilty³⁶. In all cases, except for two³⁷, these statements have been made in compliance with agreements previously signed with the prosecution.

³⁵ Erdemović, SJ, November 29, 1996, para. 3 (referring to Dražen Erdemović's guilty plea of May 31, 1996).

³⁶ ICTY: Jelisić TJ, December 14, 1999, para. 11; Todorović SJ, July 31, 2001, paras. 5, 7-17; Sikirika *et. al.* SJ, November 13, 2001, paras. 15, 26-31 (concerning Damir Došen), paras. 12-13, 32-37 (concerning Dragan Kolundzija), paras. 15, 18-25 (concerning Duško Sikirica); Simić SJ, October 17, 2002, paras. 9-16; Plavšić Plea Agreement, September 30, 2002; Nikolić Joint Motion for Consideration of Amended Plea Agreement between Momir Nikolić and the Office of the Prosecutor, 7 May 2003, Annex A; Obrenović Plea Agreement, 20 May 2003; Banović Plea Agreement, June 2, 2003; Deronjić Plea Agreement, September 29, 2003; Češić Plea Agreement, October 8, 2003; Nikolić SJ, December 18, 2003, para. 35; Babić Plea Agreement, January 22, 2004; Jokić SJ, March 18, 2004, paras. 5, 7-14; Bralo Plea Agreement, July 18, 2005; Mrda SJ, March 31, 2004, para. 4; Rajić Plea Agreement, October 25, 2005; Zelenović Joint Motion for Consideration of Plea Agreement between Dragan Zelenovic and the Office of the Prosecutor Pursuant to Rule 62 Ter, December 14, 2006, Annex A; ICTR: Kambanda TJ, September 4, 1998, paras. 3-7; Serushago SJ, February 5, 1999, paras. 4-9; Ruggiu TJ, April 11, 2000, paras. 7, 10; Rutaganira TJ, March 14, 2005, paras. 27-30; Bisengimana TJ, April 13, 2006, paras. 12, 19-25; Serugendo TJ, June 12, 2006, paras. 2-11; Nzabirinda SJ, February 23, 2007, paras. 7-14; Rugambarara SJ, November 16, 2007, paras. 4-9; GAA TJ, December 4, 2007, paras. 2-4; Bagaragaza SJ, November 17, 2009, paras. 8, 10-11, 14-16.

³⁷ Erdemović SJ, November 29, 1996, paras. 3, 10-20; Serushago SJ, February 5, 1999, paras. 4-9.

Regarding the content of plea agreements, the practice of these courts indicates that the agreements—in writing—generally include the following elements:

1. **The charges.** The agreement sets out the charges to which the defendant pleads guilty, which may be all or only some of those charged³⁸. In the latter situation, the trial may continue with respect to the charges not pled to, or the Prosecutor can decide to withdraw them, which is the most frequent outcome. In addition, the defendant can plead guilty with respect to a mode of liability or can leave it to the TC to decide between the different alternatives presented by the Prosecution under the charges.
2. **Elements of the crimes and factual basis.** The agreement also stipulates the facts that establish the elements of the crimes, the form of liability, and those facts that are necessary for a conviction. These are the facts that the Prosecution must establish beyond a reasonable doubt in order to convict the defendant. This section is the most extensive and is of great importance as it allows the victims and the general public to know the facts and thus contribute to the establishment of the truth. Due to its length, the parties may decide to include it as an annex.
3. **Penalty.** The Prosecution may choose to recommend a specific sentence to the TC or a sentencing range that is appropriate for the crimes to which the defendant is pleading guilty. In addition, the parties may agree to not appeal the sentence finally imposed by the TC.
4. **Waiver of Rights.** The agreement typically includes an itemized list whereby the defendant waives a number of rights under court statute, including, but not limited to: (a) the right to plead not guilty and to have the prosecution prove the charges beyond a reasonable doubt in a public trial; (b) the right to be tried in person without undue delay; (c) the right to prepare and present a defense at trial through an attorney; (d) the right to examine witnesses; (e) the right to not be forced

³⁸ ICTY Manual on the Developed Practices: p. 69, para. 74.

to testify and to remain silent; and (f) the right to appeal the sentence of the TC. The agreement usually, however, includes an exception regarding the ability to appeal in the event that the TC does not follow the recommendation of the parties.

5. Cooperation. The agreement may include a promise to cooperate in the investigation or prosecution of other defendants before the court. For example, the defendant may agree to provide a written statement to the prosecution in the context of another investigation or commit to testifying in another trial. The agreement can be specific (for example, indicating the process and the period of time within which the collaboration will take place) or more general (not specifying such details).
6. Voluntariness. The agreement must include a clause indicating the defendant's full understanding of its content, and that its acceptance is made in an informed, unequivocal and voluntary manner³⁹.
7. Legal Counsel's statement. The agreement usually includes a statement from the defendant's lawyer that he/she has informed the defendant of his rights and the terms of the agreement, and that he/she believes that the defendant is capable of understanding its content and has signed it.

This list of items is not exhaustive, and the parties may agree to include other clauses. The practice of the ICTY and the ICTR demonstrates that, in the vast majority of the 27 plea agreements executed throughout their more than two decades of operation, the defendants have accepted their guilt regarding a portion of the charges and the prosecution has withdrawn the rest. In addition, TCs have generally followed the recommendation of the parties with respect to the penalty. Likewise, most of the defendants have agreed to cooperate with the prosecution by giving statements or testifying in other processes (Guariglia & Hochmayr: 1937)⁴⁰.

³⁹ *Ibid.*: para. 76 y p. 70.

⁴⁰ Guariglia & Hochmayr, 'Article 65, Proceedings on an admission of guilt', en K. Ambos (ed.), Rome Statute of the International Criminal Court:

It should be noted that, although the use of these mechanisms increased substantially immediately after the reforms of the rules that provided for their application in the ICTY and the ICTR, their use has diminished in the most recent years of operation of both courts. In the ICTY the most recent agreement took place in 2006 while in the ICTR the latest agreement took place in 2009. This invites us to reflect upon the reasons for the disuse of this practice at the international level. The answer obviously falls on the decision of the defendants, based on the recommendations of their lawyers, who decide to proceed to trial with the aim of being declared not guilty or obtaining a sentence equal to or less than that which they would receive in the case of a guilty plea. It may be that the acquittals (19 people in the ICTY and 14 people in the ICTR) provided an important incentive in this regard.

3.3. The International Criminal Court: the legal framework and its application

The ICC Statute only regulates guilty pleas. Indeed, art. 65 of the ICC Statute, and rule 139 of the RPE, regulate in detail an abbreviated procedure by which the TC can accept or reject —according to whether or not the requirements of its sub-paragraph (1) are complied with— the acknowledgment or guilty plea of the defendant with respect to the crimes with which they are charged. The art. applies the expression ‘admission of guilt’ rather than the terms ‘guilty plea’ (characteristic of *ad hoc* tribunals) or ‘admission of facts’ (characteristic of the Romano-Germanic culture) and was considered as a compromise which would incorporate elements of the common law and civil law legal cultures (Terrier, 2002: 1286)⁴¹.

Article-by-Article Commentary 4th Ed. (C.H. Beck/Hart/Nomos, 2022) ('Guariglia & Hochmayr'), p. 1937, nm. 12.

⁴¹ ICC-01/12-01/15-171 ('*Al-Mahdi* TJ'), para. 24; Terrier, 2002: 1286.

Article 68(8) (a) of the ICC Statute provides the possibility that, at the beginning of the trial, a defendant may acknowledge his guilt in accordance with art. 65. This does not imply an automatic conviction or a summary judgment. In such cases, the TC will decide how to proceed, and must as a minimum receive the presentation of the facts by the Prosecution and satisfy itself that the statement is voluntary and reliable. Depending upon the case, and taking into account the interests of justice and the victims, the TC may accept the acknowledgement with the material presented or it may request the testimony of certain witnesses or the presentation of other evidence or may decide to proceed with the full trial and treat the statement as not having been made (Schabas, 2016: 996; Orié, 2002: 1480-1481). As one author has indicated, the art. 65 process resembles a ‘non-binding confession’ in which the TC will decide its validity and effects (Ambos, 2014: 437).

The wording of art. 65 was controversial and was the result of a constructive discussion by the authors of the ICC Statute which reflected the different legal frameworks, as well as their different understandings of judicial processes (Guariglia & Hochmayr: 1932, nm. 1; Schabas, 2016: 995). In some countries the possibility of a guilty plea is not regulated; in others a guilty plea shortens the process and avoids the need of presenting evidence; in others a guilty plea has no impact upon the process (Schabas, 2016: 996; Terrier 2002: 1286). Likewise, if the judicial process is understood as an official determination of the facts by the judge or court, plea agreements and guilty pleas are problematic. However, if the processes are conceived as a dispute between two parties, such figures have greater amplitude (Guariglia & Hochmayr: 1933, nm. 4).

It should also be recalled that the discussions around this article were probably influenced by the decision of the ICTY Appeals Chamber in the Erdemović case which, in October 1997, annulled the first guilty plea before that court, and which resulted in the amendment of rule 62bis in November 1997 that regulated plea agreements in greater detail. The final text of art. 65 departs from the text of art. 38(1) (d) of the International Law Commission’s (ILC) draft statute which, like the original version of the *ad hoc* rules of court simply listed the powers of the TC, including the authority to ask the defendant

whether or not he wanted to plead guilty. While in the report of the 1995 Special Committee⁴² it was indicated that '*plea bargaining*' would not be appropriate for ICC crimes due to their gravity (Schabas, 2016: 996), a subsequent Preparatory Committee⁴³ adopted a version of the article (based on an Argentine-German proposal) which was almost identical to the current art. 65, reflecting elements of the abbreviated procedure typical of the Romano-Germanic legal culture as well as of certain aspects of common law guilty pleas (Guariglia & Hochmayr: 1933, nm. 3; Schabas, 2016: 996-997; al-Mahdi TJ: paras. 24-26)⁴⁴.

Thus, according to section 65(1) of the ICC Statute, if the defendant pleads guilty under section 64(8) (a), the TC will determine:

1. Whether the defendant understands the nature and consequences of the admission of guilt.
2. If that admission has been made voluntarily after sufficient consultation with the defense lawyer.
3. If the admission of guilt is corroborated by the facts of the case in conformity with: (a) the charges presented by the prosecu-

⁴² In its resolution 49/53 (of 9 December 1994), the Assembly created a Special Committee to examine the main substantive and administrative issues arising from the draft Statute, and to consider the necessary arrangements for an international conference of plenipotentiaries to approve it in 1998. The Special Committee met from April 3 to 13 and from August 14 to 25, 1995.

⁴³ The General Assembly, in its resolution 50/46 (of December 11, 1995) created a Preparatory Commission to continue with the work of the Special Committee and finish the writing of the draft. The Preparatory Committee met in 1996 (March 25-April 12, and August 12-30), 1997 (February 11-21, August 4-15, December 1-12) and 1998 (March 16 to April 3) and transmitted the draft to the Assembly at the end of its work. In its resolutions 51/207 (of December 17, 1996) and 52/160 (of December 15, 1997), the General Assembly asked the Preparatory Committee to continue its work.

⁴⁴ The main difference in the additional proposal was to include art. 65(5) of the ER to allay the concerns of some delegations that guilty pleas would not lead to plea bargaining. The final version of the article includes very few changes from the 1997 Preparatory Commission draft. Guariglia & Hochmayr: 1933, nm. 3; Schabas, 2016: 996-997; al-Mahdi TJ: paras. 24-26.

tor and accepted by the defendant; (b) the complementary elements of the charges presented by the prosecutor and accepted by the defendant; and (c) other evidence, such as witness statements, presented by the prosecutor or the defendant.

Subparagraph (a) reflects to a large extent the decision of the Appeals Chamber in the Erdemović case. Accordingly, the TC must assure itself of the defendant's informed consent with respect to the nature of the charges and the consequences of his guilty plea; thus, for example, the defendant must be aware of his waiver of procedural rights. This precept indicates that the defendant must make the statement personally and not only by the lawyer on his behalf. The judges must ensure that the defendant's mental state allows him to make such a statement (Terrier: 1287).

Unlike the rules governing guilty pleas in *ad hoc* tribunals, subparagraph (b) requires the TC to ensure that the defendant has consulted sufficiently with his or her attorney. The sufficiency of such consultation will depend upon the circumstances of each specific case (Ambos: 440).

Subparagraph (c) requires the TC to carry out an analysis of the facts and evidence presented similar to that which it must conduct at the end of a regular trial so as to establish the facts. Thus, despite the defendant's guilty plea, the prosecutor must present the facts and evidence necessary to establish the elements of the crimes, the forms of responsibility, as well as those facts necessary for a decision on sentencing (Ambos: 440). Likewise, the TC must verify that the guilty plea is supported by the facts of the case, according to the charges, other documents and the evidence presented (Terrier: 1288). This subparagraph is perhaps the one that departs the most from the common law legal culture; a guilty plea does not mean that guilt has been established; it must still be established by the materials presented (Terrier: 1288).

Next, in accordance with art. 65(2) to (4) of the ICC Statute, the TC has three options from which to decide:

1. The TC may convict the defendant for the crimes to which he admitted, provided that the requirements of subparagraph (1) have been complied with and the respective crimes are estab-

lished. The TC must be convinced of the guilt of defendant ‘beyond reasonable doubt’ and proceed directly to the determination of sentence (art. 65(2)).

2. The TC may order the trial to continue, while ignoring the guilty plea, being not satisfied that the requirements of subparagraph (1) have been met (art. 65(3)).
3. The TC may consider that a ‘more complete statement of the facts of the case’ is necessary ‘in the interest of justice, and in particular of the victims’, and either: (i) request additional evidence from the prosecutor or (ii) order the continuation of the trial in the sense mentioned above (art. 65(4)). Only in the latter case will the guilty plea be considered as not made, and the TC may refer the case to another TC to conduct the trial.

Regarding the procedural point in the process at which the declaration can be made, art. 65 provides that it takes place just before the beginning of the trial before the TC and after the confirmation of the charges by the Pre-Trial Chamber (PTC)⁴⁵. However, it seems likely that a defendant could also plead guilty before the TC once the trial has begun. However, this is not possible before the confirmation of charges by the PTC (Guariglia & Hochmayr, 2008: 1939, nm. 16).

It is also possible that the defendant will enter an admission of guilt on only some portion of the charges. In such a case the TC could invoke the abbreviated procedure of art. 65(2) —provided the guilty plea is valid— for the charges covered by the admission and continue with the regular procedure for the remaining charges. Alternatively, one author suggests that in such cases the TC could (and should) proceed with the regular trial in respect of all charges (invoking art. 65(4)(b) and the interests of justice) and consider the admission of guilt along with other evidence at trial (Ambos, 2014: 443).

⁴⁵ Article 64(8)(a) introduces the concept for the first time and states that ‘At the commencement of the trial, the Trial Chamber shall have read to the accused the charges previously confirmed by the Pre-Trial Chamber. The Trial Chamber shall satisfy itself that the accused understands the nature of the charges. It shall afford him or her the opportunity to make an admission of guilt in accordance with article 65 or to plead not guilty’.

When there are multiple defendants but only one/some admit(s) guilt, rule 136(1) of the ICC RPE provides for the possibility of separate trials. One advantage of such severance is that the convicted persons, having made their admission, can be summoned as witnesses in the trial against the other defendants (Ambos, 2014: 443).

Likewise, art. 65 (5) indicates that the consultations that the prosecution and the defence may undertake regarding the modification of the charges, the conviction or the sentence are not mandatory upon the TC. In this way, art. 65(5) recognizes—and implicitly allows—the conduct of such negotiations and agreements (Ambos, 2014: 437; Guariglia & Hochmayr, 2008: 1947, nm. 43). This is paradoxical as this subparagraph was introduced during the Preparatory Committee stage in response to concerns expressed by some authors that art. 65 would give rise to plea bargains (Guariglia & Hochmayr, 2008: 1947, nm. 43). As regards the procedural point in the process in which these negotiations and agreements can be entered into, neither the ICC Statute nor the RPE address this issue. In this way, even if in principle nothing prevents these agreements from being reached before the confirmation of charges, it is necessary to wait for said confirmation to be completed in order that the accused can plead guilty at the beginning of the trial in accordance with art. 65.

This situation occurred in the only case before the ICC where a defendant (al-Mahdi) reached a plea agreement with the Prosecution⁴⁶. In that case, the Prosecution presented the charges in December 2015 and one month before their confirmation in March 2016 the defendant reached an agreement with the Prosecution on the plea of guilt. However, the defendant had to wait for the opening of the trial in August 2016 in order to plead guilty under art. 65 to the war crime of intentionally directing an attack against 10 listed buildings in Timbuktu, Republic of Mali contrary to art. 8(2)(e)(iv) of the ICC Statute. In Septiembre of that same year the TC issued its conviction in which he was sentenced to 9 years in prison⁴⁷.

⁴⁶ ICC-01/12-01/15-78-Anx1-tEng-Red.

⁴⁷ al-Mahdi TJ, September 2016: paras. 1-8.

A comparison between the practice of the *ad hoc* tribunals and the ICC in the al-Mahdi case reveals numerous similarities in terms of the content of the agreements. They refer to: (a) the charges to which the defendant has pled guilty⁴⁸; (b) the elements of the crimes, and the forms of responsibility and factual basis underlying them⁴⁹; (c) the sentence⁵⁰; (d) the waiver of rights by the defendant and the admission of guilt⁵¹; (e) the cooperation of the defendant with the

⁴⁸ In the al-Mahdi case, the defendant pleaded guilty to all charges, which concerned a single crime committed with respect to 10 buildings and to all forms of liability that the prosecution had included: ICC-01/12-01/15-78-Anx1-tEng-Red, paras. 3-4. The TC decided to sentence her regarding the form of co-authorship liability in accordance with article 25(3)(a) of the RE: Al-Mahdi TJ, paras. 53-56. (Guariglia & Hochmayr, 2008: 1947, nm. 43) indicate that, as in *ad hoc* tribunals, the prosecution can agree to drop charges for which the defendant has not pleaded guilty. Consequently, for these authors, 'charge bargaining' and modification of charges is permissible in the ICC. However, if the agreement takes place after the start of the trial, the TC must approve the withdrawal of such charges, in accordance with the provisions of art. 61(9) of the RE. The agreement may also include the admission of guilt in accordance with a certain form of liability provided for in art. 25 or 28 of the EICC or leave such a decision in the hands of the TC.

⁴⁹ In the al-Mahdi case, the prosecution and the defendant jointly presented such facts in an annex to the agreement: ICC-01/12-01/15-78-Anx1-tEng-Red: paras 5-8; al-Mahdi TJ: paras. 29, 31-41. This aspect of the agreements is of particular importance because art. 65(1)(c) of the RE requires that the guilty plea be based on the facts contained: (i) in the charges; (ii) in the probative material presented by the Prosecutor's Office and that the accused accepts; and (iii) in other evidence presented by the parties. Accordingly, the agreement must list the evidence that the defendant accepts.

⁵⁰ In the al-Mahdi case, the prosecution and the defendant agreed to recommend a sentence within the range of 9 to 11 years: ICC-01/12-01/15-78-Anx1-tEng-Red, para. 19(a).

⁵¹ As in *ad hoc* courts, the agreement includes a waiver by the defendant of certain rights regulated in art. 67 of the EICC, in particular, the waiver of a public hearing, to remain silent, to be present in the process and to defend oneself, to question witnesses or to file preliminary objections. The defendant can also, like Al-Madhi, waive the appeal of the verdict and sentence: ICC-01/12-01/15-78-Anx1-tEng-Red, paras. 13, 21. However, this waiver is subject to an exception that allows the parties to appeal penalties imposed outside the range specified in the agreement, as well as any errors that

prosecution⁵²; (f) the voluntariness of the agreement⁵³; and (g) the defence lawyer's declaration⁵⁴. However, and as in the *ad hoc* tribunals, plea agreements are not required to be limited to the issues mentioned above. In fact, the instructions for this type of agreement published by the Prosecution in October 2020 offer additional guidelines regarding their contents and elements, as well as the factors that the Prosecution must consider when applying them⁵⁵. Thus, for example, the prosecution may offer protection to the accused and his family, and agree not to oppose the release of the accused once he has served 2/3 of the sentence, in accordance with the provisions of art. 110 of the ICC Statute and rule 224 of the RPE⁵⁶. For his part, the defendant may agree to cooperate in the reparations procedure provided for under art. 75 of the ICC Statute and to compensate the victims in a way to be determined. Likewise, the parties may also agree to the nullity of the agreement if a party fails to comply with the conditions established therein⁵⁷.

In every case, the agreements must be in writing, and must recognize that they are binding only upon the defendant and the Prosecution, such that they do not bind any other body of the ICC or national or international jurisdiction, unless said body or jurisdiction

manifestly affect the fairness of the proceeding. Likewise, the agreement establishes that the defendant will issue before the TC a guilty plea in accordance with art. 65 of the RE.

⁵² As in *ad hoc* courts, the defendant can agree to collaborate with the investigations and proceedings of the Prosecutor's Office.

⁵³ The agreement must include a statement by the defendant specifying that he enters into the agreement voluntarily after having sufficiently consulted with his lawyer, and understanding its nature and consequences, as well as those of the guilty plea that he agrees to enter at the beginning of the judgment. ICC-01/12-01/15-78-Anx1-tEng-Red, para. 23.

⁵⁴ ICC-01/12-01/15-78-Anx1-tEng-Red, para. 29. Although theoretically the defendant could have given up his lawyer and not be represented at the signing of the agreement, this is highly unlikely since for the subsequent guilty plea before the TC, the defendant must state that the admission has been made voluntarily after consulting with your lawyer.

⁵⁵ ICC-Prosecutor Office, Guidelines for Agreements Regarding Admission of Guilt, October 2020.

⁵⁶ ICC-01/12-01/15-78-Anx1-tEng-Red, para. 19 (d).

⁵⁷ ICC-01/12-01/15-78-Anx1-tEng-Red, para. 20.

are parties to the agreement⁵⁸. This means that the TC is not bound by its terms, nor by the recommendations made by the parties regarding the sentence. Contrary to rule 62^{ter}(c), art. 65(5) of the ICC Statute, does not oblige the Prosecution to make public the terms of the agreement.

Finally, it should be added that an agreement on the charges between the prosecution and the defendant is subject to the authorization of the TC in accordance with art. 61(9) of the ICC Statute. This further guarantees the TC's control over this mechanism.

3.4. *Comparative Analysis between the Ad Hoc Tribunals and the ICC*

The ICC Statute, unlike the RPE of the ICTR and ICTY, does not regulate negotiations and plea agreements between the Prosecution and the accused. This fact is significant and suggests that, in this regard, the ICC Statute is closer to the Romano-Germanic legal model than to the common law legal model. However, section 65(5) of the ICC Statute and the agreement between the Prosecution and Mr. Al-Mahdi demonstrate that such agreements are possible and nothing prevents the ICC Chambers from further developing the requirements for their application. However, the validity of such agreements, and their application, are subject to the terms of art. 65. It should also be noted that such agreements do neither bind the TC in the *ad hoc* tribunals nor the TC in the ICC. Consequently, the Prosecution has little to offer defendants, other than a promise not to contest a sentence or sentencing range, or to drop or modify the charges. However, in all cases, the last word will be for the TC.

Likewise, both the ICC and the ICTY and ICTR regulate the possibility that the accused may declare his guilt. Although the precepts are similar, there are differences. In the ICC the TC has a more prominent role than in the ICTR and ICTY, consistent with its duty to establish the truth. For example, while in the *ad hoc* tribunals, the TC can be satisfied that there is sufficient factual basis for conviction based on 'objective evidence' or the absence of a material disagree-

⁵⁸ ICC-01/12-01/15-78-Anx1-tEng-Red, paras. 24-26.

ment on the facts between the parties, the ICC requires that the facts be corroborated by the evidence presented by the Prosecution, and including by the defendant if he chooses to present it. Likewise, in the ICC, the TC has the power to require the presentation of additional evidence if it is not satisfied that the facts have been established or when it considers it necessary in the interests of justice and of the victims. Furthermore, the TC at the ICC may also decide to proceed to trial and treat the admission of guilt as not having been made in the interests of justice and of the victims. Such a possibility is not expressly regulated in the RPP of the *ad hoc* tribunals.

As stated, to date only one person (al-Mahdi) has reached a plea agreement and pleaded guilty in the ICC. It remains to be seen if the agreements and guilty pleas will be as well received in the ICC as they have been in the first stage of the ICTY and ICTR. Experience to date and the decline in pleas and plea bargains in recent years in the *ad hoc* tribunals suggest otherwise. Likewise, the limited benefit received by Mr. al-Mahdi on the review of his sentence upon completion of 2/3 of his sentence (6 out of 9 years) does not contribute to incentivizing the use of this figure in the ICC. Although the TC considered the fact that Mr. al-Mahdi had pleaded guilty and fulfilled the terms of the agreement as a positive factor, the TC did not agree to release him after serving 2/3 of his sentence, and decided instead that he should serve one more year before being released in Septiembre 2022⁵⁹.

4. PLEA AGREEMENTS IN HYBRID TRIBUNALS

Among the vast array of hybrid tribunals at the international level, only the legal frameworks of the STL and the KSC contain separate provisions delineating the possibility for a plea agreement between the Defense and the Prosecution, besides the entitlement of the accused to admit guilt as in the SCSL. At the same time, as will be seen below, whereas at the KSC plea agreements represent a fully-fledged

⁵⁹ ICC-01/12-01/15-434-Red3, para. 77.

procedure, separate and distinct from proceedings on admission of guilt, the STL does not envision them as a stand-alone procedure⁶⁰.

4.1. Special Court and Residual Special Court for Sierra Leone

The legal framework of the SCSL provides only for the possibility for the accused to plead guilty. Unlike the criminal justice bodies discussed hitherto, it does not accommodate another summary procedure (either explicitly or implicitly) for establishing the guilt of the accused, such as by way of a plea agreement. At the same time, as already noted, guilty plea proceedings may entail informal discussions between the Prosecution and the Defense on the charges and/or the sentence to be imposed and may thus eventually result in negotiated guilty pleas.

According to rule 61 (iii) and (iv) of the RPE, upon the accused's transfer and initial appearance before the Court, and him being formally charged, the Designated Judge or a Judge shall call upon the accused to enter a plea of guilty or not guilty on each count. The same applies to the situation of amendment to the indictment. Rule 50(B) (i) of the RPE provides that if the amended indictment includes new charges and the accused has made his initial appearance in accordance with rule 61, a further appearance shall be held as soon as practicable to enable the accused to enter a plea on the new charges.

⁶⁰ The constitutive documents of other criminal justice bodies at the international level, such as the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, the Extraordinary African Chambers within the Courts of Senegal and the Special Criminal Court in the Central African Republic neither contain provisions on admission of guilt on the part of the accused nor on plea agreements.

A similar situation represents the criminal tribunals at the regional level, such as the Specialized Penal Chamber of the African Court of Human Rights, established by the Malabo Protocol in 2014 (not yet into force), and the proposed draft Statute for a Latin-American and Caribbean Criminal Court (COPLA).

Should the accused fail to make a plea, the respective Judge shall enter a plea of not guilty on his or her behalf. In that event, as well as if the accused pleads not guilty, the case proceeds according to the ordinary trial procedure.

In case the accused pleads guilty, the respective Judge shall refer the plea to the TC. The same procedure applies if the accused requests to change his plea to guilty. Under rule 62(A), the TC seized with the accused's plea, may enter a plea of guilt and instruct the Registrar to set a date for the sentencing hearing if satisfied that the guilty plea is informed and unequivocal, and made freely and voluntarily. Equally, the TC must be satisfied that the guilty plea is based on sufficient facts for the crime and the accused's participation in it, either on the basis of independent indicia or of lack of any material disagreement between the parties about the facts of the case.

Akin to the STL and contrary to the KSC, at the SCSL there is no express requirement that the TC's decision be reasoned or that the reasons be placed on the record. However, as already noted in the context of the STL, this lacuna may be overcome by reference to rule 88 of the RPE which sets out the requisites of the judgment in the ordinary trial proceedings. More precisely, by virtue of rule 88 (c), the judgment shall be accompanied by a reasoned opinion in writing.

Identical is the approach espoused by the normative basis of the SCSL's successor, the Residual Special Court for Sierra Leone ('RSCSL'). The only, minor difference to be discerned is the judicial body before which the accused makes an initial appearance and is invited to enter a plea of guilty or not guilty. Pursuant to rule 61 of the RSCSL's RPE, besides the Designated Judge or a Judge, this procedure may likewise take place before the president.

4.2. Special Tribunal for Lebanon

The STL was created in the aftermath of the 14 February 2005 attack against the former Lebanese Prime Minister Rafik Hariri in downtown Beirut, Lebanon. The attack, which was carried out by way of an explosive device, resulted in the death of 22 individuals, including Mr. Hariri, and injured 226 other individuals.

In order for those responsible to be brought to justice, the STL was established by virtue of an agreement between the United Nations ('UN') and Lebanon pursuant to UN Security Council Resolution 1664 followed by UN Security Council Resolution 1757. The latter was adopted by the Security Council under Chapter VII of the UN Charter⁶¹.

Besides the tribunal's primary mandate to hold to account those responsible for carrying out the attack against Mr. Hariri⁶², its jurisdiction extends also over other attacks in Lebanon which occurred between 1 October 2004 and 12 December 2005 or any later date decided by the UN and the Lebanese Republic with the consent of the UN Security Council⁶³. In order to be comprised by the tribunal's jurisdiction, such attacks must be connected in accordance with the principles of criminal justice (*i.e.* criminal intent, purpose behind the attack, victims, pattern of the attack, perpetrators) and must be of a nature and gravity similar to the 14 February 2005 attack⁶⁴.

Notably, the STL is the first criminal justice body at the international level to deal with the crime of terrorism. The tribunal applies Lebanese criminal law to the extent provided for in its Statute⁶⁵. Specific procedural and evidentiary tenets governing proceedings before the STL are set out in the RPE⁶⁶. The STL's RPE also set out

⁶¹ UNSCR 1757(2007) contain the provisions of the Agreement between Lebanon and the United Nations, annexed to the Resolution together with the STL's Statute. This resolution was adopted under Chapter VII of the UN Charter after the Agreement for the establishment of the tribunal was signed by the Lebanese government and the United Nations. However, it was not ratified by the Lebanese Parliament since the Speaker never convened it for that purpose.

⁶² See Art. 1 of the STL's Statute delineating the tribunal's jurisdiction.

⁶³ See Art. 1 of the STL's Statute. The contextual interpretation of the term 'the Parties' in this provision should be 'the Parties to the agreement between the United Nations and Lebanon' rather than the parties to the proceedings.

⁶⁴ See Art. 1 of the STL's Statute and Rules 11-12 of the STL's Rules.

⁶⁵ See Art. 2 of the STL's Statute setting out the applicable criminal law.

⁶⁶ See rule 3 of the STL's Rules on the interpretation of the STL's Rules.

the tribunal's jurisdiction over contempt and obstruction of justice as offences against the administration of justice⁶⁷.

The tribunal's first case, the Ayyash et. al. case, concerned the 14 February 2005 attack. The proceedings against the four accused were conducted in their absence, *i.e., in absentia*⁶⁸. In August 2020, one accused – Mr. Salim Jamil Ayyash – was convicted and sentenced to life imprisonment. The rest of the accused, Mr. Hassan Habib Merhi, Mr. Hussein Hassan Oneissi and Mr. Assad Hassan Sabra – were acquitted⁶⁹. Subsequently, the acquittals of Mr. Merhi and of Mr. Oneissi were reversed on appeal. The Appeals Chamber convicted both accused⁷⁰ and sentenced each of them to life imprisonment⁷¹.

Although within the context of this case the possibility for a plea agreement between the Prosecutor and the Defence could not unfold⁷², the STL's RPE accommodate this procedural avenue for an accused to admit guilt. For the reasons set out below, the plea agreement procedure under rule 99 should more appositely be described as a negotiated guilty plea.

Relevantly, rule 100 of the RPE, entitled 'guilty pleas', seems to provide for a bifurcated guilty plea procedure. The first prong under rule 100(A) comprises instances where the accused pleads guilty on his own volition at the initial appearance in accordance with rule 98 of the RPE or requests to change his or her plea to guilty. There may be different reasons for pleading guilty of one's own accord, such as out of feeling of remorse or wishing an expeditious disposition of one's case. Hence, this variant of the accused's admission of guilt does not involve and is independent from any negotiations with the Prosecution.

⁶⁷ See rule 60*bis* of the STL's Rules.

⁶⁸ By virtue of, or Art. 22 of the STL's Statute and Section 6 of the STL's Rules.

⁶⁹ See STL TC Judgment 2020; STL TC Sentencing Judgment 2020.

⁷⁰ STL, AC Appeal Judgment 2022.

⁷¹ STL, AC Sentencing Judgment 2022.

⁷² Similarly, the subsequent proceedings in the connected case (the Ayyash case before Trial Chamber II) were also conducted in the absence of the accused Mr. Ayyash.

Conversely, the second prong of the guilty plea procedure under rule 100(B) of the RPE entails a plea agreement and thus involves negotiations between the Defense and the Prosecution. These discussions result in the accused's admission of guilt and concessions on the part of the Prosecution. The details of such pre-guilty-plea negotiations are set out in rule 99, which provides three options to the Prosecution in exchange of the accused pleading guilty.

According to rule 99, the parties may agree that the accused will enter a plea of guilty to one or more counts of the indictment. In such a case, rule 99(A) stipulates that the Prosecution will avail itself of one or more of the following options. The first option, reflected in rule 99(A) (i) of the RPE, is for the Prosecutor to apply to amend the indictment accordingly. Another option available to the Prosecutor is to submit that a specific sentence or sentencing range is appropriate, as envisioned by rule 99(A) (ii). Next, according to rule 99(A) (iii), the Prosecution may not oppose a submission by the accused for a particular sentence or sentencing range. Logically, the Prosecution may avail itself only of one of these separate options or of a combination between them, to the extent possible. Indubitably, the assessment how to proceed is case-specific and, as already discussed in detail above, is contingent on a number of considerations.

Whereas the first option under rule 99(A) features the so-called 'charge bargaining', the other two entail negotiations as to the sentence and thus represent an example of 'sentence bargaining'. The key elements and benefits of each course of action available to the Prosecution have already been canvassed throughout the discussion of the utility and desirability of plea agreements at the international level and will, therefore, not be reiterated herewith.

Further, rule 99(c) envisions that the TC shall require the disclosure of the plea agreement between the Prosecution and the Defense in open session, or —on a showing of good cause— in closed session. The general stipulation envisaging the disclosure of the plea agreement in open session guarantees the transparency of the terms of the agreement to the victims, the public and the international community as a whole. Moreover, as rule 99(B) dictates, any agreement reached by the Prosecutor and the Defense under rule 99(A) is not binding on the TC.

With respect to the timing of the disclosure of the plea agreement, it takes place when the accused pleads guilty in accordance with rule 98, that is, during his or her initial appearance before the tribunal⁷³. The facets of the TC's evaluation of the plea agreement, as previously noted, are enunciated in rule 100(B).

In particular, rule 100(B) provides that if an accused enters a plea of guilty pursuant to a plea agreement under rule 99, the TC shall enter a finding of guilt if satisfied that the accused understands the terms of the plea agreement, has discussed the terms of the plea agreement with his or her counsel, understands the consequences of a plea of guilty, the guilty plea is free from threats and coercion and the accused has entered into the plea agreement voluntarily. At the same time, given that the TC is not bound by the terms of the plea agreement and the RPE do not envisage that it may suggest amendments to the plea agreement for consideration by the parties, the sentence imposed may eventually not reflect the will of the parties. Consequently, it is not surprising that rule 100(B) does not envisage different consequences of the plea agreement as sanctioned by the TC from the consequences of a guilty plea under rule 100(A). Both the finding of guilt following a guilty plea and a plea agreement alike entail the possibility for an appellate review by the Appeals Chamber.

⁷³ According to rule 98, at the initial appearance of the accused upon him or her being formally charged, the TC or the Judge, designated by the President, as appropriate, shall, among other things, inform the accused that within seven days he or she shall be called upon to enter a plea of guilty or not guilty on each count. The accused is also entitled to do so immediately. In case of an amendment to the indictment pursuant to rule 71(E), if the amended indictment includes new charges, and an initial appearance hearing under rule 98 has already been held, a further appearance shall be held as soon as practicable to enable the accused to enter a plea on the new charges. Should the accused plead not guilty, the case proceeds according to the ordinary trial procedure. If he or she does not avail him or herself of the opportunity to make a plea at the initial or any further appearance, the TC shall decide whether to enter a plea of not guilty on his or her behalf. In the event that the accused pleads guilty or subsequently requests to change his or her plea to guilty, the procedure on admission of guilt, as down in rule 100, takes place.

4.3. Kosovo Specialist Chambers

The KSC is a hybrid criminal justice body established by virtue of an international agreement ratified by the Assembly of the Republic of Kosovo, an amendment to the Constitution of the Republic of Kosovo⁷⁴ and the Law on Kosovo Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office (KSC Law).

This judicial institution has a temporary character and a specific mandate. Its jurisdiction comprises crimes against humanity, war crimes and other crimes under Kosovo law that are explicitly provided for in the KSC's Law, commenced or committed on the territory of Kosovo, by or against citizens of Kosovo or the Federal Republic of Yugoslavia between 1 January 1998 and 31 December 2000⁷⁵. KSC's personal jurisdiction is confined to natural persons⁷⁶. The KSC also has jurisdiction over crimes under Kosovo law explicitly referred to in the KSC's Law, where they relate to the KSC's official proceedings and officials⁷⁷.

The KSC operates according to its *lex specialis*, that is the KSC's Law, as well as the Kosovo Constitution and other provisions of Kosovo law to the extent they are expressly incorporated in the KSC's Law, the KSC's RPE, customary international law and international human rights law⁷⁸. As noted in the relevant case law, within these legal sources the principal constitutive instrument governing the tribunal's mandate and functioning is the KSC's Law containing also specific penal provisions, subject to the principles and safeguards provided in the Kosovo Constitution⁷⁹.

The tribunal's legal framework enunciates two variants of adjudicating the accused's criminal responsibility by way of summary proceedings in lieu of the ordinary trial procedure envisioned under the KSC's Law and RPE. The first is the possibility for the accused to

⁷⁴ See Art. 162 of the Kosovo Constitution.

⁷⁵ See Arts. 6(1), 7, 8, 13, 14 and 15(1) of the KSC's Law.

⁷⁶ See Art. 9(1) of the KSC's Law.

⁷⁷ See Arts. 6(2) and 15(2) of the KSC's Law.

⁷⁸ See e.g., KSC PTJ 2021, para. 79.

⁷⁹ *Ibid.*: para. 89.

admit guilt by virtue of rule 93 read together with rule 92(2)(c). The second is the possibility for the Defense (Specialist Counsel) to enter into a plea agreement with the Prosecution (Specialist Prosecutor), as provided for by rule 94.

The latter legal text stipulates that plea agreement proceedings may be triggered at any time before the closing of the case. Nevertheless, rule 94(1) dictates that preferably this should happen before the opening of the case. This legislative approach is hardly surprising. Plea agreement procedures as any other summary proceedings constitute procedural avenues for a speedy disposition of the matter pending before the court⁸⁰. Since timeliness is an essential feature of any summary proceedings, the preferable scenario envisioned by rule 94(1) is in line with this general precept.

Next to be noted is that the possibility to enter a plea agreement, as provided for by rule 94(1), lies with the Defense. This opportunity should be distinguished from the alternative possibility for an accused to admit guilt enunciated by rule 93. Logically, considering whether or not to admit guilt is an intrinsically personal and intimate right, the exercise of which pertains exclusively to the accused. At the same time, irrespective of the differences between the two summary proceedings under rules 93 and 94, the essence of each presupposes the presence of the accused. Consequently, neither an admission of guilt on the part of the accused nor a plea agreement between the Defense and the Prosecution may take place in the context of proceedings *in absentia*⁸¹.

The KSC's legal framework enunciates that the plea agreement between the Specialist Counsel and the Specialist Prosecutor should be elaborated in writing. As regards its contents, the plea agreement objectifies the mutual consent of the Defense and the Prosecution on several distinct issues, spelled out in rule 94(2). The first matter on which the Specialist Counsel and the Specialist Prosecutor must agree comprises the charges, the accused's participation in the

⁸⁰ See: Merriam-Webster.com Dictionary, Merriam-Webster, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/summary%20proceeding>.

⁸¹ The possibility for proceedings to take place in the absence of the accused is envisioned by rule 68 of the KSC's Rules.

crime(s) charged and the mode of liability. The second issue to be addressed in the plea agreement is a specific sentence or sentencing range, as agreed upon by the Defense and the Prosecution. The third matter on which consent is required concerns reparations.

Akin to the STL, by virtue of rule 94(4), the plea agreement shall be disclosed in open session or in closed session upon showing of good cause.

At this point, it should be noted that the terms of the agreement reached between the Specialist Counsel and the Specialist Prosecutor do not bind the Trial Panel. Instructive in this respect is rule 94(6), which stipulates that the Trial Panel may propose amendments for consideration to the Prosecution and the Defense. As previously observed, the possibility to suggest amendments to the plea agreement for the parties' consideration is not envisioned at the STL.

Furthermore, approving the plea agreement reached between the parties is contingent on several concurrent prerequisites, laid down in rule 94(5). First, this norm provides that the Trial Panel may approve the agreement only if satisfied that the Specialist Counsel has discussed its terms with the accused. Similarly, the Trial Panel must be satisfied that the accused understands both the terms and the consequences of the plea agreement and has consented to them voluntarily and without coercion. Likewise, for the Trial Panel to approve the agreement, the accused must waive his or her right to be tried under the ordinary trial procedure.

The Trial Panel must equally be satisfied that the accused admits facts in respect of the charges contained in the agreement between the Prosecution and the Defense. Moreover, there must be sufficient factual basis establishing the essential facts required to prove the crime and the accused's participation therein. Another requirement to be fulfilled before the Trial Panel approves the plea agreement is that the interests of justice are duly considered.

Lacking any of the prerequisites for approval of the plea agreement set out in rule 94(5), the proceedings shall continue under the ordinary trial procedure. Also, and most importantly, under these circumstances, the agreement between the Prosecution and the Defense shall be considered as not having been made. Consequently,

also the accused's admission of facts in respect of the charges contained in the plea agreement shall be treated as not having been made. Undoubtedly, this stipulation safeguards the accused's rights.

Next to be noted is the requirement under rule 94(8), first sentence, which envisions that the decision on the plea agreement must be reasoned with the reasons being placed on the record. Lastly, worth considering is the stipulation of rule 94(8), second sentence, according to which the decision approving the plea agreement has the force and effect of a final judgment (*res judicata*).

Consequently, a decision approving the plea agreement between the Prosecution and the Defense is not subject to an appellate review. Rather, as explicitly enunciated by rule 94(8), the decision approving the plea agreement shall only be subject to extraordinary review by way of reopening of criminal proceedings under art. 48 of KSC's Law and rule 187 of KSC's RPE. These legal consequences are a unique feature of the KSC's plea agreement procedure. Further distinctions with the STL are set out below.

4.4. Comparison

The swift comparative glance between the STL, the KSC and the SCSL (as far as negotiated guilty pleas are concerned) shows that the respective legal approaches governing plea agreements are not identical. As just noted, unlike the KSC's legal framework, which explicitly acknowledges the *res judicata* effect of a plea agreement approved by the TC, the STL's normative texts are silent in this respect. Consequently, the question that logically arises is whether the decision approving the plea agreement before the STL is subject to an appellate and/or extraordinary review as set forth in rules 176 *et seq.* and rules 190 *et seq.* of STL's RPE, accordingly. It is suggested that, since the TC may ultimately impose a sentence which is not in line with the terms of the plea agreement, its decision should be subject to review, if necessary. Clearly, the same logic applies to the outcome of negotiated guilty pleas before the SCSL and the possibility for appellate review.

Furthermore, the STL's normative framework does not contain provisions akin to rule 94(7) of the KSC's RPE to the effect that if the

Trial Panel does not approve the plea agreement, it shall consider the plea agreement (and thus the guilty plea) as not having been made.

Likewise, unlike the KSC, at the STL the criteria which the TC must consider prior to an entry of a finding of guilt pursuant to a plea agreement do not include the requirement for a sufficient factual basis for the crime and the accused's participation in it. This legislative approach appears at odds with the criteria at the STL concerning a finding of guilt following a plea of guilty. In such a case, the criteria at the STL are similar to the criteria at the SCSL. Both criminal justice bodies envision the requirement that the accused's guilty plea is based on sufficient factual basis for the crime and the accused's participation in it.

Another distinction between the KSC and the STL lies in the fact that at the STL the legal framework is silent as to whether the TC's decision in proceedings on plea agreements must be reasoned or whether the reasons should be placed on the record. One way to overcome this lacuna may be by reference to rule 168 of STL's RPE. This legal text sets out the requisites of the judgment in the ordinary trial proceedings. In particular, rule 168(B) requires the judgment to be accompanied or followed as soon as possible by a reasoned opinion. Hence, it may be argued that the same requirement applies by analogy to the decision approving the plea agreement reached by the Prosecutor and the Defense. The logic behind this view stems from the fact that the legal consequences of the latter are the same as the legal consequences of the judgment convicting the accused in the ordinary trial procedure, that is, determining the accused's guilt.

5. FINAL REMARKS AND RECOMMENDATIONS

The comparative review suggested hitherto detects the existence of several variations of the plea agreement as a procedural phenomenon at the international level. While the constitutive instruments of some jurisdictions, such as the ICTY, the ICTR, the STL and the KSC, provide explicitly for plea agreement proceedings, this possibility is implied in the context of guilty plea proceedings before other criminal justice bodies, such as the ICC and the SCSL. It may be argued

that the procedure before the ICC and the SCSL is a quasi-plea-agreement procedure, which incarnates in essence the possibility for negotiated guilty pleas. These, as already clarified, are guilty pleas, whereby the admission of guilt rather than being triggered one-sidedly by the accused involves or follows discussions between the Prosecution and the Defence on the charges and/or the sentence, as well as other issues like waiver of the right to a full trial, waiver (if any) of the right to appeal and other procedural matters.

Notably, even among the legal frameworks which provide for plea agreements *stricto sensu* the approach is not unified. There are a number of distinctions between the procedure adopted at the ICTY, the ICTR and the STL, on the one hand, and the KSC, on the other.

Despite these disparities, however, the multifarious benefits of plea agreement proceedings are readily apparent. At the same time, it is equally true that—as Seneca has aptly put it—every good and perfect thing carries within it the seeds of its own destruction through an excess of its virtue. Therefore, to enhance the utility of plea agreements at the international level, the implementation of this summary procedure necessitates the performance of a delicate balancing exercise between all interests at stake with due consideration of related concerns raised in academia, including as regards the possibility for a plea agreement in corruption cases associated with transnational organized crime—the focus of the present chapter.

Notwithstanding certain concerns voiced as regards plea agreements in corruption cases, the KSC's plea agreement model, as the present study has shown, puts in place a number of safeguards capable of alleviating to a great extent such concerns. However, before focusing on the KSC, a brief glance at its predecessors is worthwhile.

At the ICTY, the ICTR and the STL, as regards the terms of the plea agreement, in exchange of the accused's plea of guilty the Prosecution agrees to make certain concessions at the plea agreement hearing like applying to amend the indictment, recommending to the TC a specific sentencing range and/or not opposing a submission of the accused as regards specific sentence or sentencing range. Evidently, despite these concessions and the agreement between the Prosecution and the Defense, it is within the TC's authority to accept

or to decline to accept the Prosecution's application to amend the indictment, as well as the parties' submissions on a specific sentence or sentencing range. This legislative approach provides a substantial leeway to the TC whether to allow amendment of the charges, despite the agreement of the parties, as well as—if satisfied that the prerequisites for entering a finding of guilt are met—what sentence to impose. This signifies that eventually, irrespective of the agreement reached between the Prosecution and the Defense, the outcome of the plea agreement procedure lacks predictability.

Similar considerations apply to the proceedings on implicit plea agreements (or negotiated guilty pleas) at the ICC and the SCSL, as well as to guilty plea proceedings in general. Despite its concessions to the Defense as regards the charges or the sentence, the Prosecution may only make recommendations to the Chamber to this effect, but is unable to provide guarantees to the Defense and the accused that the expected outcome will in reality unfold. As the ultimate authority to adjudicate the individual criminal responsibility of the accused lies with the judiciary, it is only logical that the respective TC can never be bound by the terms of any agreement or negotiations between the parties. Hence, though, in practice, in most cases the Chamber would adhere to the terms of the agreement, the scenario, whereby an accused pleads guilty, the Chamber makes a finding of guilt and imposes a harsher sentence than the one recommended and thus expected by the parties is neither implausible nor purely hypothetical. In fact, practice attests to a few instances along these lines before the *ad hoc* tribunals, especially at the inception of the guilty plea and plea agreement proceedings.

Indubitably, proceedings at the KSC are guided by the same overarching criminal justice precept endowing the judiciary with the ultimate authority over the criminal justice process. However, although the Trial Panel is not bound by the terms of the plea agreement between the Specialist Prosecutor and Specialist Counsel, the ingenious legislative approach governing plea agreements at the KSC ensures predictability of the process.

In particular, the plea agreement, which the Specialist Prosecutor and Specialist Counsel present to the Trial Panel for consideration, corresponds to a draft judgment. As previously noted, the plea agree-

ment objectifies the mutual consent of the Defence and the Prosecution on several distinct issues essential for establishing the accused's criminal responsibility and the legal consequences of a finding of guilt in terms of the sentence to be imposed. More precisely, the plea agreement must reflect the mutual consent of the Specialist Prosecutor and Specialist Counsel on the charges, the accused's participation in the crime(s) charged and the mode of liability; a specific sentence or sentencing range and the issue of reparations.

When the plea agreement is presented to the Trial Panel, the latter may suggest amendments to its terms for the parties' consideration. This approach is different from the other tribunals, where, if the Chamber considers that the prerequisites for entering a finding of guilt are met it would proceed with convicting and sentencing the accused, irrespective of whether it would opt for the range recommended by the Prosecutor or would deviate from it.

Furthermore, besides the common prerequisites of plea agreement proceedings, equally applicable at the *ad hoc* tribunals, the STL and the KSC⁸², the Trial Panel at the KSC must in addition be satisfied that there is sufficient factual basis establishing the essential facts required to prove the crime and the participation of the accused, as well as that the interests of justice are duly taken into account. The interest of justice criterion is undoubtedly case-specific and its fulfillment is considered in light of the specificities of each particular case.

This observation lends support to the conclusion that the threshold for approval of plea agreements at the KSC is higher than that at the *ad hoc* tribunals and the STL as it presupposes a factual assessment of the evidence at hand as well as wider considerations related to the interests of justice. Notably, this prerequisite finds its counterparts in the admission of guilt proceedings at the ICC and at the SCSL. This feature safeguards both the rights of the accused, as it prevents innocent persons from being convicted, as well as the establishment

⁸² Namely, that the accused understands the terms of the plea agreement, has discussed the terms of the plea agreement with his or her counsel, understands the consequences of a plea of guilty, the guilty plea is free from threats and coercion and the accused has entered into the plea agreement voluntarily.

of the truth (comprised by the subject-matter of the case) which is in the interests of justice and of all stakeholders in the proceedings.

Another aspect of the plea agreement procedure which distinguishes the KSC from the rest of the tribunals is the stipulation that the decision on the plea agreement —as any adjudication on the merits of the case— must be reasoned. This, akin to the requirement for disclosure of the plea agreement in open session, ensures the transparency of the process. Furthermore, depending on the circumstances, the reasoning of the decision could also contribute to clarifying events under consideration and may shed additional light on the relevant historical record (within the confines of the subject-matter of the case).

Likewise, the KSC's plea agreement procedure is also unique as regards the legal consequences of the decision approving the plea agreement. As previously noted, the RPE envisage that the decision approving the plea agreement has a *res judicata* effect and is thus not subject to appeal (but only to revision, contingent on the strict prerequisites therefor)⁸³.

The logic behind this legislative approach is readily apparent. The fact that, if the conditions for a finding of guilt are met, the Trial Panel may either suggest to the parties amendments to the plea agreement or may approve the plea agreement as presented by the parties, signifies that the outcome is predictable. Whether the Trial Panel will approve the plea agreement as it is initially presented or upon consideration by the parties of the proposed amendments, both scenarios ensure that the final terms of the plea agreement, as eventually approved by the Trial Panel, reflect the parties' mutual consent as regards the outcome.

Hence, pursuant to this course of action, the interests of both parties would be safeguarded. This entails the lack of legal interest to

⁸³ This is a unique feature of the KSC in the context of international criminal proceedings. Worth noting is that a similar legislative approach is espoused in the Bulgarian Criminal Procedure Code. Art. 383(1) stipulates that the plea agreement approved by the Court has the force and effect of a judgment entered into force.

appeal the Trial Panel's decision approving the plea agreement. Consequently, and most importantly, this is in line with the very purpose of any abbreviated procedure, namely to contribute to the efficiency of the proceedings and the timely dispensation of justice, which serve the interests of those brought to account and of victims, including their interest in timely compensation.

In light of the above comparative analysis and considerations, the advantages of the plea agreement procedure before the KSC are straight-forward. Admittedly, this procedure is the result of lessons learned from the rest of the criminal justice bodies at the international level coupled with legislative ingenuity. The plea agreement procedure at the KSC may provide a solid basis for the introduction of similar abbreviated procedures at jurisdictions, whether at the domestic, regional or international level, dealing with the gravest crimes of concern to the international community and new forms of criminality of transboundary nature, including terrorism, transnational organized crime and corruption.

Consequently, for the reasons canvassed hitherto, the existing plea agreement mechanism in international criminal law, in particular, the model operating at the KSC, could contribute to increasing the effectiveness of prosecutions, in general, as well as of prosecuting and bringing to justice perpetrators of corruption associated with transnational organized crime.

6. BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

Jurisprudence

International Criminal Court

ICC, *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi ('Al Mahdi')*, Trial Chamber, Judgment and Sentence, 27 Septiembre 2016: ICC-01/12-01/15-171,

ICC, Agreement regarding the admission of guilt. *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi ('Al Mahdi')*, ICC-01/12-01/15-78-Anx1-tEng-Red.

ICC, *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi ('Al Mahdi')*, Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr Ahmad Al Faqi Al Mahdi, 25 Noviembre 2021: ICC-01/12-01/15-434-Red3.

International Military Tribunal (IMT)

IMT, *Judgment of German Major War Criminals, Part on Hans Frank*, 1 October 1946, pp. 497ff. Disponible en: https://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf (last accessed 02 August 2021).

Kosovo Specialist Chambers

KSC, *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 July 2021, KSC-BC-2020-06/F00412.

Special Tribunal for Lebanon

STL, *The Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash, Hassan Habib Merhi, Hussein Hassan Oneissi and Assad Hassan Sabra*, Trial Chamber, Judgment, 18 August 2020, STL-11-01/T/TC.

STL, *The Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash*, Trial Chamber, Sentencing Judgment, 11 December 2020, STL-11-01/S/TC.

STL, *The Prosecutor v. Hassan Habib Merhi and Hussein Hassan Oneissi*, Appeals Chamber, Appeal Judgment, 10 March 2022, STL-11-01/A-2/AC.

STL, *The Prosecutor v. Hassan Habib Merhi and Hussein Hassan Oneissi*, Appeals Chamber, Sentencing Judgment, 16 June 2022, STL-11-01/A-2/AC.

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)

Erdemović AJ, Opinión Conjunta Separada del Juez McDonald y el Juez Vohrah, 7 octubre 1997. *Prosecutor v. Drazen Erdemović*, Case No. IT-96-22-A, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, 7 October 1997.

Erdemović AJ, Opinión separada y disidente del Juez Cassese en Erdemovic AJ, 7 octubre 1997. *Prosecutor v. Drazen Erdemović*, Case No. IT-96-22-A, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, 7 October 1997.

Jelisić TJ, 14 Diciembre 1999. *Prosecutor v. Goran Jelisić*, Case No. IT-95-10-T, Judgment, 14 December 1999.

Todorović SJ, 31 Julio 2001. *Prosecutor v. Stevan Todorović*, Case No. IT-95-9/1, Sentencing Judgment, 31 July 2001.

Sikirika et al. SJ, 13 Noviembre 2001. *Prosecutor v. Dusko Sikirika, Damir Dosen and Dragan Kolundzija; Keraterm Camp*, Case No. IT-95-8, Sentencing Judgment, 13 Noviembre 2001.

- Simić SJ, 17 Setiembre 2002. *Prosecutor v. Milan Simić*, Case No. IT-95-9/2-S, Sentencing Judgment, 17 Septiembre 2003.
- Plavšić Plea Agreement, 30 Setiembre 2002. *Prosecutor v. Biljana Plavšić*, Case No. IT-00-39 & 40/1, Plea Agreement, 30 Septiembre 2002.
- Nikolić Joint Motion for Consideration of Amended Plea Agreement between Momir Nikolić and the Office of the Prosecutor, 7 Mayo 2003, Annex A. *Prosecutor v. Vidoje Blagojevic, Dragan Obrenovic, Dragan Jokic and Momir Nikolic*, Case No. IT-02-60-PT, Joint Motion for Consideration of Amended Plea Agreement between Momir Nikolic and the Office of the Prosecutor, 7 May 2003.
- Obrenović Plea Agreement, 20 Mayo 2003. *Prosecutor v. Dragan Banović*, Case No. IT-02-60-T, Annex A to Joint Motion for Consideration of Plea Agreement between Dragan Obrenovic and the Office of the Prosecutor Plea Agreement, 20 May 2003.
- Banović Plea Agreement, 2 Junio 2003. *Prosecutor v. Predrag Banović*, Case No. IT-02-65/1, Plea Agreement, 2 June 2003.
- Deronjić Plea Agreement, 29 Setiembre 2003. *Prosecutor v. Miroslav Deronjić*, Case No. IT-02-61, Plea Agreement, 29 Septiembre 2003.
- Češić Plea Agreement, 8 October 2003. *Prosecutor v. Ranko Češić et al*, Case No. IT-95-10/1, Plea Agreement, 8 October 2003.
- Nikolić SJ, 18 Diciembre 2003, para. 35. *Prosecutor v. Dragan Nikolić*, Case No. IT-94-2, Sentencing Judgment, 18 December 2003.
- Babić Plea Agreement, 22 enero 2004. *Prosecutor v. Milan Babić*, Case No. IT-03-72, Annex A to the Joint Motion for Consideration of Plea Agreement between Milan Babić and the Office of the Prosecutor Pursuant to Rule 62 ter, 22 January 2004.
- Jokić SJ, 18 Marzo 2004. *Prosecutor v. Miodrag Jokić*, Case No. IT-01-42/1, Sentencing Judgment, 18 March 2004
- Bralo Plea Agreement, 18 Julio 2005. *Prosecutor v. Miroslav Bralo*, Case No. IT-95-17, Plea Agreement, 18 July 2005..
- Mrdja SJ, 31 Marzo 2004. *Prosecutor v. Darko Mrdja*, Case No. IT-02-59, Sentencing Judgment, 31 March 2004.
- Rajić Plea Agreement, 25 Octubre 2005. *Prosecutor v. Ivica Rajić*, Case No. IT-95-12, Plea Agreement, 25 October 2005.
- Zelenović Joint Motion for Consideration of Plea Agreement between Dragan Zelenovic and the Office of the Prosecutor Pursuant to Rule 62 Ter, 14 Diciembre 2006, Annex A.

- Kambanda TJ, 4 Setiembre 1998. *Prosecutor v. Jean Kambanda*, Case No. ICTR-97-23, Judgment And Sentence, 4 Septiembre 1998.
- Kambanda AJ, 19 octubre 2000. *Prosecutor v. Jean Kambanda*, Case No. ICTR 97-23-A, Judgment, 19 October 2000.
- Serushago SJ, 5 Febrero 1999. *Prosecutor v. Omar Serushago*, Case No. ICTR-98-39, Sentence, 5 February 1999.
- Ruggiu TJ, 11 Abril 2000. *Prosecutor v. Georges Ruggiu*, Case No. ICTR-97-32-I, Judgment and Sentence, 11 April 2000.
- Rutaganira TJ, 14 Marzo 2005. *Prosecutor v. Vincent Rutaganira*, Case No. ICTR-95-1C, Judgment and Sentence, 14 March 2005.
- Bisengimana TJ, 13 Abril 2006. *Prosecutor v. Paul Bisengimana*, Case No. ICTR-00-60-0078/1, Judgment and Sentence, 13 April 2006.
- Serugendo TJ, 12 Junio 2006. *Prosecutor v. Joseph Serugendo*, Case No. ICTR-05-84-0031/1, Judgment and Sentence, 12 June 2006.
- Nzabirinda SJ, 23 Febrero 2007. *Prosecutor v. Joseph Nzabirinda*, Case No. ICTR-01-77, Sentencing Judgment, 23 February 2007.
- Rugambarara SJ, 16 Noviembre 2007. *Prosecutor v. Juvénal Rugambarara*, Case No. ICTR-00-59-0028/1, Sentencing Judgment, 16 Noviembre 2007.
- GAA TJ, 4 Diciembre 2007. *Prosecutor v. GAA*, Case No. ICTR-07-90-R77-0015/1, Judgment and Sentence, 4 December 2007.
- Bagaragaza SJ, 17 Noviembre 2009. *Prosecutor v. Michel Bagaragaza*, Case No. ICTR-05-86-0133/1, Sentencing Judgment, 17 Noviembre 2009.

Doctrine

- Ambos, K., *Treatise on International Criminal Law, Volume III: International Criminal Procedure* (Oxford: OUP, 2014).
- Alkon, C. and Dion, E. (2014). 'Introducing Plea Bargaining into Post-Conflict Legal Systems'. *International Network to Promote the Rule of Law*, pp 1-34.
- Cassese, A. *et al.* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary* (Oxford: OUP, 2002).
- Clark, J. (2008) 'Plea Bargaining at the ICTY: Guilty Pleas and Reconciliation'. *The European Journal of International Law* (2008), volume 20, issue 2, pp. 415-436.
- Cohen, D. (2006). 'Transitional Justice in Divided Germany after 1945'. En: Elster, J. (ed.), *Retribution and Reparation in the Transition to Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 59-88.

- Combs, N. (2021). 'Rehabilitating Charge Bargaining'. *Indiana Law Journal*, volume 96, issue 3, pp 803-864
- Fine, R. (1987). 'Plea Bargaining: An Unnecessary Evil'. *Marquette Law Review*, volume 70, issue 4, pp 615-632.
- Guariglia & Hochmayr, 'Article 65, Proceedings on an admission of guilt', en K. Ambos (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court: Article-by-Article Commentary 4th Ed.* (C.H. Beck/Hart/Nomos, 2022).
- Helm, R. (2019). 'Constrained Waiver of Trial Rights? Incentives to Plead Guilty and the Right to a Fair Trial'. *Journal of Law and Society*, volume 46, number 3, pp 423-447.
- Kovarovic, K. (2011). 'Pleading for Justice: The Availability of Plea Bargaining as a Method of Alternative Resolution at the International Criminal Method of Alternative Resolution at the International Criminal Court'. *Journal of Dispute Resolution*, volume 2011, issue 2, pp 283-308.
- Nicol, K. (2016). 'Plea bargaining in international criminal courts: dealing with the devil'. Thesis. Disponible en: <https://theses.gla.ac.uk/7254/>.
- Petrig, A. (2008). 'Negotiated Justice and the Goals of International Criminal Tribunals'. *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, volume 1, issue 1, pp 1-31.
- Schabas, W.A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2nd Ed. (Oxford: OUP, 2016).
- Starkweather, D. (1992). 'The Retributive Theory of 'Just Deserts' and Victim Participation in Plea Bargaining'. *Indiana Law Journal*, volume 67, issue 3, pp 853-878
- Tieger, A. & Shin, M. (2005). 'Plea Agreements in the ICTY: Purpose, Effects and Propriety'. *Journal of International Criminal Justice*, volume 3, issue 3, pp 666-679.
- Tochilovsky V., *Jurisprudence of the International Criminal Courts and the European Court of Human Rights, Procedure and Evidence* (Brill, Nijhoff), 1 January 2008.
- Trivedi, S. (2020). 'Coercive Plea Bargaining Has Poisoned the Criminal Justice System. It's Time to Suck the Venom Out'. *ACLU*. Disponible en <https://www.aclu.org/news/criminal-law-reform/coercive-plea-bargaining-has-poisoned-the-criminal-justice-system-its-time-to-suck-the-venom-out>.
- Turner, J. (2006). 'Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View'. *The American Journal of Comparative Law*, volume 54, pp 199-267
- Quilichini, M. (2022). '[Opinion] In Times of Corruption the Plea Bargain is King'. *The Weekly Journal*, 30 March 2022. Disponible en: <https://www>.

theweeklyjournal.com/opinion/opinion-in-times-of-corruption-the-plea-bargain-is-king/art._2b96df28-b04c-11ec-b3bb-fb4a266bdec.html.

Reports, resolutions and other documents

ICTY, Manual on Developed Practices, 2009.

ICC-OTP, Guidelines for Agreements regarding Admission of Guilt, October 2020.

United Nations Security Council (2007): Resolution 1757, The situation in the Middle East. Disponible en: <http://unscr.com/en/resolutions/1757>.

Nikolic SJ, 2 Diciembre 2003, para. 67.

IMT (1947). *Trials of War Criminals before the Nuernberg [sic] Military Tribunals, Volume XV, Procedure, Practice and Administration*, US Government Printing Office. Disponible en: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-XV.pdf (last accessed 02 August 2021).

Justice Jackson's Report to the President on Atrocities and War Crimes, 7 June 1945. Disponible en: https://avalon.law.yale.edu/imt/imt_jack01.asp (last accessed 11 February 2022).

Answer of the Prosecution to the Motion of the Defendant Bohle, 27 May 1948 in:

Nuremberg Trial Proceedings Vol. 1, Pleas of Individual Defendants. Disponible en: <https://avalon.law.yale.edu/imt/plea.asp> (last accessed 02 August 2021)

Nuremberg Trial Proceedings Vol. 2, Minutes of the second day of the Nuremberg Proceedings, 21 Noviembre 1945. Disponible en: <https://avalon.law.yale.edu/imt/11-21-45.asp> (last accessed 02 August 2021).

Nuremberg Trial Proceedings Vol. 12, Minutes of the 111th day of the Nuremberg Proceedings, 18 April 1946, available at <https://avalon.law.yale.edu/imt/04-18-46.asp> (last accessed 02 August 2021).

Video footage showing 12 of the defendants pleading 'not guilty': <https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/film/defendants-enter-pleas-at-nuremberg-trial> (last accessed 02 August 2021).

Indictment presented to the IMT on 18 October 1945. Disponible en: <https://avalon.law.yale.edu/imt/count.asp> (last accessed 02 August 2021).

Capítulo 6

La prescripción como impedimento procesal al enjuiciamiento

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ PUERTA*

1. INTRODUCCIÓN

1.1. La polémica sobre la prescripción en el delito de corrupción

El objetivo de este trabajo es analizar qué papel juega la prescripción en el delito de corrupción. Si es necesario y/o conveniente ampliar o excepcionar este instituto penal clásico y si debe interpretarse y aplicarse de la misma manera dependiendo de la forma en que se presenten y del ámbito en el que se enjuicien las conductas corruptas; nacional, transnacional (cuando se vincula con delincuencia organizada) o internacional.

* Desde 2001 Profesora Titular de Derecho penal en la Universitat Autònoma de Barcelona. Doctora Cum Laude en Derecho por la Universidad de Barcelona (UB, Sección Lleida) con la tesis titulada “El delito de cohechos: análisis dogmático y político criminal” en 1997, que fue posteriormente publicada por la Editorial Aranzadi. Se ha ocupado, fundamentalmente, de los delitos contra la Administración Pública, y, en particular, de las conductas vinculadas a la corrupción. Esta línea de investigación ha presidido la mayor parte de su trayectoria, plasmándose tanto en publicaciones como en la dirección de trabajos de investigación. Se ha ocupado también de otras cuestiones con el Derecho Penitenciario, la Victimología, la delincuencia económica, las sanciones, la responsabilidad penal de los partidos políticos y, más recientemente, de la justicia restaurativa y su posible implementación en delitos económico, aquellos cuyas víctimas son colectivas y/o difusas. La mayor parte de sus publicaciones se anudan a proyectos de investigación nacionales e internacionales. De entre sus publicaciones destaca su participación, desde la primera edición, en los Comentarios al Código penal, dirigidos por el Prof. Quintero Olivares y Prof. Fermín Morales Prats. Además, desde 2004 es secretaria de la Revista Derecho y Proceso Penal de la Editorial Thomson- Reuter-Aranzadi.

Como es sabido, entre las cuestiones que han suscitado polémica en los últimos tiempos en el ámbito nacional se encuentra la institución de la prescripción. Los problemas que plantean el descubrimiento, investigación y persecución de algunos delitos han llevado a que se plantee la posibilidad de prolongar o incluso excluir la prescripción, esto es, declararlos imprescriptibles. Así ha sucedido, entre otros, con los delitos de terrorismo y contra menores (niños y adolescentes). Más recientemente también se ha planteado respecto a los delitos vinculados con la corrupción pública y privada. En el terreno internacional también se ha suscitado polémica en torno a la imprescriptibilidad de algunos crímenes internacionales y violaciones graves de los derechos humanos (DD.HH.).

La frustración generada por la incapacidad del sistema de justicia para enfrentarse a la corrupción de manera eficiente, los escasos resultados de las políticas anticorrupción implementadas a nivel nacional e internacional (Bonacera, 2020) han llevado a cuestionar la necesidad de fijar plazos concretos o perentorios de prescripción en los supuestos “graves” de corrupción o, en el mejor de los casos, a sugerir la necesidad de ampliar los plazos de prescripción.

Parece haberse instalado en el imaginario colectivo la creencia de que las causas de corrupción no llegan masivamente a los tribunales porque los plazos de prescripción son cortos. Sin embargo, pese a ser cierto que la corrupción es un delito grave, complejo y que requiere de la realización de pesquisas investigatorias largas y complicadas, la solución no puede buscarse sólo en la institución de la prescripción. Son muchos los delitos que prescriben también en otros ámbitos y parece que las causas no son específicas de estos delitos sino estructurales y comunes a todos los delitos o a los sistemas penales.

Ahora bien, también es cierto que las formas en las que se presenta la corrupción, globalizadas y transnacionales, han llevado a que se plantee la “necesidad” de luchar contra esta lacra social con nuevas estrategias, y de hecho así se está sugiriendo últimamente, por ejemplo, a través de los mecanismos de protección de los DD.HH., tanto regionales como universales. En ese terreno y dependiendo del tipo de corrupción de que se trata y de la jurisdicción a quien corresponda su enjuiciamiento, es posible plantarse la posibilidad de “adaptar” la prescripción a las necesidades o problemas concretos que presen-

tan las conductas corruptas, en particular cuando éstas se encuentran asociada a la delincuencia transnacional organizada¹.

En el presente trabajo se examinarán las propuestas realizadas a nivel nacional e internacional referidas a la posibilidad de ampliar los plazos de prescripción o, incluso, de considerar que algunos delitos graves de corrupción podrían no prescribir. Se valorarán las propuestas referidas a esta cuestión que ofrecen los instrumentos internacionales y los Tribunales regionales penales e híbridos. Finalmente se examinará también la “imprescriptibilidad” como una opción vinculada a posible futura consideración de la corrupción como un crimen internacional competencia de la Corte Penal Internacional (CPI), como uno de los delitos vinculados a algún crimen internacional o a la violación grave del derecho internacional de los DD.HH. (DIDH).

1.2. La prescripción de los delitos de corrupción en el ámbito doméstico

La prescripción integra una causa de extinción de la responsabilidad penal o de levantamiento de pena y aunque su naturaleza resulta discutida, no sus efectos. Se trata de una institución que entronca con los derechos de defensa y el debido proceso y que se asocia con el principio de seguridad jurídica. El paso del tiempo tiene efectos jurídicos, impide que pueda ejercerse la acción penal, la pretensión punitiva. En efecto, si transcurrido un plazo de tiempo determinado (desde la comisión de la infracción) no se dirige el procedimiento contra el culpable, o se interrumpe o paraliza, el Estado pierde la posibilidad de valorar jurídico-penalmente los hechos, de atribuir responsabilidad penal por los mismos.

El fundamento que se atribuye a esta institución varía en función de los autores y países. Por regla general, se le confiere un fundamento material y/o procesal vinculado al olvido, la dificultad para alcanzar los fines del derecho penal y de la pena o simplemente se ju-

¹ *Vid.*: Sobre las características de esta clase de corrupción Supra Capítulo 1. Apartado 5.

stifica por el deterioro que el paso del tiempo provoca en los medios de prueba (Gili, 2001; Gómez, 2016; Santana, 2021; Gatta, 2021). También junto a estas explicaciones se suele indicar que la propia existencia de un plazo de prescripción supone un reproche dirigido a las autoridades competentes por no investigar y enjuiciar hechos delictivos. Se relaciona así con la finalidad de evitar la inactividad o excesiva lentitud de la Administración que podría conculcar el derecho a un juicio justo en un plazo razonable, (art.6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y el art.8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En consecuencia, podría decirse que la prescripción se explica porque el trascurso del tiempo ha excluido o disminuido la necesidad de pena, ésta ya no resulta necesaria (posible) ni jurídica ni socialmente.

En coherencia con ello, la mayor parte de los ordenamientos del mundo, en particular en la Unión Europea (UE) y en América Latina, prevén plazos de prescripción del delito y de la pena. Todos los delitos (y eventualmente las penas cuando se ha emitido sentencia condenatoria y esta es firme) prescriben trascurrido un lapso. En este trabajo se abordará únicamente las cuestiones que plantea la prescripción del delito, dejando de lado la de la pena, puesto que es la primera la que ha provocado situaciones de impunidad a nivel nacional e internacional.

Las reglas generales para la prescripción del delito se trasladan también a los delitos de corrupción. Los plazos de prescripción dependen entonces de la pena que se asigne a éstos. Por tanto, la bondad del plazo, el límite temporal que se impone para su investigación y enjuiciamiento, va a depender de la gravedad del delito, expresada en la pena con la que se conmina. Por lo que se ha podido observar en el rápido examen de la legislación comparada, la sanción que corresponde al conjunto de infracciones vinculadas con la corrupción es diversa y puede cubrir una horquilla de penas muy variada, desde inhabilitaciones hasta penas privativas de libertad que van desde el año hasta los diez o más de prisión. En consecuencia, la adecuación de los plazos de prescripción deberá valorarse examinando, en cada legislación, los delitos involucrados.

El problema, aún en aquellos Estados en los que los plazos de prescripción son amplios en consonancia con los previstos para otros delitos, se encuentra en el tardío descubrimiento de los delitos de corrupción. Adviértase que se trata de delitos en los que no suele haber víctimas individuales directas (es la sociedad como grupo la que resulta perjudicada- Rodríguez Puerta, 2020) y que suelen permanecer ocultos. Ni es frecuente la denuncia de “la víctima” ni es fácil su descubrimiento, puesto que las partes implicadas en el delito “pactan” en favor de ambas y disponen de instrumentos “privilegiados” para ocultar lo realizado. Por ese motivo suelen descubrirse de forma tardía y el periodo de tiempo para investigar y enjuiciar los hechos se ve seriamente reducido, incluso puede resultar insuficiente para completar el enjuiciamiento de estos.

Es por ello por lo que en la mayor parte de los Estados se prevén reglas especiales para la suspensión o interrupción de la prescripción que permiten ampliarla en supuestos en los que se encuentra involucrados funcionarios públicos o relacionados directamente con los delitos de corrupción. La propuesta en este sentido se abordará en el siguiente epígrafe

1.3. Algunas propuestas dirigidas a evitar la prescripción de los delitos de corrupción a nivel nacional

Considero que eliminar o extender caprichosamente, sin fundamentos sólidos, los plazos de prescripción, no resulta ni aceptable ni útil, ni en materia de corrupción ni en casi ninguna otra (Bonet, 2021). La eficacia, lo funcional, no puede hacernos perder de vista las garantías que forman parte de la esencia del derecho penal y particularmente de un derecho penal democrático (Quintero, 2021). En esta línea, el respeto de las garantías vinculadas al debido proceso y al “plazo razonable” consagradas al más alto nivel no pueden sacrificarse en aras a una más eficiente persecución. Del mismo modo que las dificultades probatorias, por poner otro ejemplo, tampoco justificarían la relajación de las exigencias probatorias, como medida adecuada para facilitar la condena de los responsables.

Lo razonable, por los menos en el ámbito doméstico, es mantener plazos de prescripción proporcionales a la gravedad de los distintos delitos que integran la corrupción y prever la posibilidad de suspender el plazo en consideración a las especificidades que estos delitos presentan, si éstas efectivamente suponen una traba, un obstáculo, para una eficaz acción de la justicia. En este sentido, ya existe algún informe que abordan esta cuestión, como el de Transparencia Internacional de 2010 (Osterhaus, 2010), en el que se sugieren una serie de buenas prácticas que parecen adecuadas. Entre ellas se indican pautas generales que deberían contener los ordenamientos internos de los países (en ese caso europeos pero aplicables a todos aquellos en los que se prevean plazos de prescripción) para incorporar mecanismos dirigidos a asegurar que el descubrimiento tardío de la corrupción no facilitará su impunidad.

Entre las recomendaciones sugeridas en el citado documento destacarían las siguientes, que debería acogerse de forma cumulativa dependiendo de cómo se encontrara prevista la prescripción a nivel doméstico:

1. Fijar plazos de prescripción amplios acordes con la gravedad/ y la pena de las formas graves de corrupción. Para ello, es necesario establecer cuáles son los delitos que pertenecen a esa categoría y distinguir cuales merecen la consideración de graves. Esto ha dado lugar a discusiones que todavía no han sido resueltas en el ámbito nacional. En todo caso, incrementar las penas para conseguir ampliar los plazos de prescripción tampoco es el camino. Es necesario respetar el principio de proporcionalidad. La conveniencia de prever plazos amplios de prescripción no puede conducir a un incremento también indiscriminado de las sanciones. Parece pues razonable, tal y como se señala en el informe de Transparencia Internacional, que los plazos de prescripción general de los delitos graves de corrupción no deberían ser inferior a 5 años o incluso 10;
2. Eliminar los plazos de prescripción absolutos o limitarlos hasta que se dicta sentencia en primera instancia. Esta propuesta sin duda reduciría sensiblemente el peligro de impunidad por

prescripción. Si se interrumpe la prescripción con la sentencia de primera instancia y se excluye para los procedimientos de apelación, se lograría asegurar que, en los procesos por corrupción, la investigación y el juicio en primera instancia no se eternizan y se dicta sentencia en un plazo razonable garantizándose, no obstante, el derecho a los recursos que asiste a todo condenado (Gatta, 2021);

3. Dar prioridad a los casos próximos a la prescripción. Se propone que en los casos que presentan un alto riesgo de prescripción, por su naturaleza compleja o por el alto rango de los implicados, por ejemplo, se les dé prioridad en la asignación interna e investigación dentro de la Fiscalía y la Policía Judicial; y
4. Prever como una causa de suspensión, que se comunicaría a todos los intervinientes en el delito, el periodo de tiempo necesario para obtener un levantamiento de la inmunidad en el caso de parlamentarios y miembros del gobierno, o retrasar el inicio del cómputo de la prescripción hasta que estos servidores públicos cesaran en sus cargos. Considero preferible una previsión de este tipo (vigente ya en algunos Estados), vinculada a la existencia de inmunidades u otros obstáculos legales para el procesamiento de funcionario (altos cargos políticos) que la inclusión de cláusulas más generales y ambiguas que pueden resultar contraproducentes o incluso injustas, desde la perspectiva de derecho a un proceso justo en un tiempo razonable. Me refiero a la posibilidad de postergar el inicio del cómputo del plazo a que el funcionario cese en su actividad. Creo que ello sólo resulta necesario cuando existen obstáculos para su enjuiciamiento o cuando se lograra probar que el funcionario o personas de su entorno llevaron a cabo acciones dirigidas a impedir la acción de la justicia obstaculizándola, haciendo un uso abusivo de sus prerrogativas.

2. LA PRESCRIPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN CUANDO ES ENTENDIDA COMO UN CRIMEN TRANSNACIONAL

Hechas estas consideraciones debe sin embargo afrontarse ahora si las citadas reglas de prescripción son igualmente validas en aquellos casos, cada vez más frecuentes, en los que la corrupción trasciende el ámbito doméstico y se convierte en un problema de alcance internacional, bien por tratarse de conductas en las que se encuentran involucrados varios Estados (agentes estatales, personas o entes u organizaciones privadas) bien porque las conductas de corrupción afectan a los derechos humanos (por los efectos directos o indirectos que éstas tienen sobre la población y/o por encontrarse vinculada a organizaciones criminales).

Quando el fenómeno de la corrupción presenta estas características entran en juego otro tipo de consideraciones. Para valorar el alcance de la prescripción en esos casos resulta necesario examinar, en primer lugar, si los instrumentos internacionales que se ocupan de la corrupción y la delincuencia transnacional prevén alguna regla específica en materia de prescripción y, en segundo lugar, si estas formas graves de corrupción (gran corrupción, macrocorrupción y la captura del aparato estatal por grupos de delincuencia organizada)² merecen un tratamiento distinto a la vista de sus características y gravedad.

2.1. Los instrumentos internacionales relacionados con la corrupción y la delincuencia organizada

Como es sabido, para hacer frente a este tipo de conductas se adoptaron importantes decisiones internacionales o de alcance inter-

² Esta es la clasificación acogida por Transparencia Internacional (2009), por el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (2015) y más recientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019).

nacional³. Se suele citar como primer precedente de la lucha contra la corrupción transnacional la ley estadounidense denominada *Foreign Corrupt Practices Act* (1977). Aunque ciertamente se trata de una norma de índole nacional, fue una de las primeras que abordó el fenómeno de la corrupción transnacional abogando por una aplicación extraterritorial de la jurisdicción nacional a personas y empresas extranjeras involucradas en sobornos cuando concurrían determinadas circunstancias.

A esta iniciativa le siguieron otras a nivel interamericano, europeo y, más tarde, otras auspiciadas desde Naciones Unidas, de carácter universal.

Veamos si hay alguna referencia a la prescripción en esos instrumentos internacionales.

2.1.1. La Convención Interamericana contra la Corrupción

La Organización de Estados Americanos (OEA), el 29 de marzo de 1996, aprobó la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), que entró en vigor el 3 de junio de 1997, y que hasta la fecha ha sido ratificada por la mayoría de los Estados miembros. En el preámbulo ya se señalaba la necesidad de adoptar nuevas estrategias para prevenir, detectar y sancionar la corrupción, en particular la de carácter internacional, fortaleciendo de forma particular los mecanismos de cooperación entre los Estados. Ya entonces se señalaban los vínculos, cada vez más frecuentes, entre corrupción y delincuencia organizada, en particular con las organizaciones dedicadas al tráfico ilícito de estupefacientes.

Entre las aportaciones que se atribuyen a este Convenio suele destacarse la identificación, por primera vez a nivel internacional, de

³ *Vid.*: ampliamente sobre el desarrollo histórico de los tratados internacionales anticorrupción. Capítulo 2. Epígrafe. 3. En el que se destaca el enfoque eminentemente individual que estos instrumentos internacionales hacen de la corrupción sin tomar en consideración las características de “extensión” y “organización” que concurren cuando la corrupción presenta naturaleza transnacional (el contexto).

los delitos que deben incluirse como formas de corrupción (arts. VI, VII y VIII). También se ha destacado lo novedoso de las medidas preventivas propuestas y de los mecanismos de cooperación entre Estados que se articulan para facilitar la investigación y enjuiciamiento de los responsables de delitos de corrupción.

Aunque este primer instrumento no prevé reglas específicas en materia de prescripción si señala, en coherencia con la prohibición de retroactividad, que su aplicación no interrumpirá los plazos de prescripción en curso relativos a los delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención. Nada se indica sobre plazos de prescripción ni sobre mecanismos para interrumpirla o suspenderla. Esta cuestión parece dejarse en manos de los Estados, aunque resulta razonable pensar que, respecto de los delitos que se cometan después de la entrada en vigor de la Convención, podrá preverse la interrupción o suspensión de los plazos de prescripción cuando se pongan en práctica las medidas de cooperación (transnacional) previstas en dicha Convención.

2.1.2. El Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales

En ese mismo periodo se aprueba la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, que entra en vigor el 15 de febrero de 1999. El ámbito de este instrumento internacional es más reducido, se centra básicamente en la prevención y lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros cuando ésta afecta a las actividades comerciales internacionales. Pese a su limitado alcance, dedica un precepto, el art. 6, a la prescripción y señala que los plazos de prescripción de esta forma de cohecho internacional deberán ser “suficientes para permitir la investigación y persecución de este delito”. Esta genérica referencia parece pretender alertar sobre los problemas de descubrimiento e investigación que estas formas transnacionales de corrupción presentan, pero todavía no se concreta en ninguna propuesta ni medida específica para ello.

2.1.3. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

El siguiente hito destacable en esta materia se sitúa en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada en Palermo en diciembre de 2000. Este primer instrumento de alcance universal persigue fortalecer los mecanismos internacionales de lucha contra la delincuencia organizada transnacional para dotarlos de mayor eficacia frente a un fenómeno cada vez más difundido y grave, respecto del cuál muchas de las estrategias clásicas resultan insuficientes y/o ineficaces.

Los grupos delictivos, tal y como se indica en el propio Prefacio del Convenio, no han perdido el tiempo y sacan provecho de la economía globalizada, de la apertura de fronteras, de los mercados libres y de los avances tecnológicos. Por ese motivo considera urgente fortalecer la cooperación internacional para combatir la actividad delictiva organizada en todas sus formas, en particular, para impedir que las personas involucradas en esa clase de delincuencia puedan eludir la acción de la justicia allá donde se encuentren. En definitiva, pretende crear el marco legal necesario “para la cooperación internacional con miras a combatir, entre otras cosas, actividades delictivas como el blanqueo de dinero, la corrupción, el tráfico ilícito de especies de flora y fauna silvestres en peligro de extinción, los delitos contra el patrimonio cultural y los crecientes vínculos entre la delincuencia organizada transnacional y los delitos de terrorismo, en todas sus formas” (Prefacio: 2).

En este contexto la convención se refiere a la prescripción en el art. 11.5 (Proceso, fallo y sanciones) e indica que el plazo de prescripción deberá ser “prolongado” (también de la corrupción vinculada a organizaciones criminales) y disponer de mecanismos que permitan ampliarlo cuando el presunto delincuente “haya eludido la acción de la administración de justicia”. La Convención de Palermo, nuevamente se hace eco de la necesidad de prever plazos de prescripción adecuados a la complejidad que presentan los delitos cometidos por grupos organizados y de ámbito transnacional, pero sin concretar demasiado. Añade, a las recomendaciones internacionales hasta ahora existentes en la materia, la necesidad de suspender o

interrumpir los plazos de prescripción cuando los responsables no se encuentren al alcance de la justicia o la hayan eludido, con maniobras fraudulentas.

Entiendo que esta cláusula genérica debe ser interpretada en el sentido de permitir ampliar el plazo de prescripción en supuestos asociados a la transnacionalidad de las conductas delictivas. A saber, cuando los responsables no se encuentren en el país, cuando sea necesaria la cooperación entre Estados para su descubrimiento, investigación y obtención de información y pruebas o cuando se deban utilizar mecanismos de extradición, entrega, o cooperación, por ejemplo.

2.1.4. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Por último, hay que referirse, en este periplo internacional, a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), adoptada en Mérida (México) el 31 de octubre de 2003, que entró en vigor el 14 de diciembre de 2005 y que cuenta hasta la fecha con la ratificación de 186 Estados miembros de la ONU. Este instrumento de carácter universal profundiza algo más en la materia, y se detienen particularmente en el examen de la corrupción transnacional. Insiste en la necesidad de adoptar medidas preventivas concretas y en el fortalecimiento de mecanismos de colaboración e intercambio de información entre los Estados. Incluye también medidas dirigidas a prevenir la corrupción en las empresas y en el sector privado. En el capítulo III se contienen los ilícitos que deberían tipificarse y castigarse penalmente cuando se cometen internacionalmente. Así mismo se hace también expresa mención a la necesidad de incorporar, en los Códigos Penales, la sanción de los partícipes, de la tentativa y de las personas jurídicas. Se refiere expresamente a la prescripción en el art. 29, donde insta a los Estados miembros a prever plazos “de prescripción amplios” y mecanismos de flexibilización (para ampliarlos) cuando los responsables de los delitos previstos en la Convención “hayan eludido la acción de la justicia”. Reproduce por tanto la previsión que se contienen en la Convención de Palermo.

2.1.5. Otros instrumentos internacionales

La Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, del 11 de julio de 2003, no menciona de forma específica la cuestión de la prescripción.

Para finalizar, también debe hacerse referencia a la reciente propuesta de Directiva sobre la lucha contra la corrupción, COM (2023) 234 final. En dicho proyecto se dispone, en el art. 21, que los plazos de prescripción de los delitos de corrupción a los que se refieren los arts. 7 a 14 (cohecho, corrupción entre particulares, malversación, tráfico de influencias, abuso de ejercicio de funciones, obstrucción a la justicia y enriquecimiento por los delitos de corrupción) deberán computarse desde la comisión del delito y ser suficientes para asegurar su investigación y enjuiciamiento.

Esta propuesta europea acoge la que parece ser la tendencia mayoritaria consolidada en el ámbito de los delitos de corrupción, cuanto menos en Europa. Eso es, considerarlos prescriptibles y establecer un marco mínimo a partir de la gravedad de los delitos. En concreto, la futura Directiva establece una horquilla mínima de prescripción de 8 a 15 años, siendo la máxima para el cohecho y la mínima para el enriquecimiento ilícito y los supuestos de inducción, complicidad y tentativa. Aunque todavía no se ha aprobado, está todavía por ver si finalmente se mantienen estos mínimos y cómo se interpretan los plazos fijados para la prescripción de cada delito puesto que deberá valorarse las condiciones establecidas en cada país y, sobre todo, las distintas modalidades delictivas de los delitos a los que se refiere, cuya gravedad también es distinta.

2.1.6. Recapitulación: las pautas internacionales en materia de prescripción de los delitos de corrupción

Como ha podido comprobarse, no son muchas los compromisos suscritos a nivel internacional en materia de prescripción de la corrupción. Las propuestas a este nivel son muy genéricas e imprecisas. Sin bien podría decirse que confirman de manera unánime el carácter de prescriptible de los delitos de corrupción. Únicamente sugieren a los Estados la conveniencia de asignar a algunos delitos de

corrupción —cuando estos son cometidos por grupos organizados y/o tienen carácter transnacional—, plazos de prescripción “prolongados” y la posibilidad de ampliarlos, a través de la previsión de causas concretas de suspensión o interrupción del plazo. Esta previsión sería suficiente para evitar que los responsables de estos ilícitos eludirían la acción de la justicia, trasladándose a otros Estados o involucrando a varios Estados en las tramas corruptas.

Está claro que para evitar esta demora injustificada es necesario prever instrumentos “ad hoc” dirigidos a solucionar esos problemas específicos. En este sentido, tal y como se indicaba más arriba y en coherencia con lo mantenido a nivel doméstico, las soluciones que parecen proponerse desde los instrumentos internacionales examinados son correctas. Con todo, sería conveniente que se precisaran las causas de suspensión, en la línea de lo que también se señalaba, añadiendo a las ya existentes en el derecho interno (las que se han recogido como buenas prácticas) (Osterhaus, 2010) las relacionadas con la transnacionalidad: solicitudes de cooperación y de extradición que pueden retrasar la investigación hasta el punto de impedir su enjuiciamiento.

2.2. Tribunales internacionales penales de ámbito regional

2.2.1. El caso de la Corte Latinoamericana y del Caribe contra el crimen transnacional organizado (COPLA)

Son pocos los tribunales regionales que incluyen entre los delitos de su competencia la corrupción. Sin embargo, considero interesante examinar esta cuestión en el Anteproyecto de Estatuto de la Corte Penal Latinoamericana y del Caribe (COPLA), fundamentalmente porque plantea una solución diversa en materia de prescripción de los delitos de su competencia, entre los que se encuentra el blanqueo de capitales (asociado muchas veces también a la corrupción) y el soborno transnacional, en el art. 5(g) y (h).

El borrador de Estatuto de este Tribunal dispone, en su art. 11, que los delitos de su competencia son imprescriptibles y no pueden ser indultados ni amnistiados (art. 11 bis). Si bien, condiciona la im-

prescriptibilidad de los delitos a que ésta sea recogida en su legislación internas. En concreto establece que: “1. Los Estados parte se comprometen a impulsar reformas de sus constituciones nacionales a fin de que los crímenes de competencia de la Corte sean imprescriptibles. 2. Una vez realizadas dichas reformas en todos los Estados parte, los crímenes de competencia de la Corte serán imprescriptibles”.

Entre esos crímenes que deberían ser declarados imprescriptibles están, además de los ya citados: el tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas; la fabricación y/o tráfico ilícito de armas de fuego, sus componentes, piezas y municiones; la trata de personas; el tráfico y prostitución de niños y niñas; el tráfico ilícito de migrantes y el tráfico de bienes culturales.

Ciertamente la propuesta resulta, a la vista de lo hasta ahora examinado, algo alejada de los estándares internacionales. Aunque es cierto que algunos de los países que integran la OEA han planteado o declarado imprescriptible algunas formas de corrupción, graves o que causan perjuicio patrimonial al Estado y ello ha despertado una viva polémica (Arballo, 2016; Yacobucci & Ezeiza, 2020), sin embargo, esta propuesta tiene, en mi opinión, importantes desventajas y defectos frente a la más moderada incluida en los convenios internacionales, como luego se justificará.

En todo caso, conviene destacar ahora únicamente que la propuesta de COPLA dejaría fuera de la “regla de la imprescriptibilidad” a todas las formas de corrupción distintas del soborno trasnacional, cuando éstas también pueden generar daños gravísimos, entre otros, por ejemplo, para el debido disfrute de determinados DD.HH., en particular, de algunos derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). Aunque como luego se señalará, no comparto la opción de la imprescriptibilidad ni siquiera para las formas graves trasnacionales de corrupción, menos aún limitada al blanqueo y al cohecho trasnacional que sin duda pueden ser muy graves, pero no alcanzan —sin que se conjuguen otras condiciones— el estatus de gravedad propio de los delitos internacionales imprescriptibles.

2.2.2. El Protocolo de Malabo de la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos

También en el ámbito africano debe examinarse lo dispuesto en el Protocolo de Malabo (PM). En junio de 2014, la Unión Africana (UA) adoptó el Protocolo de Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (CAJDH) para atribuir a esa Corte también competencias en materia de responsabilidad penal, de individuos y personas jurídicas.

Con la entrada en vigor del Protocolo de Malabo, se atribuiría competencia a la Corte Africana para juzgar 14 crímenes diferentes: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, crimen de cambio inconstitucional de gobierno, piratería, terrorismo, mercenarismo, corrupción, lavado de dinero, trata de personas, tráfico de drogas, tráfico de desechos peligrosos, explotación ilícita de recursos naturales y el crimen de agresión (art. 28A). De ser ratificado y entrar en vigor pasaría a tener competencia para enjuiciar crímenes internacionales, que define del mismo modo que lo hace el ER, y otros de naturaleza transnacional, entre ellos el de corrupción (arts. 28E a 28L *bis*).

A los efectos que aquí interesan, la sala especial penal de la Corte Africana podría conocer de delitos de corrupción, definidos en el art. 28I, siempre que éstos cumplieran una serie de condiciones. En primer lugar, que se cometieran después de su entrada en vigor (no de forma retroactiva), en segundo lugar, que resulten admisibles por su gravedad (art. 46H 2.d)) y, por último, que su comisión “afecte a la estabilidad del Estado, la región o la Unión”.

De este modo la CAJDH se atribuye competencias en relación únicamente con las formas de corrupción graves que ponen en peligro la estabilidad del Estado o región, tanto transnacionales como nacionales que afecten a la paz y seguridad de la Región.

No hace mención alguna a la cuestión de la prescripción, con lo que aparentemente deberían respetarse las reglas previstas por cada Estado. Así parece indicarlo también el hecho de que el propio Protocolo en su art.46A.4.c) reconozca entre los derechos del acusado el de “ser juzgado sin retrasos excesivos”. Si a ello le añadimos que

la CAJDH se rige por el principio de complementariedad (art.46H PM) y de cosa juzgada (art.46I PM) puede concluirse, en mi opinión, que únicamente podría conocer de causas por delitos de su competencia que hayan prescrito según las normas domésticas cuando los hechos no hayan sido enjuiciados por falta de voluntad o incapacidad del Estado competente para investigarlos o conocerlos o se haya decretado la prescripción precisamente con la voluntad de evitar el enjuiciamiento de los responsable. Esta es la interpretación que debe hacerse también, como luego se verá, de la previsión contenida en los art. 17 y 20 del ECPI.

Sin embargo, como han destacado ya algunas organizaciones internacionales, por ejemplo, Amnesty International (2016), parece difícil que esta sala especial pueda empezar a funcionar a la vista de los escasos recursos personales y económicos de los que dispone (Tshitshi, 2020) y de las importantes limitaciones que impone al reconocer inmunidad no solo a los Jefes de Estado sino también a los altos funcionarios que, sin duda, pueden ser acreedores de responsabilidad penal por los delitos/crímenes de corrupción de su competencia (Bonacera, 2020).

2.3. Propuestas: plazos amplios de prescripción en supuestos graves y reglas específicas de suspensión vinculadas con los problemas de investigación, cuando la corrupción es transnacional

En definitiva, la propuesta que considero más adecuada en materia de prescripción de los delitos de corrupción cuando son transnacionales y/o vinculada a la delincuencia organizada es la de mantener los plazos de prescripción asignados en atención a la gravedad del delito y la pena. De ese modo, las formas de corrupción más graves (los delitos a los que se refieren los instrumentos internacionales) debería tener prevista una pena proporcional a su gravedad y ello debería, lógicamente, tener como consecuencia la aplicación de un plazo de prescripción amplio.

Considero también que, cuando se prevean plazos de prescripción absolutos, éstos deberían computarse únicamente hasta la resolución del caso en primera instancia. En relación con esta limitación se ha

señalado, con razón, que resulta frecuente que en los delitos graves de corrupción (y en general en la delincuencia económica de los poderosos) los acusados dispongan de dinero suficiente para pagarse buenos abogados y utilizar los medios legales a su alcance para retrasar el proceso y, de ser condenados, suelen tener capacidad suficiente para apelar y alargar el proceso, pudiendo colapsar el sistema y de ese modo alcanzar el periodo absoluto o judicial de prescripción (Stephenson & Schütte, 2019; Gatta, 2021)⁴.

En la línea de lo señalado en el ámbito doméstico para la corrupción nacional, para soslayar algunos de los problemas específicos que plante su descubrimiento e investigación cuando es cometida por altos funcionarios —algunos de ellos amparados por la inmunidad—, debería también contemplarse como causa específica de suspensión de la prescripción, el plazo de tiempo necesario para obtener la autorización para procesar a los responsables. En caso de que ésta no pudiera obtenerse, por ejemplo, porque el funcionario corrupto perteneciera al partido que tiene mayoría para impedir la investigación del delito o el procesamiento del responsable, debería retrasarse el inicio del cómputo de plazo de prescripción al momento en el que el funcionario (electo y amparado por la inmunidad y otra traba legal) cesara en su cargo. Además, en estos supuestos, lo deseable sería que la prescripción se suspendiera no sólo para el individuo implicado sino para todos los intervinientes en el hecho delictivo. Asimismo, debería introducirse las causas de suspensión que ya se indicaron tanto a nivel nacional como internacional para evitar así retrasos en la investigación como consecuencia de la necesaria, y muchas veces lenta, cooperación entre Estados.

También debería posibilitarse, cuando el delito de corrupción investigado hubiera prescrito conforme a la legislación interna de alguno de los Estados implicados, la atribución de competencia al Estado en el que el delito no estuviera prescrito. Entiendo que ello sería posible, a la vista de los criterios tan amplios de atribución de competencia para conocer estos delitos fijados en las distintas con-

⁴ Señala Gatta (2021: 212) que la fase procesal más expuesta al riesgo de prescripción es la de apelación. En Italia el 24,2% prescriben en fase de apelación.

venciones internacionales, por ejemplo, en el art. 42 de la CNUCC. De este modo podrían solventarse problemas derivados de la falta de armonización en materia de prescripción.

Estas conclusiones también son válidas cuando esta clase de corrupción es enjuiciada a nivel internacional, por tribunales regionales. Ni la propuesta de Malabo ni la de COPLA resultan plenamente convincentes.

La primera resuelve mejor esta cuestión, no menciona la prescripción y deja que los Estado mantengan sus reglas en materia de prescripción para después atribuirse competencias únicamente cuando la jurisdicción nacional competente para enjuicia el hecho ha dejado “maliciosamente” prescribir el delito o no ha tenido voluntad de investigar y juzgar a los responsables (principio de complementariedad). Aunque después extiende en demasía las inmunidades, pudiendo alcanzar incluso a los altos funcionario, cuestión que será examinada en otro capítulo.

En el caso de COPLA se opta por declarar imprescriptibles todos los delitos de su competencia, entre ellos el soborno, por el sólo hecho de ser transnacional sin requerir ninguna otra condición “contextual” que justifique esta decisión.

La imprescriptibilidad no es, en mi opinión, una alternativa. Son varias las razones que avalan esta decisión. En primer lugar, porque la corrupción presenta muchas formas y no todas ellas son igualmente graves, desde la óptica de sus consecuencias. No todas las formas de corrupción presentan la misma gravedad y ésta depende de la concurrencia de varios factores. El carácter transnacional o la participación en la misma de organizaciones criminales no siempre confiere a la corrupción un carácter de grave o la gravedad necesaria para excluir la prescripción. Hay muchos delitos muy graves, por ejemplo, el tráfico de personas, que prescriben. Resultaría desproporcionado, sino arbitrario, predicar la imprescriptibilidad de algunos delitos sin compararlos en términos de gravedad (pena) con el resto. Tampoco la exclusión de la prescripción puede sustentarse, exclusivamente, en las dificultades para descubrir e investigar tramas corruptas complejas, en esos casos hay que articular medidas para reforzar la investigación, y dotar de más y mejores recursos para llevarla a cabo

con eficacia. La imprescriptibilidad no puede ser la solución para soslayar problemas estructurales del propio sistema procesal.

Pero, además, entiendo que el reconocimiento de tal carácter podría tener consecuencias contrarias a las deseadas. En primer lugar, porque si no se disponen de instrumentos suficientes para investigar y enjuiciar los casos de corrupción, la eliminación del periodo de tiempo —de la limitación que imponen los plazos de prescripción— no solucionaría el problema. Es más, podría llevar a que estas causas complejas se eternizaran. Podría suceder que pasarán a un segundo plano cuando hubiera otros casos que prescribieran o que los jueces y fiscales frente a la complejidad del caso, la carga de trabajo que éste representa, la presión de buenos y poderosos abogados, decidieran “tomarse las cosas (todavía) con más calma”. Recordemos que uno de los fundamentos de la prescripción es precisamente el derecho reconocido internacionalmente a un “proceso justo en un tiempo razonable” que sin duda quedaría conculcado con una decisión de este tipo. Huelga recordar que este derecho se encuentra reconocido en los arts. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Creo, en consecuencia, que es necesario preservar un equilibrio entre el derecho a al acceso a la justicia de las víctimas y los derechos procesales que asisten a los imputados/investigados.

Una decisión de esta índole únicamente sería aceptable respecto a aquellas formas de corrupción que pudieran vincularse con la violación grave de DD.HH., o asimilarse a crímenes internacionales *stricto sensu* (en particular, crímenes de guerra o de lesa humanidad). Sin embargo, esta cuestión ya nos remite al tema que se examinará en el siguiente apartado. La posibilidad de que algunas formas de corrupción puedan considerarse crímenes internacionales o dar lugar a la imposición de sanciones al Estado por su no evitación cuando la corrupción impide o limita el disfrute de DD.HH. (Peters, 2019a).

3. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES COMO NORMAS DE *IUS COGENS*

Frente a la prescriptibilidad de los delitos a nivel nacional y transnacional, con las salvedades que se han indicado, en el ámbito internacional (jurisdicciones internacionales) se admite la regla contraria, la imprescriptibilidad. Los crímenes internacionales, o por lo menos algunos de ellos, no prescriben. El carácter de imprescriptible de algunos de estos crímenes es considerado una “norma de *ius cogens*”, una norma imperativa de derecho internacional general que no puede ser incumplida ni por los individuos ni por los Estados. La afectación a valores universales imprescindibles para la comunidad internacional, la afectación a la paz y seguridad internacional o la propia conmoción que estos generan en la comunidad internacional ha llevado a defender esta regla para los crímenes internacionales.

La imprescriptibilidad se ha consolidado, o se está consolidando, progresivamente como un efecto de la consideración de norma de *ius cogens* de algunos crímenes internacionales (Aguiler, 2008; García, 2018; Dondé Matute, 2018; Lorenzo 2020). No obstante, ni la prohibición de todos los crímenes internacionales puede considerarse una norma de *ius cogens*, ni de ello puede derivarse, en todos los casos, la imprescriptibilidad, incluso su imprescriptibilidad depende, respecto de algunos de ellos, de la jurisdicción que los conozca y de la forma en que éstos se presenten.

Aunque no existe consenso sobre cuáles son las normas de *ius cogens* y qué efectos tienen a nivel internacional y nacional, tal y como ha destacado recientemente el Informe de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en 2019⁵, lo cierto es que parece

⁵ En el texto de proyecto de conclusiones y de anexo aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción se contenía la siguiente lista abierta (no taxativa) de normas de *ius cogens*: La prohibición de la agresión; La prohibición del genocidio; La prohibición de los crímenes de lesa humanidad; Las normas básicas del derecho internacional humanitario; La prohibición de la discriminación racial y el apartheid; La prohibición de la esclavitud; La prohibición de la tortura; El derecho a la libre determinación.

que la cuestión de la imprescriptibilidad de ciertos crímenes internacionales (genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y agresión) está hoy fuera de toda duda (Aguiler, 2008; Dondé Matute, 2018; Tladi, 2019). Algo más complejo resulta fundamentar este carácter cuando se trata de otros crímenes internacionales (en sentido amplio). Los delitos con trascendencia internacional, como así los ha denominado en ocasiones la CIDH⁶, como la tortura, la desaparición forzosa, la esclavitud, o, más recientemente, la protección del medio ambiente (Lorenzo, 2020) no han sido declarados imprescriptibles ni todos ellos alcanzan la consideración de prohibiciones de *ius cogens*. Tampoco existe consenso en torno a que todas las violaciones de DD. HH. puedan ser consideradas por los tribunales internacionales imprescriptibles y dar lugar a responsabilidad internacional.

A continuación, se tratarán esta cuestión desde un enfoque general para luego proyectar las conclusiones sobre un posible crimen internacional de corrupción o sobre algunas formas de corrupción como una violación de DD. HH.

3.1. La normativa internacional sobre imprescriptibilidad de los crímenes internacionales

La cuestión de la imprescriptibilidad de algunos crímenes se plantea por primera vez a nivel internacional, tal y como relata Dondé Matute (2018), en la Ley núm. 10 del Consejo de Control Aliado. Este órgano estableció el plan de gobierno en Alemania durante la ocupación después de la Segunda Guerra Mundial y permitió el enjuiciamiento de personas que habían cometido Crímenes Internacionales a partir de los establecidos por el Tribunal de Núremberg⁷.

⁶ Por ejemplo en 2016, en el caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil”.

⁷ También sitúa aquí el origen de la discusión la resolución de 2018 de la CIDH en el Caso Herzog y otros vs. Brasil: “[...] ni los Estatutos de Núremberg o Tokio, ni los instrumentos constitutivos del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda o el Tribunal Especial para Sierra Leona establecieron reglas sobre prescripción

Sin embargo, el primer y más importante precedente en la materia debe situarse en la Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1968. En ella se dispone la imprescriptibilidad de esos crímenes con carácter retroactivo, esto es, con independencia de la fecha en la que éstos hubieran sido cometidos. Al margen de la controversia que generó la irretroactividad prevista en esta Convención, lo más destacable de este primer instrumento internacional es sin duda, a los efectos que aquí interesan, el limitado número y extensión de los crímenes que declara imprescriptibles. El art. I limita el alcance de los crímenes internacionales incluyendo básicamente los contenidos en el Estatuto del Tribunal Penal Militar de Núremberg y añadiendo únicamente la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid. Hasta la fecha han sido pocos los Estados que han ratificado esta convención, únicamente 55 Estados.

El siguiente paso a nivel internacional en esta materia se da con La Convención Europea sobre imprescriptibilidad de los Crímenes contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra, adoptada en 1968 y que entró en vigor en 1970. Sin embargo, con este instrumento internacional poco se avanzó en la dirección de conseguir el reconocimiento internacional del carácter imprescriptibles de ciertos crímenes. Esto se debe a que solo 5 Estados lo ratificaron, a pesar de que amplía el alcance de los delitos imprescriptibles a los de guerra y lesa humanidad, e incluso prevé la posibilidad de extender a otros crímenes internacionales tal consideración por la vía de la costumbre internaciona (Dondé Matute, 2018).

El desinterés mostrado por la comunidad internacional en suscribir convenios de este tipo quedo así patente. Pese a ello, la evolución del Derecho Internacional y, en particular la creación de la Corte Penal Internacional, hicieron posible que hoy, sin ningún género de duda, los crímenes internacionales de su competencia no prescriban, como luego se examinará.

en relación con los delitos internacionales, incluidos los crímenes de lesa humanidad”.

3.2. La imprescriptibilidad en las jurisdicciones internacionales

La ausencia de un reconocimiento expreso de la imprescriptibilidad de algunos crímenes internacionales no fue un obstáculo para que los tribunales internacionales, en ejercicio de su jurisdicción, previeran tal posibilidad. Así sucedió con algunos Tribunales ad hoc e híbridos y, en particular, con la CPI.

3.2.1. Tribunales internacionales penales de ámbito universal y tribunales híbridos

Los tribunales ad hoc, como también señala Dondé Matute (2018)⁸, por su naturaleza y objetivos no se ocuparon de esta cuestión. En efecto, tanto los Tribunales para la antigua Yugoslavia como para Ruanda nacieron para solucionar conflictos concretos, próximos en el tiempo, que no planteaban problemas en materia de prescripción. Así acontece también, por ejemplo, con el Tribunal Especial de Sierra Leona (TESL), competente para conocer determinados crímenes internacionales (arts. 2, 3 y 4) y también algunos de naturaleza doméstica (art. 5) cometidos entre el 30 de noviembre de 1996 y 2001⁹.

Algo semejante sucede con el Tribunal Especial para el Líbano (TEL). Este tribunal se instauró para enjuiciar los ataques que llevaron a la muerte del ex Primer Ministro Rafiq Hariri, incluyendo todos los crímenes asociados con esos ataques que se hubieran cometido entre el 1 de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005. Aunque se trata de un Tribunal que aplica el derecho nacional y no juzga crímenes internacionales, lo cierto es que fija un periodo temporal, ampliable siempre que los hechos enjuiciados guarden relación con

⁸ El autor destaca que el motivo por el que no se mencionó la cuestión de la imprescriptibilidad de los crímenes de su competencia podía estar en lo arriba indicado o en la falta de acuerdo sobre esta cuestión, en todo caso, este no resultó ser un problema para el ejercicio de su jurisdicción.

⁹ Esta limitación temporal permitió que los crímenes cometidos desde el inicio del conflicto armado en el 1991 hasta el 30 de noviembre de 1996 quedaran impunes.

los ataques. Esta situación, como indicábamos, reduce sensiblemente los posibles problemas de prescripción, sobre todo porque los delitos de su competencia —terrorismos, ofensas contra la vida, integridad personal, asociación ilícita y omisión de denuncia— difícilmente por su gravedad podrán haber prescrito en ese corto plazo de tiempo.

Por su parte las Salas especiales y la fiscalía especializada de Kosovo (SEK), creadas para enjuiciar desde La Haya crímenes cometidos en la parte final de la guerra de Kosovo, entre 1 de enero 1998 y el 31 de diciembre de 2000, tampoco plantean problemas de prescripción puesto que se atribuyen el enjuiciamiento de crímenes transfronterizos e internacionales graves (Cataleta, 2020). En realidad, se trata de un tribunal especial internacionalizado que inició su andadura en 2017 y que se ocupa de enjuiciar, según la legislación nacional, delitos cometidos en un periodo de tiempo muy concreto, que, en su mayoría, son de alcance internacional (especialmente, crímenes de guerra y de lesa humanidad), y por tanto, imprescriptibles en cuanto que están sometidos al derecho internacional. También tienen competencias para enjuiciar delitos de naturaleza transnacional o nacional, que son prescriptibles porque se les aplica el derecho kosovar.

La cuestión se plantea en términos similares en otros THs. Así es, tanto el Tribunal de Timor Oriental como la Sala Extraordinaria en los Tribunales de Camboya, en sus leyes de funcionamiento, establecieron diferencias entre los crímenes internacionales, imprescriptibles, y los nacionales, sujetos a prescripción. Si bien, uno y otro tribunal atribuyeron esa condición a crímenes algo distintos. En el caso de Timor Oriental se declararon imprescriptibles los crímenes de guerra, genocidio, lesa humanidad y tortura. Por el contrario, en Camboya únicamente se consideraron imprescriptibles el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, dejando fuera los crímenes de guerra. También existen diferencias en cuanto a los crímenes nacionales que conocen uno y otro tribunal. Sin embargo, ambos tribunales establecieron que los crímenes nacionales, el homicidio y los delitos sexuales, para el primero, y el homicidio, la tortura y la persecución religiosa, para Camboya, prescribían. Ahora bien, en ambos casos sus leyes de funcionamiento reconocen que cuando cualquiera de los delitos nacionales se ha cometido en el marco de un crimen

de lesa humanidad pasa a ser considerado crimen internacional, a los efectos de la prescripción.

3.2.2. La Corte Penal Internacional

La cuestión queda aparentemente definitivamente zanjada a nivel internacional con la aprobación del Estatuto de Roma (ECPI), en el que se establece de forma expresa, en su art. 29, que “los crímenes competencia de la Corte no prescriben”. De esa manera, para los Estados que ha ratificado el ER esos cuatro crímenes internacionales no prescriben, ni cuando se juzgan en el ámbito doméstico ni cuando son juzgados por la CPI.

3.2.2.1. *La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de Roma*

El ECPI declara imprescriptibles el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y de agresión cuando éstos son juzgados por instancias internacionales, por la CPI. Sin embargo, con esta previsión lejos de quedar resueltas todas las cuestiones referentes a la prescripción de algunos crímenes internacionales, se abren otras dudas que interesa abordar.

En primer lugar, cabría preguntarse si la declaración del art. 29 ECPI obliga a los Estados parte a considerar imprescriptibles esos crímenes también en sus legislaciones nacionales. En segundo lugar, qué ocurre si la legislación de uno de los Estados parte no considera imprescriptible esos crímenes e impide que la CPI pueda conocerlos (principio de complementariedad), precisamente porque ha sido declarada prescrita la acción penal a nivel nacional, y en virtud del principio de cosa juzgada (art. 20 ECPI) la CPI no podría ya conocerlo.

Analicemos estas cuestiones ordenadamente.

Respecto a la primera pregunta, lo cierto es que la mayor parte de los Estados que han ratificado el ECPI ha modificado su legislación sustantiva nacional para adaptarla a las exigencias previstas en

el ECPI (Dondé Matute, 2018; Casanovas & Rodrigo, 2020). Sin embargo, son posibles y compatibles con la ratificación del ECPI situaciones en las que los Estados no han modificados sus códigos penales y/o procesales para adaptarlos a ella (Gil Gil *et. al.*, 2019). En estos supuestos deberá examinarse, dependiendo del crimen internacional de que se trate, si es posible defender su imprescriptibilidad, por aplicación de la costumbre o de su consideración como una norma de *ius cogens*. Sobre ello volveré más adelante.

La segunda de las cuestiones planteadas también resulta difícil de revolver. Sin embargo, considero que, por la vía del principio de complementariedad, ello sería posible. Si el Estado con jurisdicción para conocer un crimen competencia de la CPI no actuara, alegando que según su legislación interna el crimen ha prescrito, podría atribuirse la competencia a la CPI si se considerara que se trata de uno de los supuestos incluido en el art. 17(1)(a) del ECPI. Para ello debería tomarse en consideración las circunstancias concretas del caso, pero sería posible alegar, para la admisibilidad, que el Estado no pudo investigar a tiempo, o no pudo enjuiciarlo. Por ejemplo, porque no pudo iniciarse la investigación hasta que el responsable cesó en su cargo, y el tiempo restante para la investigación no fue suficiente. También cabría alegar lo dispuesto en el art. 20(3)(a) ECPI, si la prescripción del crimen fuera declarada por el tribunal nacional competente para su enjuiciamiento de modo “fraudulento”. Ello podría darse en aquellos supuestos en los que la prescripción se alcanzó como consecuencia, por ejemplo, de la inactividad de los órganos judiciales o del injustificado retraso en la respuesta a una autorización para juzgar a una persona (parlamentario o político) que goza de especial protección.

En todo caso, en supuestos de prescripción del crimen según la legislación nacional, para analizar la disposición o no del Estado para actuar deberían valorarse las circunstancias a) y b) del art. 17 (2) del ECPI. La interpretación que en 2014 realizó de esta previsión la Sala de Apelación de la CPI en la situación de Libia podría trasladarse a estos supuestos si se probara que la prescripción del crimen fue un “estrategia”, un “escudo”, para proteger o alejar al acusado de las responsabilidades internacionales. Ello sería posible si se declarara prescrito el crimen o, como ocurrió en el caso de Gadafi, cuando,

tras ser condenado en julio de 2015 por el Tribunal Penal de Trípoli, fue liberado en 2016 como consecuencia de la aprobación de una ley de amnistía general. Aunque el supuesto examinado por la CPI es distinto, lo decisivo es que, habiendo pronunciamiento, éste se emitió precisamente con la voluntad de excluir el cumplimiento efectivo de la condena penal.

En conclusión, aunque la CPI no puede obligar a los Estados que han ratificado el ECPI a modificar sus legislaciones e incorporar la imprescriptibilidad de los crímenes de su competencia, lo cierto es que sí éstos prescriben por inactividad del Estado, “buscada de propósito” o por concurrir “impedimentos para su investigación, legales o de hecho” (porque, por ejemplo, el responsable permanece todavía en el poder y obstruye cualquier investigación o enjuiciamiento) o incluso de forma extraordinaria cuando los sistemas judiciales se encuentran colapsados o no existe intención alguna de acabar con la impunidad porque los procesos nacionales no han sido “auténticos” (Jurdi, 2017; Rastan, 2017), sería posible alcanzar ese objetivo por la vía de la complementariedad, tal y como se ha indicado, pero únicamente cuando el caso hubiera sido sometido a la CPI.

3.2.2.2. *La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de ius cogens*

Por último, resta por examinar si efectivamente la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, de todos o de algunos de ellos, puede lograrse alegando que se trata de una costumbre internacional o de una norma de ius cogens. La respuesta a este interrogante, de ser afirmativa, permitiría extender la imprescriptibilidad erga omnes, a toda la comunidad internacional, al margen de que ello se encontrara previsto en su legislación interna o de la ratificación por el Estado del ECPI (Casanovas & Rodrigo, 2020).

Para ello debería probarse que existe una práctica reiterada de los Estados en este sentido y que, respecto a ella, hay una opinio iuris. Esto es, dicha práctica es considerada como jurídicamente vinculante a partir de las decisiones (actuación) adoptadas por los Estados (art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

Siguiendo nuevamente a Dondé Matute (2018), parece difícil afirmar la existencia de una práctica reiterada de los Estados y/o las diversas jurisdicciones nacionales e internacionales respecto de todos los crímenes internacionales (en sentido amplio). Ni la normativa internacional reconoce tal condición a todos ellos ni tampoco la nacional. A salvo de los cuatro crímenes internacionales reconocidos en el ECPI, respecto de los cuales parece haberse consolidado tal consideración. Ello significa que al resto de delitos con trascendencia internacional —la tortura, la esclavitud y las desapariciones forzosas, entre otros—, no se les ha reconocido tal efecto ni en la legislación interna, ni de forma mayoritaria, en los convenios y decisiones de los tribunales nacionales ni internacionales.

Son pocos, como ya se expuso más arriba, los Estados que han ratificado las convenciones sobre imprescriptibilidad y siguen existiendo Estados que habiendo ratificado el ECPI no reconocen expresamente el carácter imprescriptible de los crímenes competencia de la CPI. Incluso resultó polémica la decisión de incluir en el art. 29 del ECPI el carácter imprescriptible de los delitos de competencia de la CPI.

Tal y como se recoge en los trabajos preparatorios del ECPI (Informe del Comité preparatorio de 1996, párr. 195-196) la cuestión no fue pacífica. Algunos Estados se mostraron reticentes a declarar imprescriptibles otros crímenes distintos al genocidio y los crímenes de lesa humanidad, incluso se señaló, por alguna delegación, que debería preverse la posibilidad de flexibilizar la imprescriptibilidad cuando, por ejemplo, se careciera de pruebas por haber transcurrido muchos años desde la comisión del crimen.

Tampoco los instrumentos internacionales que se han ocupado de esta cuestión han sido suscritos por un número elevado de Estados, más bien todo lo contrario, y ello pone también de manifiesto la falta de consenso, en particular cuando se trata de crímenes distintos de genocidio y los crímenes de lesa humanidad. Así, por ejemplo, ni la convención contra la tortura ni tampoco las convenciones contra la desaparición forzada hacen referencia a su imprescriptibilidad absoluta, salvo que se vinculen a crimen de lesa humanidad, pero no cuando se cometen de forma aislada, como después se tratará.

No puede afirmarse que la imprescriptibilidad de todos los crímenes internacionales sea una norma de *ius cogens* ni siquiera un efecto de los crímenes considerados de *ius cogens*. La cuestión no es sencilla y son muchas las dudas que se ciernen sobre este tema.

Tal y como dispone el art. 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter (Tladi, 2019).

Aunque no existe una lista de normas de *ius cogens*, la Comisión de Derecho Internacional, se ha mostrado partidaria de realizar un listado abierto y no taxativo en el que se incluyen varios crímenes internacionales. Sin duda podría reconocerse que la prohibición de cometer torturas, de desapariciones forzosas o la discriminación (Medina Seminario & Vásquez Arana, 2013) integran prohibiciones que alcanzan la consideración de normas de *ius cogens*, pero de ello no se deriva automáticamente que ello tenga como efecto la imprescriptibilidad de todos ellos alegable *erga omnes*. En efecto, como se señaló en relación con la “costumbre internacional”, no parece reinar de momento un acuerdo suficiente en la comunidad internacional de Estados como para considerar la imprescriptibilidad una norma de *ius cogens* en relación con todos los delitos con trascendencia internacional, puesto que ello requería de un consenso mayor incluso que el demandado para la costumbre internacional¹⁰.

Así, por ejemplo, se encuentran en esta situación algunos de los crímenes como el de tortura, desaparición forzosa o apartheid reconocidos por la comunidad internacional como delitos internacionales, e incluso algunos de ellos con naturaleza de normas de *ius cogens* que, sin embargo, no son considerados imprescriptibles. Así lo reflejan los tratados internacionales que se ocupan de algunos de

¹⁰ Tladi (2019) cita abundantes decisiones de los tribunales nacionales e internacionales en las que se menciona el *ius cogens*, su funcionamiento, contenido y consecuencias.

estos¹¹. Ni siquiera en el caso de la tortura reina un acuerdo pleno. Aunque alguna decisión de los tribunales internacionales si la excluyó de la prescripción (caso Furundzija) no parece haberse admitido de forma generalizada y absoluta¹².

Aun siendo cierto que el listado de crímenes cuya consideración puede ser la de normas de *ius cogens* es susceptible de ampliarse (Ambos, 2014; Tladi, 2019), a partir de las nuevas necesidades manifestadas por los Estados y el avance en ese sentido de la codificación internacional, como parece estar ocurriendo en relación con ecocidio (Lorenzo, 2020) y la tutela internacional del medio ambiente, lo cierto que su imprescriptibilidad a nivel nacional e internacional no es un efecto o consecuencia automática (Aguiler, 2008).

En conclusión, no puede, de momento, admitirse que la prohibición de cometer o tolerar crímenes internacionales (en sentido amplio), como norma de *ius cogens*, tenga como efecto siempre su consideración como imprescriptible, esgrimible *erga omnes*. Únicamente ello resulta cierto en los supuestos en los que la imprescriptibilidad ha sido admitida ampliamente como un principio de derecho internacional general o como una costumbre internacional (Lorenzo, 2020), como parece haber ocurrido en los supuestos de genocidio, crimen de lesa humanidad, crimen de guerra y agresión (Dondé Matute, 2018). En otros casos y respectos a otros crímenes con trascendencia internacional, en ocasiones, la cuestión ha dependido de la jurisdicción en la que se examinen. Sin embargo, de mo-

¹¹ Como así ocurre en la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de 1973, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006, entre otras. Tampoco la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas de 1994 establece una obligación absoluta de imprescriptibilidad, puesto que permite a los Estados fijar un plazo de prescripción para estos crímenes igual al más grave en la legislación interna del Estado parte.

¹² Aunque sí excluyen la prescripción algunos tribunales como CIDH por suponer una violación grave de DD.HH., incluso aunque estas se cometan de forma aislada. *Vid.*: el caso Herzog y otros vs. Brasil.

mento, esos crímenes no han tenido una aceptación suficiente en la comunidad de Estados como para alcanzar tal efecto.

3.2.2.3. La imprescriptibilidad de los delitos vinculados a los crímenes de lesa humanidad o de guerra

La cuestión que debe resolverse ahora es si los delitos vinculados a los CLH o al Crimen de Guerra, prescriben para la CPI y para los Estados que la han ratificado, incluso aunque en sus jurisdicciones nacionales, cuando se cometen de forma aislada o en el contexto de uno de esos crímenes, se consideren prescriptibles.

En relación con esta problemática cabe decir que, en coherencia con lo sostenido hasta ahora, los delitos previstos en los arts. 7 y 8 ECPI, si se cometieran en el “contexto” de un crimen de lesa humanidad o de guerra serían considerados imprescriptibles porque pasarían a formar parte del crimen internacional, un elemento más del mismo, y sería de aplicación la regla del art. 29 ECPI.

Sin embargo, como algunos de los delitos que integran elementos específicos de estos crímenes son delitos comunes y tienen previsto plazo de prescripción, sería posible, si el Estado competente en primera instancia para conocerlos no hubiera armonizado su legislación incorporando los crímenes internacionales expresamente en su ordenamiento interno —de modo similar a como se encuentran previstos en el ECPI—, que se enjuiciara a los responsables de esos crímenes por la comisión de delitos comunes nacionales.

En esos supuestos los responsables podrían ser enjuiciados únicamente por el delito común (asesinato o violación, por ejemplo) y no por un el crimen internacional. En tales casos, correspondería —aunque ello ha sido discutido intensamente en los últimos tiempos por las resoluciones emitidas en el caso Gadafi— reconocer que, en virtud del principio de complementariedad, la competencia habría sido correctamente ejercida por el Estado nacional. Así lo ha interpretado la CPI cuando ha considerado suficiente, para evitar sustraer la competencia al Estado, que éste hubiera juzgado y condenado por

un delito nacional común/igual o similar¹³, incluso aunque se hubieran impuesto sanciones inadecuadas o insuficientes (Olasolo, 2012).

Ciertamente si el Estado que se atribuye la competencia para conocer el delito común (vinculado a un crimen internacional) alegará ante la CPI la prescripción, entiendo que la cuestión debería resolverse de forma distinta. Aunque la Corte no se ha pronunciado expresamente sobre este extremo, considero que debería de examinarse, para su admisibilidad, si la prescripción se ha producido como consecuencia de una” demora injustificada en el juicio (o en la investigación) que dadas las circunstancias sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona ante la justicia” (art. 17.2(b) ECPI) o que “obedecía al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal” (art. 20.3 (a) ECPI). Esto es, cuando pudiera acreditarse que se trata de una intervención fraudulenta del Estado dirigida a evitar el enjuiciamiento y condena internacional del acusado. Se ser así, podría la CPI conocer el caso pese a haber prescrito el delito según la legislación doméstica del Estado competente para enjuiciarlo.

3.3. La imprescriptibilidad vinculada a la obligación del Estado de investigar, procesar y sancionar graves violaciones de los derechos humanos: La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

El último de los interrogantes al que debe hacerse frente es el de la posibilidad de considerar imprescriptibles algunas violaciones de DD. HH¹⁴. Esta cuestión se ha planteado con particular intensidad en el marco de la CtIDH, para atribuir la condición de imprescripti-

¹³ En relación con esta cuestión debería examinarse si la conducta objeto de enjuiciamiento por el Estado competente para ello fue la misma o similar. *Vid.*: el test denominado ‘misma persona-misma conducta’ (*Same person-Same conduct test*), por ejemplo, en el caso *The prosecutor vs Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi* (2014).

¹⁴ La Corte Europea de Derechos Humanos (CtEDH) también se ha pronunciado sobre la imprescriptibilidad de algunos crímenes internacionales (Dondé Matute, 2018).

bles a algunas de estas violaciones cometidas durante las dictaduras latinoamericanas (Parenti, 2010)¹⁵. Aunque en esa jurisdicción no se juzga a personas sino a Estados, se les atribuye responsabilidad precisamente por considerar que en muchos de esos supuestos ha sido el Estado el que (por acción u omisión) ha tolerado que se cometieran violaciones de DD. HH., no las han investigado y/o no las ha sancionado.

Sobre esta cuestión existe, hoy, un buen número de decisiones (Parenti, 2010, Dondé Matute, 2018). La primera de ellas suele situarse en el caso Barrios Altos (2001). Por primera vez la CIDH señaló que resultaban inadmisibles las disposiciones de amnistía y prescripción dirigidas a impedir la investigación y sanción de “violaciones graves” de DD. HH., como la tortura, ejecuciones sumarias, las desapariciones forzadas u otras violaciones del DIDH. Aunque el caso no implicaba directamente cuestiones de prescripción, éste ha sido el precedente que se ha citado en decisiones posteriores relacionadas con la prescripción de ese tipo de violaciones (Parenti, 2010).

Desde entonces, como señala Dondé Matute (2018), la jurisprudencia de la Corte ha ido precisando y exigiendo determinadas condiciones para que las violaciones de DDHH puedan ser consideradas imprescriptibles. Después de la decisión de Barrios Altos que parecía impedir la posibilidad de alegar la prescripción cuando se trataba de una “violación grave”, la Corte parece haber matizado su posición. En este sentido resulta hoy clara la posición respecto a aquellas violaciones de DD. HH. que se cometen en el contexto de crímenes de lesa humanidad, que resultan imprescriptibles bajo los tratados internacionales, y también para la CIDH¹⁶.

¹⁵ Aunque también se han alzado voces recientemente demandando que a nivel europeo se establezcan vínculos entre corrupción y la violación de DD. HH. (Peters, 2019a), sin embargo, la cuestión sigue despertando desacuerdo (Peters, 2019b).

¹⁶ Así se ha pronunciado con claridad, entre otras, en las Decisiones dictadas en los casos de la Masacre de la Rochela vs. Colombia de 2007, en el caso Vera Vera y otras vs. Ecuador de 2011, y más recientemente en el caso Herzog y otros vs. Brasil de 2018.

Ahora bien, cuando se trata de violaciones aislada que no se cometen en contextos generalizados o sistemáticos, la cuestión se ha resuelto de manera distinta dependiendo de cuál haya sido la concreta violación cometida y de las circunstancias del caso. Podría sostenerse, a partir del examen de la jurisprudencia de la Corte, que cuando se cometen “violaciones graves de DDHH” no podrá invocarse la prescripción. En esta dirección, la Corte ha señalado de manera reiterada que cuando se trata de delitos de derecho internacional cuya prohibición tiene estatus de *ius cogens*, como la desaparición forzada¹⁷, la tortura¹⁸, las ejecuciones extrajudiciales o la esclavitud¹⁹

¹⁷ Cuando la Corte ha examinado la posible prescripción del crimen de desaparición forzosa, en el caso Trujillo Oroza vs. Bolivia (2002), toma en consideración para excluirla que hasta la fecha no se conocía el paradero de la persona desaparecida y, como el delito de desaparición forzosa es un delito permanente, el cómputo para su prescripción no podía iniciarse. Hecho que había sido ya indicado en la Sentencia del Tribunal Constitucional de Bolivia de 2001.

¹⁸ Resolución CIDH de 5 de julio de 2011, caso Bueno Alves vs. Argentina, en supervisión de cumplimiento de sentencia, párr. 45. En relación con la posible prescripción de un delito de tortura, señala, en el párr. 40 que “en el eventual análisis de la impunidad en un proceso judicial, es importante tener presente que ciertos contextos de violencia institucional, además de ciertos obstáculos en la investigación, pueden propiciar serias dificultades para la debida investigación de algunas violaciones de derechos humanos”. *Vid.*: También Resolución caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, sentencia de 14 de noviembre de 2014. párr. 556b), donde rechaza la prescripción en supuestos de investigación de desapariciones forzadas y tortura. “por tratarse de violaciones graves a los derechos humanos, incluyendo desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y torturas, el Estado deberá abstenerse de recurrir a la aplicación de leyes de amnistía ni argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio *non bis in ídem* o cualquier eximente similar de responsabilidad, con el fin de excusarse de la obligación de investigar y enjuiciar a los responsables”. Cita la CIDH también otro precedente en este sentido (Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú, de 2013).

¹⁹ Caso Trabajadores de la Hacienda de Brasil verde vs. Brasil, de 2016, párr. 412 donde indica que “la esclavitud es considerada un delito de derecho internacional cuya prohibición tiene estatus de *ius cogens*”, indicando a continuación que frente a esa clase de crímenes no es posible alegar ni aplicar la prescripción para evadir las obligaciones de investigar y sancionar esos delitos

no se admite la prescripción, aunque se encuentre previsto en los ordenamientos internos de los lugares donde estos delitos se cometieron. La CIDH, en una de sus últimas decisiones al respecto (caso *Herzog y otros vs. Brasil*, de 2018), señala que:

La prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores. Esta es una garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito. Sin perjuicio de lo anterior, excepcionalmente, la prescripción de la acción penal es inadmisibles e inaplicable cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional. La jurisprudencia constante y uniforme de la Corte así lo ha señalado.

Sin embargo, rechaza la posibilidad de considerar imprescriptible, o de no reconocer efectos a la prescripción, en supuestos en los que la violación de DD. HH. no pueden ser consideradas como “graves”. Esta cuestión ha sido examinada por la Corte en varias ocasiones, en particular en relación con la violación del derecho a la integridad personal y a la vida (art. 5.1 de la Convención). En esos casos ha mantenido que la exclusión de la prescripción no puede operar de manera automática puesto que no se contemplan en los tratados internacionales. Así se pronunció por primera vez en el caso de *Albán Cornejo vs. Ecuador*²⁰ en el que se examinó un caso de negligencias médicas que provocó la muerte de una persona. En ese y otros casos posteriores como el *Caso Comunidad Garifuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras* señaló que:

Esta obligación (la de investigar e imponer efectivas sanciones) debe ser cumplida en un plazo razonable. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte recuerda que es jurisprudencia constante de este Tribunal que los hechos no constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos pueden prescribir de conformidad con lo dispuesto en las legislaciones internas de los Estados²¹.

²⁰ Aunque con posterioridad, en el *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador* (2011), pareció resolver en sentido distinto, en realidad ello se debió a que el delito que no había sido investigado por el Estado podía haber sido calificado como “tortura” y no como muerte por negligencia médica

²¹ *Vid.*: también el caso *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia* y recientemente, en el mismo sentido, el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*.

En conclusión, la CIDH examina esta cuestión y le confiere una eficacia distinta dependiendo de la trascendencia de la violación de DD. HH. de que se trata y distingue tres niveles: (i) crímenes internacionales que son imprescriptibles según los tratados, (ii) otras violaciones graves de los DD. HH., entre las que sitúa algunos delitos con trascendencia internacional, a los que no aplica la prescripción y obliga a Estado a investigar y, por último, (iii) violaciones de DD. HH. que no tienen la gravedad y alcance de las anteriores, respecto de las cuáles se admite la prescripción y no se obliga al Estado a iniciar o proseguir una investigación respecto a ellos, aunque si se reconoce derecho a las víctimas a ser reparadas por el Estado.

4. ¿PODRÍA APLICARSE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL EN CASO DE QUE FUERA CONSIDERADO UN CRIMEN INTERNACIONAL O UNA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS?

4.1. Para el caso de ser incluida en el Estatuto Roma como un crimen internacional competencia de la Corte o como un delito vinculado a alguno de esos crímenes

4.1.1. Si se incorporara al Estatuto de Roma como un crimen

La respuesta es sin duda positiva en el caso de que la corrupción transnacional vinculada a la delincuencia organizada pasará a formar parte de los crímenes competencia de la CPI, también si este tipo de corrupción se incluyera como delito específico vinculado a los crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, aunque en uno y otro caso los efectos serían distinto, como se indicará a continuación.

En el caso de incluirse la corrupción transnacional vinculada a la delincuencia organizada como el quinto crimen en el ECPI, sería recomendable, para evitar algunos obstáculos o estrategias dirigidas a conseguir la impunidad, que se implementara la normativa de los Estados para adecuarla a la nueva previsión del ECPI y se declarara a nivel doméstico su imprescriptibilidad. Particularmente en este

caso porque debería concretarse las condiciones que convierten a la corrupción o a determinadas formas de corrupción en un crimen internacional.

Tal y como se analizó con carácter general, la imprescriptibilidad en esos casos aplicaría para los Estados que hubieran ratificado el ECPI. Pero también para el resto de los Estados, para la comunidad internacional, de incluirse como el quinto crimen en el ECPI, entiendo que ello acarrearía, del mismo modo que para el resto de los crímenes internacionales en sentido estricto, la condición de imperceptible que podría alegarse erga omnes.

4.1.2. Si se incorporara al Estatuto de Roma como un delito vinculado a alguno de los crímenes competencia de la CPI

Si la opción fuera la de incluir la corrupción o alguna forma específica y particularmente grave de corrupción, por ejemplo, la transnacional asociada al crimen organizado, como un delito vinculado al crimen de lesa humanidad, por ejemplo, o al de guerra. En tal caso, con independencia de que esta modalidad de corrupción fuera reconocida o no como imprescriptible a nivel doméstico, pasaría a integrar un elemento del crimen y como tal le alcanzaría la declaración de imprescriptibilidad dispuesta en el art. 29 ECPI.

No podría invocarse que esa clase de corrupción habría prescrito, según la legislación interna, para excluir el conocimiento de la CPI de ese delito, si éste se hubiera cometido en un contexto generalizado o sistemático, o de conflicto armado.

Por el contrario, y respecto también a los Estados que hubieran firmado el ER, cuando la corrupción no se cometiera en contextos de crimen internacional deberían regir las reglas generales sobre prescripción asignadas por los ordenamientos internos y respaldadas a nivel convencional.

El principal problema con el que podría tropezar esta opción estriba en la dificultad de concretar las formas de corrupción que deberán preverse como delitos vinculados a crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad y la prueba de la relación causal entre el

crimen internacional y la corrupción. Sería por ello, particularmente importante que quedara claramente delimitada la conducta y sus características.

Sin embargo, de situarnos en esta hipótesis —incorporación de esta clase de corrupción como delito vinculado a algún crimen competencia de la CPI— resultaría problemático mantener su carácter imprescriptible incluso aunque la corrupción se hubiera cometido en un contexto generalizado o sistemático, o de conflicto armado, para los Estados que no hubieran ratificado el ECPI si estos no previeran expresamente tal condición en sus legislaciones internas. Esto es, para los Estados no parte del ECPI, para la comunidad internacional en general, estas formas graves de corrupción únicamente podrían considerarse imprescriptibles si así se declarara en sus ordenamientos internos. De lo contrario, debería aplicar el régimen de prescripción ordinario previsto para la corrupción a nivel doméstico.

Para soslayar las posibles dificultades de incluir estas formas graves de corrupción como un delito vinculado a un crimen internacional competencia de la Corte, se ha sugerido que la comisión de conductas corruptas por parte de los responsables de esos crímenes podría tomarse en consideración bien para decidir sobre la admisibilidad del caso, bien para agravar su responsabilidad, en fase de determinación de la pena (Hava, 2016). Ello podría permitir que cuando se probara que los crímenes hubieran resultado facilitados o se hubieran agravado por la existencia de corrupción (gran corrupción o corrupción sistemática y estructural) el caso fuera admisible en términos de gravedad o se pudiera aplicar la agravante prevista en el art. 145(2)(b) RPP. De optarse por esta forma de tomar en consideración la concurrencia de corrupción, sería indiferente que esta hubiera prescrito conforme al ordenamiento del Estado competente para juzgarla puesto que lo que se estaría valorando serían las consecuencias sobre las víctimas y/o el abuso de poder que conllevan las conductas corruptas y no si estas fueron ya enjuiciadas o han prescrito.

4.2. *Para el caso de considerarse que la corrupción o algunas formas de corrupción suponen una violación de derechos humanos*

De admitirse que determinadas formas de corrupción (captura del Estado o formas graves de macrocorrupción) pueden implicar la violación de DD. HH. o impedir o limitar el disfrute de éstos²² podrían también considerarse impredecibles, a los efectos de determinar la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de sus deberes de evitar la violación de derechos inderogables reconocidos por el DIDH²³.

Así, tal y como ha venido manteniendo la jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana frente a otras violaciones graves de DD. HH.²⁴ dependiendo de las características, condiciones y efectos que la concreta conducta de corrupción tuviera en el disfrute de esos derechos, en particular de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, podría considerarse una violación grave de DD. HH. para la que no aplicaría la prescripción,

Para examinar la gravedad de la corrupción desde la perspectiva de los DD.HH. y asignarle efectos es necesario valorar las distintas formas que esta puede presentar y la manera en la que los diversos contextos de corrupción facilitan y/o fomentan la vulneración de DD. HH. Como ha señalado la Comisión Interamericana de Dere-

²² Así se expresa el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en 2017: “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. Por lo tanto, se ha de proteger a los denunciantes de irregularidades y se deben establecer mecanismos especializados de lucha contra la corrupción, velar por su independencia y dotarlos de recursos suficientes” (párr. 20).

²³ *Vid.*: en este mismo sentido el Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos.

²⁴ *Vid.*: 3.3.

chos Humanos (2019), sería conveniente distinguirse las situaciones que podrían generar el reconocimiento de obligaciones de reparar en favor de las víctimas a partir de una clasificación tripartita que va de mayor a menor gravedad:

1. Aquellos casos en los que la corrupción se presenta en contextos de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. Esto podría producirse cuando se “captura al Estado” y se desvía de los fines públicos en favor de intereses privados o ajenos a los públicos. Señala que ello podría darse en supuestos de dictaduras y gobiernos que devienen en autoritarios cuando se producen una concentración ilegítima de poder estatal, se abren amplios espacios de discrecionalidad sin mecanismos institucionales y sociales de control, se garantiza la impunidad y se normaliza la ilegalidad. Esta clase grave de corrupción también se podría producir cuando la captación del Estado está vinculada con el crimen organizado;
2. Aquellos otros casos, que algunos denominan de corrupción estructural, y que afectan al goce y ejercicio de los derechos de ciertos colectivos en condiciones de vulnerabilidad histórica. Este tipo de corrupción se caracteriza porque está directamente vinculada con complejos entramados institucionales y culturales que fomentan, permiten o directamente producen afectaciones de derechos, de particular incidencia en las regiones menos favorecidas; y
3. Por último, deben también valorarse la existencia de supuestos de *corrupción aislada* que afecta en forma agravada a sectores desaventajados de la población que pueden ser objeto de prácticas extorsivas de distinta naturaleza. Los casos de gran corrupción y macrocorrupción también tienen un impacto en estos grupos, ya que muchas veces los fondos que se sustraen del erario son precisamente aquellos destinados a estos sectores prioritarios de las políticas sociales del Estado (entre otros, salud, educación o medio ambiente).

De concurrir alguna de estas tres situaciones podrían atribuirse responsabilidad al Estado y acordarse reparaciones en favor de las víctimas aun estando prescritos los delitos de corrupción, probable-

mente en el primero y en el segundo de los casos, por tratarse, sin duda, de una violación “grave de DD. HH.”. También en estos supuestos podría compelirse al Estado a investigar, procesar y, en su caso, sancionar los delitos prescritos. En el tercero quizá podrían plantearse mayores problemas puesto que la violación aislada de DDHH no tiene un reconocimiento internacional convencional o consuetudinario, con lo que difícilmente podría aplicar la prescripción, aunque sí podrían reconocerse derecho a las víctimas a ser reparadas.

5. CONCLUSIONES

Procederé a continuación a concretar las propuestas en materia de prescripción de la corrupción, en particular de la transnacional vinculada a la delincuencia organizada, alcanzadas para cada uno de los niveles examinados. Pese a que se ha intentado cerrar cada epígrafe con unas conclusiones parciales, trataré en lo que sigue de ordenarlas y sintetizarlas.

La corrupción a nivel nacional o doméstico representa en la actualidad un grave problema, en especial cuando se trata de tramas de corrupción política cuya persecución, por sus características, presenta serias dificultades. Tal y como se señaló, su descubrimiento, investigación y enjuiciamiento resultan complejos y ello provoca retrasos que pueden conducir a la prescripción del delito. Esta situación, el riesgo de impunidad, ha llevado a cuestionarse la necesidad de extender los plazos de prescripción o incluso de declararla imprescriptible.

Frente a estas propuestas considero más adecuadas aquellas que abogan por fijar unos plazos de prescripción proporcionales a la gravedad del delito, estableciendo diferencias según el tipo de corrupción de que se trata (la clase de delito), sus efectos y los sujetos implicados. Además, entiendo que para poder hacer frente a los problemas específicos que plantea la corrupción es necesario establecer mecanismos de flexibilización como los que se han propuesto a nivel internacional, y se recogen en el texto.

Debe advertirse que son muchos los delitos cuya investigación y enjuiciamiento presenta dificultades, algunas derivadas de deficien-

cias del propio sistema (estructurales) y/o del proceso. Los retrasos en el inicio de la investigación y la excesiva duración de los procesos penales son comunes a muchos delitos y países. Sin embargo, esos problemas no pueden solucionarse recurriendo a ampliar injustificadamente los plazos de prescripción ni, menos aún a excluirlos en detrimento de las garantías vinculadas al debido proceso y al “plazo razonable”, consagradas al más alto nivel.

También me he mostrado partidaria de respetar las reglas de la prescripción, con las modificaciones que se sugieren, cuando la corrupción presenta carácter trasnacional, de establecer plazos amplios de prescripción en supuestos graves y reglas específicas de suspensión. Así parecen haberlo entendido también las instancias internacionales que se han ocupado del tema, sugiriendo, en relación con la cuestión de la prescripción, que se fijen plazos “prolongados” y se facilite el enjuiciamiento de los responsables si estos han escapado a la acción de la justicia valiéndose de prerrogativas (trabas legales o procesales para su enjuiciamiento o incluso han eludido la acción de la justicia trasladándose a otro Estado) o abusando de su posición de poder. En este sentido pienso que reforzar los mecanismos de cooperación entre Estados puede también contribuir positivamente a reducir los tiempos necesarios para llevar a cabo investigaciones.

Las fórmulas propuestas a nivel regional para luchar contra esta clase de corrupción trasnacional (interamericano y africano) no parecen haber alcanzado, por el momento, el consenso y la precisión necesarias, tal y como se examina en el texto. Una opción en favor de considerar imprescriptible la corrupción por presentar naturaleza trasnacional no resulta justificada ni por su gravedad, puesto que ello dependerá de que concurren también otras circunstancias, ni por los efectos que podría tener en los sistemas jurídicos estatales, la posible eternización de las causas. Pero sobre todo porque es necesario preservar un equilibrio entre el derecho de las víctimas al acceso a la justicia y los derechos procesales que asisten a los imputados/investigados. Entiendo que la opción más adecuada para enjuiciar a nivel regional la corrupción trasnacional pasa por establecer con claridad las condiciones que debe presentar esta clase de corrupción para ser enjuiciada a ese nivel y respetar las reglas nacionales de prescripción. De ese modo y siempre que los tribunales regionales se atribuyan la

competencia de forma complementaria podrá evitarse la impunidad en aquellos supuestos en los que el Estado alegue fraudulentamente la prescripción o incluso cuando se pruebe que el Estado no ha tenido capacidad para investigar en un tiempo razonable o no ha tenido voluntad de hacerlo.

La cuestión, sin embargo, se podría plantear en términos distintos cuando la corrupción presenta unas determinadas características que la hacen especialmente grave. Me refiero a aquellas formas de corrupción que pudieran vincularse con la violación grave de DD. HH. o con crímenes internacionales. Esto es, la sistemática, generalizada o estructural.

En este terreno, el internacional, las conclusiones deberían ser distintas. No obstante, la cuestión dependerá del tipo de crimen del que se trata y de la forma en que se configure. Efectivamente extender la imprescriptibilidad a todos los crímenes internacionales, en sentido amplio, es una cuestión que no suscita consenso, salvo en relación con aquellos que integran normas de *ius cogens* y que, básicamente hasta el momento, son los cuatro sobre los que tiene competencia de la CPI. Más allá de estos crímenes la comunidad internacional no ha logrado ponerse de acuerdo sobre su naturaleza y efectos, en particular sobre la posibilidad de declararlos imprescriptibles *erga omnes*.

Por tanto, una hipotética inclusión de la corrupción que presenta estas características de gravedad como crimen competencia de la CPI podría conferir al crimen carácter imprescriptible, tanto a nivel doméstico como internacional para aquellos Estados que formarán parte del ECPI y probablemente para la comunidad internacional en general como ocurre respecto a los crímenes de lesa Humanidad, guerra, genocidio y agresión. Para el resto de la comunidad internacional, para los Estados no parte del ECPI, esta clase de corrupción internacional no devendría automáticamente imprescriptible. Podría ocurrir algo semejante a lo que acontece con la tortura, el terrorismo y otros crímenes internacionales en sentido amplio. Tal efecto dependería del grado de consenso alcanzado en relación con ese delito de corrupción y los efectos que se le atribuyera. Así, tal y como se ha expuesto, podría admitirse la imprescriptibilidad de estas formas de corrupción si, por ejemplo, se cometiera en un contexto

sistemático y generalizado, como parte de un crimen internacional en sentido estricto.

Junto a esta opción asimismo se ha analizado las consecuencias a nivel de prescripción que tendría la corrupción transnacional vinculada a la delincuencia organizada cuando esta fuera incluida como uno de los delitos parte de los crímenes competencia de la CPI, tanto para los Estados parte del ECPI como para el resto de la comunidad internacional.

Por último, también se ha examinado otra de las vías internacionales que podrían permitir valorar estas formas de corrupción desde la perspectiva de los DD. HH. El atrevido camino iniciado por la CIDH y sugerido también últimamente de manera todavía muy tímida en la Unión Europea (Corte de Justicia de la Unión Europea) parece interesante. Se está sugiriendo que determinadas formas de corrupción (masiva y sistemática, la estructural e incluso la aislada) pueden implicar la violación de DD. HH o impedir o limitar su disfrute. A partir de estas consideraciones he estimado que se podría defender incluso la no aplicabilidad de la prescripción cuando la corrupción es masiva y sistemática o estructural a los efectos de reconocer derecho a las víctimas a ser indemnizadas e instar al Estado a investigar, enjuiciar y sancionar los hechos.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. (14 de marzo de 2001). Caso Barrios Altos vs. Perú. (Sentencia). Serie C No. 75.

CIDH. (27 de febrero de 2002). Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia (Reparaciones y Costas). Serie C No. 92.

CIDH. (11 de mayo de 2007). Casos de la Masacre de la Rochela vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 163.

CIDH. (22 de noviembre de 2007). Caso Albán Cornejo vs. Ecuador (Fondo de Reparaciones y Costas). Serie C No. 171.

- CIDH. (19 de mayo de 2011). Caso Vera Vera y otras vs. Ecuador (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No 226.
- CIDH. (5 de julio de 2011). Caso Bueno Alves vs. Argentina (Supervisión de cumplimiento de sentencia). Serie C No. 164.
- CIDH. (25 de noviembre de 2013). Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 272.
- CIDH. (26 de noviembre de 2013). Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 274.
- CIDH. (14 de noviembre de 2014). Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 287
- CIDH. (8 de octubre de 2015). Caso Comunidad Garifuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No.305.
- CIDH. (20 de octubre de 2016). Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 328.
- CIDH. (8 de marzo de 2018). Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie. C No. 349.
- CIDH. (15 de marzo de 2018). Caso Herzog y otros vs. Brasil (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No.353.

Corte Penal Internacional

- CPI. (2013). Prosecutor vs. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. Prosecution's Response to "Application on behalf of the Government of Libya relating to Abdullah Al-Senussi pursuant to Article 19 of the ICC Statute"). ICC- ICC-01/11-01/11-331, 6 May 2013.
- CPI (2014). The Prosecutor v. Abdullah Al-Senussi. Judgment on the appeal of Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Al-Senussi". ICC-01/11-01/11-565, 24 July 2014.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

- TPIY (1998). *Prosecutor vs. Furundzija*. Trial Chamber, Judgment. Case No.: IT-95-17/1-T, 10 December 1998.

Doctrina

- Aguiler, G. (2008). “Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno”. *Ius Et Praxis*. Vol. 14(2). Pp. 147-207.
- Ambos, K. (2014). *Treatise on International Criminal law: Volume II: The Crimes and Sentencing*. Oxford: Oxford University Press.
- Amnesty International. (2016). *Malabo protocol: Legal and institutional implications of the merged and expanded African Court*. <https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/05/AFR0130632016ENGLISH.pdf>
- Arballo, G. (10 de octubre de 2016). “Imprescriptibilidad y corrupción”. *Saber derecho*. <http://www.saberderecho.com/2016/10/imprescriptibilidad-y-corrupcion.html>
- Bonacera, G. (2020). “La corrupción como crimen de Lesa Humanidad bajo el Estatuto de Roma”. *Revista Electrónica de Estudios penales y de la Seguridad*. Vol. 6.
- Bonet, M. (2021). “Sobre la prescripción como instrumento de lucha contra los abusos sexuales infantiles (a propósito del proyecto de ley orgánica 121/000022 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia)”. En: De La Cuesta Arzamendi, J.L. (ed.). *Contra la política criminal de tolerancia cero* (pp. 323-338). Barcelona: Thomson-Reuter-Aranzadi
- Casanovas, O. & Rodrigo, A.J. (2020). *Compendio de derecho internacional público* (9ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Cataleta, M.S. (2020). “Las Cámaras de Especialistas de Kosovo, un nuevo instrumento para el proceso de justicia transicional en Kosovo”. *Revista de Derecho Penal Internacional*. Vol. 3. Pp. 1-6.
- Dondé Matute, F.J. (2018). “La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales: contornos, lagunas y perspectivas”. *Ciencia Jurídica*. Vol. 7(13). Pp. 65-89.
- Gatta, G.L. (2021). “Prescripción del delito, duración razonable del proceso y protección de bienes jurídicos”. En: Santana, D.M, et. al. (eds.) *Una perspectiva global del Derecho Penal: Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*. Barcelona: Atelier.
- Gil Gil, A. & Maculan, E. (2019). *Derecho penal Internacional* (2º ed.). Dykinson
- Gili, A. (2001). *La Prescripción en Derecho Penal*. Barcelona: Aranzadi
- Gómez, V. (2016). *La prescripción del delito Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*. Montevideo: Editorial B de F.

- Hava García, E. (2016). Gran corrupción: estrategias para evitar su impunidad internacional. *Nuevo Foro Penal*, 12(87), 60-98. <https://doi.org/10.17230/nfp.12.87.2>
- Jurdi, N. (2017). The Complementarity Regime of the International Criminal Court in Practice: Is it Truly Serving the Purpose? Some Lessons from Libya. *Leiden Journal of International Law*, 30(1), 199-220. doi:10.1017/S0922156516000571
- Lorenzo, P. (2020). La protección del medio ambiente como norma imperativa de derecho internacional (Ius cogens). *Revista De Derecho*. Vol. 19(37). Pp. 41-69. <https://doi.org/10.47274/DERUM/37.3>
- Medina Seminario, M.E. & Vásquez Arana, C.A. (2013). “La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y prohibición de beneficios”. *LEX – Revista de la Facultad De Derecho y Ciencia Política*, 11(11), 47-67.
- Olasolo, H. (2012). “El Principio de Complementariedad y las Estrategias de Actuación de la Corte Penal Internacional en la Fase de Examen Preliminar”. *Via Inveniendi et Iudicandi*. Vol. 7(2). Pp. 79-102.
- Parenti, P.F. (2010). “La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: Elsner, G., Ambos, K. & Malarino, E. (Eds.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Vol. 1. Bonn: Konrad-Adenauer Stiftung.
- Peters, A. (2019a). “Corruption as a Violation of International Human Rights”. *European Journal of International Law*. Vol. 29(4). Pp. 1251-1287.
- Peters, A. (2019b). The Risk and Opportunity of the Humanisation of International Anti-Corruption Law: A Rejoinder to Kevin E. Davis and Franco Peirone. *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*. <https://www.ejiltalk.org/the-risk-and-opportunity-of-the-humanisation-of-international-anti-corruption-law-a-rejoinder-to-kevin-e-davis-and-franco-peirone/>
- Quintero, G. (2019). “Corrupción y prescripción. La influencia del tiempo no es un accidente fruto del capricho de los legisladores, decidido por razones de eficacia o de oportunidad”. *El confidencial*. https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2019-01-20/corrupcion-y-prescripcion_1764410/
- Rastan, R. (2017). “What is ‘Substantially the Same Conduct’? Unpacking the ICC’s ‘First Limb’ Complementarity Jurisprudence”. *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 15(1). Pp. 1-29.
- Rodríguez Puerta, M.J. (2020). “El derecho de las víctimas colectivas a participar en encuentros restaurativos. Un análisis a partir de algunos delitos

- económicos”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Vol. 22. Pg. 14 et.seq.,
- Santana, D.M. (2021). “La retroactividad de los plazos de prescripción penal (especial referencia a los delitos de corrupción)”. En: De la Cuesta Arizmendi, J.L. (Ed.). *Contra la política criminal de tolerancia cero*. Barcelona: Thomson-Reuter-Aranzadi.
- Stephenson, M.C. & Schütte, S. (2019). *Tribunales especializados anticorrupción: Un mapeo comparativo*. Oslo: Chr. Michelsen Institute (U4 Issue 2019:13). <https://www.u4.no/publications/tribunales-especializados-anticorrupcin-un-mapeo-comparativo.pdf>
- Tshitshi Ndouba, K. (2020). El andamiaje del regionalismo internacional penal africano: problemas y perspectivas. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. 1 (20). Pp. 459-491.
- Yacobucci, I. & Ezezya, M.A. (2020). “Acerca de la prescripción en delitos de corrupción”. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal de la CABA*. Vol. 16.
- Informes, resoluciones y otros documentos
- African Union (2004). *African Union Convention on Preventing and Combating Corruption*, adoptada el 1 de julio 2003. 43 ILM 5. https://au.int/sites/default/files/treaties/36382-treaty-0028_-_african_union_convention_on_preventing_and_combating_corruption_e.pdf
- African Union (2014) *Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human rights (Malabo Protocol)*. 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_f.pdf
- Anteproyecto Estatuto de la Corte Penal Latinoamericana y del Caribe (COPLA)* (versión septiembre de 2018 2da). https://www.coalicioncopla.org/_files/ugd/f06e0a_34a4954967e7496694b79f1d3005f685.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 236. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>
- Foreign Corrupt Practices Act* (1977) – EE.UU.
- OAS (1996). *Convención Interamericana contra la Corrupción*. Adoptada en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996. https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.pdf
- OCDE (1997). *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*. Adoptada por la Confe-

- rencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997. https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf
- ONU (1968). *Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad*. Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de 26 de noviembre de 1968. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/WarCrimes.aspx>
- ONU (1996). *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional (Actuaciones del Comité Preparatorio en los períodos de sesiones de marzo y abril y de agosto de 1996)*. (A/51/22). <https://www.legal-tools.org/doc/76664a/pdf/>
- ONU (1998). *Estatuto de Roma*. [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- ONU. (1969). Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. De 23 de mayo de 1969.
- Open Society Justice Initiative (2018). *Modelos de Justicia. Manual para el Diseño de Mecanismos de Responsabilización Penal para Crímenes Graves*. <https://www.justiceinitiative.org/publications/options-justice-handbook-designing-accountability-mechanisms-grave-crimes/es>
- Osterhaus, A. (2010). *Timed out: statutes of limitations and prosecuting corruption in EU countries*. Transparency International. https://images.transparencycdn.org/images/Statutes-of-Limitation_web.pdf
- Ladi, D.D. (2019). Anexo: *Jus Cogens*. ANEXO al Informe de la *Comisión de Derecho Internacional. Normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens)*. <https://legal.un.org/ilc/reports/2014/spanish/annex.pdf>
- Transparencia Internacional (2009). *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*. <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contrala-corrupci%C3%B3n.pdf>
- UNODC (2000). *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo)*. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>
- UNODC (2004). Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003. https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf

- ONU (2015). *Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*. 5 de enero de 2015 (A/HRC/28/73). <https://www.refworld.org/es/publisher,UNHRC,550ff0a04,0.html>
- ONU. (2017). *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general núm. 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*. 10 de agosto de 2017. E/C.12/GC/24.
- ONU (2019). *Comisión de Derecho Internacional. Normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens). Texto del proyecto de conclusiones y del proyecto de anexo aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en primera lectura*. 24 de mayo de 2019. A/CN.4/L.936. <https://undocs.org/es/A/CN.4/L.936>.

Capítulo 7

La inmunidad internacional como impedimento procesal al enjuiciamiento

CLAUDIA JIMÉNEZ CORTÉS*

1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se examinarán las inmunidades internacionales, uno de los posibles obstáculos procesales que puede impedir el enjuiciamiento de un funcionario, agente o representante del Estado responsable de una conducta contraria a la ley.

Se trata, por tanto, de una institución que por definición es una excepción o limitación al derecho de acceso a un tribunal y al principio de igualdad ante la ley, por lo que su interpretación debería ser de carácter restrictivo y acorde con el fin legítimo perseguido con su configuración.

* Desde 1997, profesora Titular de Universidad, especialidad en Derecho Internacional Público en la Universidad Autónoma de Barcelona. Magíster en Internacional Human Rights Law por el Human Rights Centre de la Universidad de Essex (Reino Unido) en 1990; magíster en Estudios Europeos por el Instituto de Estudios Europeos de la UAB, 1993 y doctora cum laude por unanimidad en Derecho por la UAB, 1995. A nivel investigativo, destacan su monografía “GATT, WTO and the regulation of international trade in textiles” (Ashgate/Darthonmouth, 2018) y sus últimas publicaciones relativas a “La desnaturalización de la zona SAR en el Mediterráneo Central: de pieza clave para salvar vidas a instrumento contra los derechos humanos” (*Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74 (2022), núm. 2, Pp. 245-270) y “Las víctimas de trata y tráfico en Libia: Una oportunidad que la Corte Penal Internacional no debe dejar pasar” (en Salinas, A. & Petit, E. (Coords.) *La Corte Penal Internacional 20 años después*, Tirant lo Blanch, 2021). ORCID: 0000-0001-6782-0044.

Para su análisis, dadas las distintas figuras de inmunidad existentes, en primer lugar, se efectuará una breve delimitación conceptual que incluye la distinción entre la inmunidad doméstica y las inmunidades internacionales que son el objeto de estudio. Dicha aclaración resulta crucial por cuanto, a pesar del nombre, ambas inmunidades tienen un fundamento y desarrollo histórico diferente. La de ámbito interno es una figura asentada en la tradición y una teórica protección para garantizar el desarrollo de la actividad pública con libertad e independencia, libre de amenazas y/o posibles revanchismos dentro de su propio Estado. Las inmunidades internacionales aquí analizadas, en cambio, encuentran su fundamento en la garantía de estabilidad de las relaciones internacionales y el principio de igualdad soberana de los Estados, materializado para este caso en la máxima *parem in parem non habet imperium* según el cual un Estado no puede estar sometido a la jurisdicción de otro.

A continuación, y ya dentro de la inmunidad internacional se señalarán quienes son los potenciales beneficiarios de los distintos regímenes de inmunidades existentes para luego analizar las dificultades que su actual configuración internacional en sus distintas tipologías supone para la lucha contra la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT). Seguidamente y manteniendo tanto la finalidad como la lógica de la estructura del volumen IX de esta obra, se abordarán los posibles efectos que sobre esta barrera procesal tendrían las propuestas de internacionalización de dicho delito, bien como crimen *ad hoc* o como posible inclusión dentro del crimen de lesa humanidad. A tal fin resulta imprescindible abordar el actual debate sobre el carácter limitativo que el Derecho Internacional Público (DIP) puede jugar en los diversos regímenes de inmunidades, tanto en relación con las jurisdicciones penales internacionales como con las domésticas, pues de ello dependerán las posibilidades de éxito o no de dicha objeción preliminar llegado el caso que el delito de corrupción asociada a la delincuencia organizada se internacionalice. De aquí que a esta temática se dediquen los dos últimos apartados de este capítulo: el primero centrado en un análisis del estado de la cuestión y el segundo, con carácter más reflexivo, centrado en las posibles consecuencias que de ello se derivarían.

Por último, se cerrará el capítulo con una valoración de las posibles opciones de restricción de las distintas inmunidades ante la comisión de crímenes internacionales en general y la corrupción asociada a la delincuencia organizada en particular, resultantes del estudio.

2. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE ANÁLISIS

2.1. Una primera aproximación al concepto de inmunidad

La inmunidad en términos jurídicos implica la obligación del órgano judicial que ha iniciado un procedimiento —sea administrativo, civil, penal o internacional— de no ejercer su jurisdicción respecto de ese sujeto, bien sea en su función judicial o en su función ejecutiva. Se trata, por tanto, de una institución procesal preliminar —no sustantiva— que, en esa medida, no excluye la responsabilidad en sí, ni libera al sujeto de responder por sus actos ante otras posibles jurisdicciones que sean competentes y ante las cuales la inmunidad no sea oponible (Corte Internacional de Justicia (CIJ), 2002: 61)¹. Simplemente impide la actuación de un foro determinado en donde exigirla. Dependerá por tanto de cada legislador que el alcance de una determinada inmunidad por él prevista dé o no lugar a situaciones de impunidad.

En este sentido, una cuestión previa de carácter metodológico que procede abordar es la diferencia entre inmunidad doméstica e inmunidad internacional, pues aunque comparten el mismo nombre se trata de dos instituciones con origen, fundamento y marco jurídico distintos.

Respecto a la primera, ésta guarda relación con una acción procesal pensada por cada legislador nacional para las instituciones públicas y/o altos cargos prevista en su respectivo ordenamiento interno

¹ En el mismo sentido, *vid.* también *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Yibuti c. Francia), judgment (2008): 244, párr. 196 o *Jurisdictional Immunities of the State* (Alemania c. Italia con Grecia interviniente), judgment (2012): 124, párr. 58.

y en relación con sus propios tribunales. Ésta es una figura de naturaleza histórica que, de hecho, choca con el principio de igualdad ante la ley pues supone un derecho o prerrogativa que ampara a determinadas personas en el territorio en donde ejercen sus funciones ante posibles detenciones o procesos penales (Gómez-Colomer, 2011), razón por la cual en muchas ocasiones es percibida como un “privilegio”². Quizá por ello, con el paso del tiempo la inmunidad doméstica se ha ido limitando cada vez más, en consonancia con la evolución de su fundamento en los distintos sistemas jurídicos y los casos de impunidad a los que han dado lugar. De aquí que hoy en día sea habitual encontrar en los ordenamientos jurídicos que prevén este tipo de inmunidades ciertas vías para superar dicho obstáculo procesal, fundamentalmente, el desaforo y el caso de delito flagrante. Respecto al primero, a diferencia de la inviolabilidad, la propia institución de la inmunidad prevé que el órgano al que pertenece el alto cargo pueda levantarla, habilitando así la posibilidad de que dentro de ese mismo Estado se pueda proceder judicialmente contra ellos. Respecto al segundo, —delito flagrante— es generalmente aceptada la posibilidad de detención en estas circunstancias para evitar posibles fugas o destrucción de pruebas, si bien suele llevar aparejada la necesidad de solicitud de autorización de desaforo antes mencionada para mantener el arresto.

Las inmunidades internacionales, por su parte —tanto de los Estados como de los agentes que los representan— tienen una amplia, dilatada y pacífica trayectoria en las relaciones internacionales entre Estados y/o estructuras intergubernamentales con subjetividad inter-

² Uno de los ejemplos recientes más noticioso relacionado directamente con la corrupción asociada a la delincuencia organizada es sin duda el del ex Jefe de Gobierno Silvio Berlusconi quien estando en el gobierno intentó en tres ocasiones (Ley 140/2003 conocida como Lodo Schifano; ley 124/2008 conocida como Lodo Alfano y ley 51/2010) eludir la justicia mediante leyes de inmunidad. Todas ellas fueron tumbadas total o parcialmente por el Tribunal Constitucional italiano en cuyas decisiones de enero de 2004; octubre de 2009 y enero de 2011 la declaró inconstitucional por atentar precisamente contra el principio de igualdad ante la ley y en la segunda de noviembre de 2014 se reafirmaron en este parecer. Al respecto, *vid.*: Library of Congress, Italy (2011).

nacional, siendo reconocidas hoy en día de manera pacífica como normas consuetudinarias con carácter universal que en ocasiones han dado lugar, además, a regímenes propios regulados convencionalmente³. Su enraizamiento en el sistema internacional es tal y de tal envergadura que en algunos casos los tribunales han aceptado su oposición incluso ante situaciones de violación de normas imperativas, lo cual sin duda dificulta enormemente la lucha contra la impunidad, incluida la de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Ejemplo paradigmático de esta extremadamente amplia oponibilidad de la inmunidad a nivel doméstico —incluso ante la comisión de posibles crímenes internacionales— es la decisión de la CIJ en el asunto “Arrest warrant 2000” (RDC v. Bélgica, 2002), en línea con lo que ya se venía apuntado en cierta manera por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el asunto “Al-Adsani v. RU”, (2001); decisiones ambas que, dicho sea de paso, han supuesto un importante revés al desarrollo de la gestación de posibles normas consuetudinarias favorables a la jurisdicción universal en estos casos.

Las dificultades que incluso ante la posible violación de normas de *ius cogens* supone la figura de las inmunidades internacionales es en gran parte consecuencia de su propia razón de ser. Bien sea desde una perspectiva funcional u otra amparada en la representatividad, la instauración de las distintas versiones de la inmunidad internacional se genera a partir de dos premisas que son piedras angulares del sistema internacional actual: la preservación de las relaciones internacionales y la “soberanía”, ésta última plasmada jurídicamente

³ Con ello se hace referencia fundamentalmente convenios relativos a las relaciones diplomáticas (Convención de Viena, de 18 de abril de 1961), las relaciones consulares (Convención de Viena, de 24 de abril de 1963), las misiones especiales (Convenio de Nueva York, de 16 de diciembre de 1969) e incluso a los Estados (Convención de las Naciones Unidas, de 2 de diciembre de 2004, sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes) si bien esta última, a pesar de asentarse sobre bases consuetudinarias como la propia AGNU ha declarado, aún no cuenta con las suficientes ratificaciones (31) para entrar en vigor. A todos ellos cabría añadir, por último y ya en relación con las organizaciones intergubernamentales la Convención General sobre prerrogativas e inmunidades de Naciones Unidas, de 13 de febrero de 1946 y (Convención sobre privilegios e inmunidades de los organismos especializados, de 25 de noviembre de 1947.

en el principio de igualdad soberana de los estados y la consiguiente aplicación de la máxima “*parem in parem non habet imperium*” (CIJ, 2012). Es a partir de ellas que se han construido las diversas figuras de inmunidad internacional con sus propias características, alcance e incluso régimen jurídico según el sujeto titular, con la consiguiente contribución que esto ha supuesto a la ya de por sí grave amenaza de fragmentación del derecho internacional.

Establecida la distinción entre ambas inmunidades (de origen doméstico o internacionales), dada la finalidad de esta obra que se enmarca en una perspectiva transnacional y la posibilidad de que el delito de corrupción en algunos supuestos pase a ser un crimen internacional, el análisis que aquí se desarrolla se hará sólo respecto a las diseñadas en el marco normativo del sistema internacional y dentro de ellas, se ceñirá exclusivamente a aquellos aspectos que tengan especial interés para determinar el grado de impedimento que esta barrera procesal en sus diferentes versiones puede suponer al enjuiciamiento de los crímenes internacionales en general y al de corrupción asociado al crimen organizado en tanto que potencial crimen internacional, en particular.

2.2. La fundamentación de las inmunidades internacionales: razón de ser de los actuales problemas que su objeción plantea a la hora de perseguir y enjuiciar los delitos de corrupción asociados al crimen organizado

Como se acaba de señalar, el origen de la figura está en el principio de igualdad soberana de los estados que a su vez se asienta en la soberanía y la necesidad de preservar la estabilidad de las relaciones entre estados, valores sagrados en el actual sistema internacional. A partir de aquí, es lógico entender que un igual no pueda ni deba estar sometido a la jurisdicción de otro (inmunidad del Estado) y, por ende, que las personas que lo representan y/o actúan en su nombre, tampoco.

Ahora bien, establecido el principio, y existiendo un consenso respecto a la necesidad de dicha figura, ya en la propia fundamentación de las inmunidades encontramos aproximaciones distintas que han

dado lugar a su vez a discrepancias que, a la postre, tendrán efectos en la delimitación. Así, cuando se trata de representantes —sean éstos altos cargos, agentes ad hoc, diplomáticos, miembros de misiones especiales, funcionarios consulares u otros— existe toda una corriente que ve la figura de la inmunidad como una regla necesaria para el desempeño de esa función de representatividad, mientras que otro sector —no desdeñable— entiende que dicha representatividad implica una cierta “personificación” del Estado en ese individuo, lo cual, como se puede intuir, conduce a una menor predisposición a la hora de aceptar límites y excepciones a la inmunidad. Al respecto, esta autora, en línea con la Relatora Especial de la Comisión de Derecho Internacional para la Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, Concepción Escobar, (2012: 15), participa del carácter “funcional” de la inmunidad reconocida a las personas físicas, incluso en el caso de las máximas autoridades que lo representan. Y ello tanto desde una perspectiva sistémica como por su propia naturaleza.

Respecto a la perspectiva, porque como se abordará más adelante, aun siendo similares, la inmunidad del Estado y la de sus agentes no son iguales, como no lo son las tipologías de responsabilidad aplicables a uno u otro sujeto⁴. Una perspectiva evolutiva del Derecho Internacional que atienda a los nuevos paradigmas del actual sistema internacional no puede obviar el importante desarrollo del DIP y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en especial por lo que concierne a las víctimas y la lucha contra la impunidad. La innegable naturaleza imperativa de algunas normas de dichos regímenes jurídicos internacionales que inciden directamente en la persona física pone de manifiesto su carácter comunitario, superador de las estructuras societarias de coexistencia —e incluso cooperación— que se materializan en normas sustantivas y procesales dirigidas fundamentalmente a la estabilidad de las relaciones interestatales. Las épocas de total identificación del Estado y la persona que lo gobierna

⁴ Sobre las diferencias pero a su vez posible utilización del elemento subjetivo de la responsabilidad internacional de los estados por hechos ilícitos para delimitar los actos públicos de los agentes, *vid.*, entre otros, el seminario impartido en el marco del Consejo de Europa por O’Keefe (2014).

como la de Luis XIV y su célebre frase *L'Etat c'est moi* deben, de una vez, ser superadas.

Respecto a lo segundo —su naturaleza—, no se debe obviar que la inmunidad es una figura obstructiva de carácter procesal que, de hecho, supone una limitación de la acción judicial de un tribunal que, en circunstancias normales, ejercería su competencia para enjuiciar determinada conducta regulada en el ordenamiento por el que se rige. Por ello, como tal “excepción” procesal a la regla general que establece la jurisdicción en cada caso, debería requerir una interpretación estricta y restrictiva, lo cual no encaja muy bien con la visión de personificación del Estado. En este sentido, se debe insistir en el hecho que los individuos beneficiarios de la inmunidad internacional —cualquiera que sea su forma— no lo son por ellos mismos sino por el cargo que ostentan. Será éste y no su persona el que definirá su relación con el Estado que, a su vez, forma parte de la Comunidad Internacional en el marco de la cual se han adoptado las actuales normas imperativas. Tal interpretación restrictiva desde una aproximación funcional, como la efectuada por la judicatura chilena en el caso Fujimori⁵ (2008: 2), resulta especialmente relevante en situaciones como las conductas en el marco de actos no oficiales, las violaciones de normas imperativas o incluso la determinación de la aplicación o no de una norma convencional del tipo *aut dedere aut judicare*.

Dicho esto, no se puede obviar que esta postura restrictiva de la inmunidad, al menos en el caso de agentes y/o representantes de los Estados, aunque poco a poco se ha ido abriendo camino, no goza hoy de consenso generalizado ni entre la doctrina ni entre los estados u órganos judiciales en donde la práctica, incluso en casos de crímenes internacionales, es cuando menos variopinta (Wood, 2014: 10)⁶. Por

⁵ Según el juez Álvarez, que luego denegó la extradición pero por distintos motivos, “tales inmunidades y privilegios se conceden, no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones que les corresponde llevar a cabo por las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados” p. 2. Al respecto, *vid.*: Gonzalo Aguilar Cavallo (2007: 423-433).

⁶ Según Michael Wood, de la decisión del TEDH (*Jones & Another v. UK*, 2014) y de la CIJ, (*Jurisdictional Immunities of the State*, (2012), se despren-

ello, siendo optimistas, se podría defender una tendencia cristalizadora en esta dirección, pero que desde luego está aún sin consolidar.

3. LOS BENEFICIARIOS DE INMUNIDAD EN LOS DISTINTOS RÉGIMENES INTERNACIONALES/ LOS RÉGIMENES INTERNACIONALES DE INMUNIDAD Y SUS BENEFICIARIOS

Como ya se ha señalado, existe una variada tipología de inmunidades internacionales con su propio régimen normativo convencional específico que se suman al amplio abanico de normas consuetudinarias que desde sus orígenes clásicos hasta hoy han tenido que ir evolucionando y adaptándose a las nuevas realidades de la sociedad internacional de cada época. Esta fragmentación de la regulación internacional de la inmunidad es en parte resultado del gradual paso de una concepción absoluta a otra más funcional y relativa que, en consecuencia, ha ido incorporando limitaciones y excepciones según la función y el grado de representatividad de las diferentes categorías de cargos. En definitiva, se trata de ir conciliando en cada momento la indiscutible necesidad de su existencia para el mantenimiento de las relaciones mutuas y respeto del principio de igualdad soberana con otros intereses también importantes, que van desde las transacciones de estados y/o sus agentes y representantes con sujetos de derecho privado, hasta la salvaguardia de los derechos humanos —piénsese, por ejemplo, en la tutela judicial efectiva— o la lucha contra la impunidad.

Dado el interés que sin duda ello tiene para valorar el grado de impedimento que la inmunidad internacional en sus diferentes formas puede suponer para la lucha contra la corrupción asociada al crimen organizado, a continuación, se hace un pequeño repaso del estado actual de los regímenes jurídicos existentes y sus beneficiarios.

de que “de hecho, no hay una tendencia discernible en la práctica de los Estados, o en decisiones judiciales, hacia mayores excepciones a la regla de inmunidad para casos de “crímenes de derecho internacional” (Wood, 2014. Traducción propia).

3.1. El régimen aplicable a la inmunidad del Estado y su escasa trascendencia para el enjuiciamiento por delitos de corrupción

La Inmunidad del Estado hace referencia a la objeción que puede presentar este sujeto de Derecho Internacional en tanto que tal para impedir la competencia de los tribunales domésticos de otro Estado. Según la CIJ (2012: 56) —que a su vez sigue los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) relativos a la inmunidad de Estados y sus bienes en el ámbito civil—, esta tipología se encuentra “sólidamente arraigada en la práctica contemporánea de los Estados por lo que cuenta con un marco normativo consuetudinario incontestable”, consideración hecha en el marco de la jurisdicción civil pero extensible también a la penal. Su concepción se deriva del principio de igualdad soberana de los Estados y la idea de salvaguardar las buenas relaciones entre ellos (CIJ, 2018: 93⁷). Cualquier posible responsabilidad en la que pueda incurrir un Estado deberá dirimirse en la o las instancia/s que ambas partes en ejercicio de sus respectivas soberanías hayan aceptado.

Por eso, de esta figura sólo hay un par de aspectos que pueden resultar indicadores útiles para el objeto de este estudio: su objeción también en casos de vulneración de normas de *ius cogens* y la posibilidad de que las excepciones previstas en la Convención puedan ser trasladables a las inmunidades de los agentes o representantes de los estados. Respecto a lo primero, hay pocas dudas. La negativa a la inclusión de una excepción para casos de violación de normas de *ius cogens* en la Convención sobre las Inmunidades de los Estados y de Sus Bienes de 2004 no fue consecuencia de un descuido. Después de un estudio efectuado por un grupo de trabajo específicamente nombrado para esta cuestión se acordó no incluirla por considerar, en

⁷ Cabe señalar que esta decisión contiene un interesante debate en relación a la fundamentación misma de la inmunidad de los Estados en relación con el principio de igualdad soberana. Así, en la opinión disidente conjunta emitida por los jueces Xue, Sebutinde, Robinson y el *ad hoc* Kateka, la violación de la inmunidad de los Estados es una violación del principio de igualdad soberana de los estados por lo que ésta debería entenderse como intrínseca y no una derivación del mismo. (CIJ, 2018: párr. 49).

palabras de Webb (2019), que “no estaba lo suficientemente madura para su codificación”.

Respecto a lo segundo, no hay duda de que su claro carácter funcional y restrictivo basado en la distinción entre actos realizados en el ejercicio del poder soberano (*iure arrio*) y actos de ámbito privado (*iuri gestionis*) —que, en tanto que actividades “no soberanas” no gozan de inmunidad—, ha removido los cimientos de la histórica inmunidad absoluta del Estado, al menos en lo que respecta a los ámbitos civil y mercantil⁸. Ahora bien, dicho esto, es importante tener en cuenta también que el citado Convenio —en principio destinado a codificar el derecho consuetudinario— fue aprobado hace ya 17 años por la Asamblea General sin necesidad de votación, y aun así hoy no ha alcanzado el número suficiente de adhesiones —31— para entrar en vigor. Esta realidad deja en el aire y a expensas de la identificación de normas consuetudinarias tanto esta perspectiva funcional de la inmunidad como, en caso de entenderla consolidada, la delimitación y alcance de ambos tipos de actos, condición previa indispensable para establecer las situaciones en que, así entendida, la inmunidad de Estados podría ser oponible. Y tal delimitación es una cuestión nada fácil que requiere empezar por determinar si para la calificación del acto como oficial o no se debe atender a la naturaleza o a la finalidad de este⁹, cuestión que a nivel consuetudinario aún no está suficientemente clara como para poder hablar de un consenso universal en dicha delimitación. Sirva sino de ejemplo el mismo asunto que dio lugar a la demanda de Alemania y el nulo caso que los tribunales italianos han hecho de la misma a efectos prácticos, al menos en lo que a la interpretación de la inmunidad se refiere. En efecto, el Tribunal de casación italiano en una decisión de 3 de septiembre de 2019 (*Deutsche Bahn AG v. Regione Stereá Ellada*, 2019: art. 22) en circunstancias similares a las que llevaron a

⁸ Al respecto, *vid.* la posición de la CIJ en *Jurisdictional immunities of the State*, (2012) párr. 60 y las conclusiones de Lee Walker, (2012: 256-7)

⁹ Atendiendo a la naturaleza del acto, serían *iure imperii* los que se realizan en el ejercicio de la soberanía del estado y *iure gestionis* los de una actividad civil o mercantil que podría realizar un particular. Atendiendo a la finalidad del acto, en cambio, lo determinante es que la finalidad del acto sea pública, al margen de la naturaleza privada o no del mismo.

Alemania a la interposición de la demanda ante la CIJ (2012) aprovechó para, *obiter dictum* y siguiendo la línea de sentencias anteriores, señalar entre otras cosas que la inmunidad estatal es una prerrogativa (no un derecho¹⁰) y que en Italia, para casos de crímenes internacionales cometidos por el ejército alemán, es una objeción preliminar que queda excluida como resultado de la sentencia 238/2014 del Tribunal Constitucional italiano, por ir en detrimento de los valores universales que trascienden los intereses de los Estados individuales. (Mariottini, 2020: 488).

3.2. Las inmunidades de las personas que representan o ejercen funciones estatales: potenciales beneficiarios del impedimento procesal en casos de delitos de corrupción asociados al crimen organizado

Una relevancia muy distinta a efectos de este trabajo tiene los diversos regímenes de inmunidades de las personas que representan o ejercen funciones estatales y respecto de los cuales, obviamente el derecho internacional también se ha ocupado profusamente.

Siguiendo a la relatora en su tercer informe (Concepción Escobar, 2014: art. 31-36) estas inmunidades pueden abarcar desde Jefes de Estado y de Gobierno hasta miembros de las fuerzas armadas, fiscales o incluso policías o agentes fronterizos, pasando por miembros del gobierno o agentes diplomáticos. El amplio espectro descrito obliga a efectuar algún tipo de sistematización, para lo cual en este trabajo se ha optado por la distinción en función de los regímenes normativos existentes, tanto convencionales como consuetudinarios.

Así, encontramos que, en el caso del personal diplomático, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 (en adelante CVRD) es un marco de referencia que cuenta con un enorme consenso internacional, por lo que gran parte de su articulado es, además, derecho consuetudinario basado en consensos construidos durante muchos siglos (Webb, 2016: 16). En él se establecen diversas

¹⁰ En línea similar se pronunció en el 2020 el portavoz del Departamento de Estado de Estados Unidos a raíz del inicio de una causa contra el presidente de Venezuela Nicolás Maduro. AJIL, 2020: 515

categorías de personas que forman parte de las misiones diplomáticas en base a las funciones que pueden desempeñar, siendo precisamente dichas funciones las que determinarán si se benefician de alguna inmunidad y el alcance de las mismas (CVRD, 1961: preámbulo, párr. 4).

Esta aproximación estrictamente funcional de la inmunidad diplomática alcanza a todo el personal de la misión, inclusive los agentes diplomáticos de más alto rango como el jefe de misión, con las consiguientes diferencias en las limitaciones a la inmunidad que de cada una de ellas se derivan. Así, por ejemplo, la categoría más alta de agente diplomático en materia penal ostenta una inmunidad que es absoluta pero sólo mientras se ejerce el cargo, una vez se ha obtenido el placet. E incluso entonces cabe la posibilidad que el Estado al que representen renuncie a la misma, pues es él y no las personas físicas que ostentan el cargo quien tiene dicha capacidad.

En cuanto a las demás jurisdicciones, en el articulado se pueden encontrar algunas excepciones a su aplicación cuando los actos afectados no pueden ser considerados de naturaleza pública y oficial (art. 31)¹¹. Nuevamente aquí, como ocurría en el Convenio de Inmunidad de los Estados, la determinación de la no oponibilidad de esta inmunidad en virtud de su interpretación y las excepciones previstas puede dar lugar a situaciones que planteen problemas de delimitación¹². En este sentido resulta muy interesante el debate sostenido en la Corte Suprema de Reino Unido en el asunto *Reyes v. al-Malki & Another* (2017) en donde los jueces debieron determinar, fuera del ámbito penal, si la conducta de un agente diplomático que es sospechosa de ser calificable como trata de personas daba lugar o no

¹¹ Las excepciones incluyen acciones sucesorias a título privado, acciones reales sobre bienes inmuebles particulares, y acciones relativas a actividades profesionales o comerciales.

¹² En este sentido *vid.*, por ejemplo, el debate surgido en el seno de la CIJ a raíz de la consideración o no de cierto inmueble como misión diplomática respecto a la necesidad de aceptación del estado receptor o como sostuvo entre otros el juez Yusuf en su voto disidente, la validez a efectos de inmunidad de la mera designación y notificación unilateral del estado que se ampara en la inmunidad. CIJ, *Immunities and criminal proceedings*. Judgment, (2020: párr. 66 et.seq.) y Separate opinion of President Yusuf, (2020).

a la inmunidad diplomática. En este caso, aunque a efectos prácticos finalmente concluyeron que tal conducta no podía considerarse “en ejercicio de sus funciones como miembro de la misión” —y por tanto no daba lugar a la inmunidad—, lo cierto es que no llegaron a esta conclusión por entender que existía una norma consuetudinaria en ese sentido, sino tras un análisis en profundidad de la situación en concreto¹³. El debate, sin duda, hubiera sido mucho menor de existir en el Convenio alguna excepción relacionada con la violación grave de derechos humanos, normas de *ius cogens* o crímenes internacionales, pero lógicamente, atendiendo a la fecha en que se redactó el tratado —en plena guerra fría—, no la hay.

La inclusión de una excepción de esta naturaleza en el ámbito de las relaciones diplomáticas, por tanto, salvo propuesta de reforma del convenio siempre difícil y arriesgada, queda a expensas del derecho consuetudinario, cuestión muy discutida cuando no negada del todo como se verá más adelante. De aquí la importancia de sentencias como la del Tribunal de Casación italiano o la de la Corte Suprema británica ya descrita, que acudió a la vía interpretativa de “actos en ejercicio de sus funciones” para no ofrecer a ciertas conductas el beneficio de una objeción preliminar de carácter procesal que le hubiera permitido eludir la justicia, aunque ello sea vía interpretación y valga sólo para el ámbito civil y mercantil, no el penal, en donde como se ha dicho, según la Convención, mientras esté en ejercicio del cargo cuenta con inmunidad absoluta.

Otros marcos convencionales relacionados con posibles inmunidades de las personas que representan o ejercen funciones estatales son el relativo a las Relaciones Consulares de 1963; el de las Misiones Especiales de 1969 y el de la de Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de 1975. Todos ellos, siguiendo la línea marcada por el Convenio de Viena de Relaciones Diplomáticas de 1961, parten de una aproximación funcional de la inmunidad, aunque obviamente adaptando las reglas allí establecidas a sus especificidades. En este sentido, se puede hablar de una cierta voluntad homogeneizadora que sin duda ayuda al esta-

¹³ Esta línea del análisis caso por caso es la que un año antes había sugerido O’Keefe (2014).

blecimiento de consensos en la materia, los cuales a su vez permiten que el marco consuetudinario también evolucione.

Así, en lo que respecta a las relaciones consulares, se mantiene una visión estrictamente funcional en donde la atribución de inmunidad y su mayor o menor alcance se vincula al ejercicio de las funciones consulares según cada categoría. En consecuencia, se reproduce también aquí el problema que tiene en la práctica la determinación de los actos susceptibles o no de inmunidad, con el agravante añadido de que en el caso de la actividad consular en ocasiones ello puede incidir sobre personas que son nacionales del país receptor (p. ej., en el caso de los cónsules honorarios). En dichos supuestos —que en todo caso ya de por sí cuentan con escasas inmunidades— la valoración de la naturaleza pública y oficial de los actos objeto de litigio que pudieran dar lugar a la invocación de la objeción debería ser más estricta si cabe, aunque ello no impida que pudiese ser utilizado para amparar actos de corrupción.

En cuanto a las misiones especiales, se trata, como lo define el artículo 1.a) del convenio, de una misión temporal enviada en representación suya por un Estado a otro —que debe consentir— para tratar asuntos o realizar cometidos determinados. Se trata, por tanto, de órganos de representación en el marco de una relación Estado a Estado que necesariamente debe contar con el acuerdo de ambas partes¹⁴. En este caso y salvo las necesarias adaptaciones que exige la especificidad de la función a desempeñar y el límite temporal, se puede decir que en general son *mutatis mutandis*, las previstas en el Convenio de Viena de Relaciones Diplomáticas aplicables a cada una de las distintas categorías.

En esta lista de los principales instrumentos que abordan la inmunidad, por último, cabe mencionar la Convención de Viena sobre Representación de los Estados en sus relaciones con las Organizaciones Internacionales Universales de 1975, en donde nuevamente encontramos grandes similitudes con la CVRD de 1961, inclusive en

¹⁴ En este sentido, *vid.*, por ejemplo, el asunto *Khurts Bat v. The Investigating Judge of the German Federal Court* [2011] en Reino Unido, citado por Wood (2014: 8).

lo que respecta al carácter absoluto de la jurisdicción penal para los agentes diplomáticos; el carácter limitado en algunas circunstancias en el ámbito civil y administrativo (art.30) o la ausencia nuevamente de una excepción relacionada con posibles violaciones graves de derechos humanos, crímenes internacionales o normas de *ius cogens*.

Y con toda esta tipología, queda aún por cubrir un importante grupo de personas beneficiarias de inmunidades internacionales que, en el caso de la jurisdicción penal doméstica, desde 2008 están siendo objeto de estudio por la Comisión de Derecho Internacional bajo el título Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado¹⁵. En su delimitación personal, la actual relatora especial ha hecho hincapié en el amplio espectro que cubre pues va desde los más altos cargos de representación —Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores— hasta un sin fin de posibilidades entre agentes, representantes o funcionarios públicos de distinto rango que no forman parte de los regímenes especiales ya mencionados. Tal variedad de categorías hace que, a diferencia de aquellos, la sistematización de sus posibles inmunidades ante jurisdicciones de terceros Estados y las excepciones a las mismas no pueda hacerse en función de los cargos porque las variables son demasiadas.

De aquí que, en este caso, se haya optado en su lugar por partir de la clásica distinción pacíficamente aceptada de inmunidades personales (*ratione personae*) e inmunidades funcionales (*ratione materiae*) (Concepción Escobar, 2013: 48, párr. 47). Esta distinción —válida también para las demás tipologías y jurisdicciones relacionadas con personas físicas— permite, entre otras cosas, abordar mejor el grado de impedimento procesal que la inmunidad supone en las diferentes categorías de cargos que se pueden beneficiar de ella, así como, so-

¹⁵ Como se señala en la introducción de los informes presentados, el tema se introdujo en el programa de trabajo en el 58º período de sesiones (2006), nombrando a Roman Kolodkin como relator especial en el 2007 pero el primer estudio se presentó en 2008, razón por la cual en el texto se utiliza esa fecha. Al cierre de este capítulo se han presentado 8 informes que han dado lugar a la redacción de 16 proyectos de artículos que están siendo objeto de debate. Para más detalles sobre los trabajos de la Comisión en esta materia *vid.*: https://legal.un.org/ilc/guide/4_2.shtml

bre todo, las excepciones aplicables en cada caso, cuestiones ambas a la que se dedican los apartados siguientes.

4. EL ALCANCE DE LA INMUNIDAD PARA OBSTACULIZAR EL ENJUICIAMIENTO POR DELITOS DE CORRUPCIÓN ASOCIADOS AL CRIMEN ORGANIZADO DE AGENTES Y ALTOS CARGOS

4.1. *El alcance de la excepción en los casos de inmunidad rati- one personae*

La inmunidad *ratione personae* en términos generales implica la imposibilidad de que tribunales domésticos de otro Estado puedan ejercer su jurisdicción sobre el beneficiario de esta, independientemente de la naturaleza del acto. Este tipo de inmunidad, que como se ve protege también las conductas privadas, se justifica por la necesidad de salvaguardar la independencia del órgano en aras del principio de no intervención, la convivencia y las buenas relaciones inter pares. Por ello, tradicionalmente se identificaba con una perspectiva representativa de los máximos órganos de un Estado que, en consecuencia, conllevaba una inmunidad absoluta y atemporal respecto de las demás jurisdicciones domésticas distintas a las del Estado que la persona representaba.

Pero con el giro experimentado hacia esa aproximación de carácter más funcional hoy es pacíficamente aceptado que incluso en relación con los máximos cargos de representación como son los de Jefe de Estado, la inmunidad se debe vincular no a la persona sino al ejercicio del mismo. En consecuencia y siguiendo a la Relatora Especial en su informe preliminar (Escobar, 2012: 16), por inmunidad *ratione personae* hoy se entiende “aquella inmunidad de que gozan ciertas personas individualmente identificadas por razón del cargo especialmente destacado que ocupan en el Estado, tanto respecto de sus actos privados como de los actos oficiales que realicen por razón del cargo que desempeñan.”

Una primera cuestión que se debe aclarar es la determinación de qué se debe entender por “cargo especialmente destacado”. Al

respecto, es posición mayoritaria amparada en parte por la jurisprudencia de la CIJ en el caso *Arrest warrant 2000* (CIJ, 2002) que deben beneficiarse de la misma denominada “troika”, eso es, los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores. Se trata de los mismos cargos ya recogidos en la Convención de Viena de los Tratados de 1969 como representantes del Estado sin necesidad de credenciales (art. 7.2.a). A éstos, también es pacíficamente aceptado, que se le deben añadir los agentes diplomáticos en relación con el Estado en donde se encuentren acreditados¹⁶. En cambio, atendiendo a lo que se desprende tanto de la decisión antes mencionada como a *sensu contrario* del asunto sobre *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (CIJ, 2008: 194), la posibilidad de incluir otros altos cargos de momento no goza del suficiente consenso. El problema de la determinación de cuáles se beneficiarían y cuáles no es un obstáculo muy difícil de cara a su cristalización consuetudinaria.

Establecidos así los órganos mediante una lista nominativa limitada, otro aspecto también comúnmente aceptado hoy en día sobre el que se debe llamar la atención es su aproximación eminentemente funcional, lo cual conlleva la introducción de una dimensión “temporal”. Así, los Jefes de Estado, de Gobierno, Ministros de Asuntos Exteriores y agentes diplomáticos sólo gozarán de inmunidad personal por el período en que estén en el ejercicio del cargo. Agotado el mismo, pasarían a estar cubiertos por una inmunidad material —no personal— vinculada a la función pública que desempeñaron, es decir, dejarían de estar cubiertos los actos privados, con la consiguiente necesidad de precisar qué se entiende por actos oficiales o de función pública.

Por último, señalar que dentro del intenso debate sobre la existencia u oportunidad de establecer excepciones a la inmunidad cuando se trate de enjuiciar en foro doméstico violaciones de normas imperativas, crímenes internacionales o violaciones graves de derechos humanos¹⁷, según consta en el quinto informe (Escobar: 2016:

¹⁶ Artículo 7.2.b de la CVDT 1969 y artículo 31 de la CVRD, 1963

¹⁷ El carácter altamente controvertido de esta cuestión queda patente en los diarios de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su 68º y 69º pe-

20.e), es un parecer generalizado entre los Estados que, de existir o generarse, ésta no es o sería de aplicación a quienes se benefician de inmunidad *ratione personae*. En consecuencia, se entiende que incluso en tales situaciones se aplica una inmunidad absoluta por el período en el que la persona desempeña el cargo.

El resultado final es, por tanto, que en ausencia de una norma convencional específica y muy taxativa en sentido contrario —como por ejemplo la Convención contra la tortura—, para la troika, la vía doméstica de jurisdicción extraterritorial para exigir su responsabilidad está vedada incluso en caso de crímenes internacionales o violaciones graves de normas de *ius cogens*, al menos mientras estén en ejercicio del cargo, lo que no deja de ser una importante aliciente para intentar perpetuarse y evitar así ser perseguidos por otras jurisdicciones domésticas que se vean vinculadas por el principio de *aut dedere aut iudicare*, en línea con lo señalado en su día por la CIJ en relación con el expresidente del Chad, Hissène Habré y la obligación de Senegal de juzgarlo o extraditarlo (CIJ, *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite*, 2012).

4.2. El alcance de la excepción en los casos de inmunidad *ratione materiae*

Por su parte, y volviendo nuevamente el informe preliminar de la Relatora Especial Concepción Escobar (2012: 17(65)) en él por inmunidad *ratione materiae*, se entiende: “la inmunidad de que se beneficiarían ciertas personas que actúan como funcionarios o agentes del Estado, respecto de aquellos actos oficiales que hayan realizado en tal calidad o condición.”

Como se puede observar, a diferencia de la anterior en el caso de la inmunidad *ratione materiae* no existe limitación temporal. A cambio, sí existe una limitación de tipo material, pues sólo quedan cubiertos los actos que durante el ejercicio de sus funciones realizó

río de sesiones (2016-2017), así como diversos artículos doctrinales que han surgido a raíz de dichos debates. Por ello a esta cuestión se dedica el apartado 5.

a título oficial. Junto a ello y ya en relación con el proyecto se debe añadir una tercera diferencia relacionada con los beneficiarios, pues en este caso no hay una lista nominativa.

Dos son los principales problemas de delimitación de esta inmunidad: uno subjetivo (quiénes entran en la categoría de funcionarios o agentes del Estado) y uno material (qué se debe entender por actos oficiales). Ambos aspectos cuentan ya con un proyecto de artículo aprobado provisionalmente¹⁸. Así, en el plano subjetivo el 2.e) se refiere a “individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales”, mientras que, en relación con el acto, el 2.f) habla de “actos oficiales que hayan realizado en tal calidad o condición. A ello se puede añadir, siguiendo la explicación de la propuesta de artículo, que el vínculo entre la persona y el Estado debe implicar que ésta pueda estar en situación de “poder realizar actos que implican el ejercicio de atribuciones del poder público” (Concepción Escobar, 2014: párr.146), mientras que en relación a la cuestión material la clave es interpretar si el acto en concreto es calificable de acto oficial o no¹⁹. Sigue sin determinarse, en cambio, si para ello se ha de atender a la finalidad o a la naturaleza del acto.

Esta cuestión aún no resuelta de la determinación de “acto oficial” tiene especial trascendencia dentro de la exploración de vías para limitar la inmunidad pues puede ser una alternativa a la normativización de una excepción, especialmente cuando se trate de violación de normas de *ius cogens* o crímenes internacionales. En concreto, se trataría de determinar hasta qué punto actos como genocidios orquestados desde los poderes públicos, crímenes de guerra en el marco de conflictos armados o de corrupción de altos cargos en caso de elevarse a la categoría de crimen internacional, deben considerarse acto “oficial”.

Al respecto, cabe recordar que ya en 2002 —hace veinte años— en la opinión separada del asunto *Arrest warrant 2000* los jueces Hig-

¹⁸ Vid.: apartado C del capítulo VII del resumen del 69º período de sesiones de la CDI. *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado* (2017: 189).

¹⁹ Sobre este tema previo a la propuesta de articulado de la relatora especial, *vid.*, entre otros, O’Keefe (2014).

gins, Kooijmans y Buergenthal plantearon esta duda y se mostraron partidarios de que los crímenes internacionales o violaciones de normas *ius cogens* no se considerasen como tales porque no se corresponden con las funciones que el Estado puede y debe ejercer. Para apoyar esta posición acompañaban ya entonces una lista de autores y decisiones judiciales que abogaban por tal interpretación (CIJ, *Arrest warrant 2000*. Voto separado conjunto, 2002, párr. 85), línea que años más tarde seguirían algunas jurisdicciones domésticas como la Corte Suprema británica en el asunto *Reyes v. Al-Malki & Another* ya comentado en relación con el ámbito civil. Por el contrario, el TEDH en su ya famosa sentencia *Jones & others v. Reino Unido*, (2014, párr. 205/6), consideró que los actos de tortura podían ser considerados actos realizados a título oficial, acudiendo para ello como argumento a la propia definición de la convención contra la tortura que se refiere a “acto cometido por funcionario público...que actúa en una capacidad oficial”. Esta opinión, como se desprende del exhaustivo estudio que de la jurisprudencia doméstica efectúa la Relatora en su cuarto informe (Escobar, 2015: 49-58), dista mucho de la sostenida por algunos tribunales nacionales como la justicia belga o la de los Países Bajos (*Ibid.*: 57), aunque entre éstos tampoco existe una posición común.

El variopinto panorama relacionado con violaciones de normas imperativas contrasta con lo también evidenciado por la relatora en relación precisamente, con los delitos de corrupción. Respecto a este delito en particular afirma que:

[...] con carácter general, los tribunales nacionales han denegado la inmunidad en los casos vinculados a la corrupción bien sea bajo la forma de la desviación y apropiación ilícita de fondos públicos y el blanqueo de capitales, bien bajo alguna otra forma de expresión de la corrupción” (58),

para a continuación, añadir que:

[...] Siguiendo la misma lógica, los tribunales no han admitido que puedan beneficiarse de la inmunidad actos realizados por funcionarios del Estado que guardan una estrecha relación con una actividad privada y cuyo objetivo es el enriquecimiento personal del funcionario y no el beneficio del soberano” (*Idem*).

En definitiva, se puede afirmar que, en términos generales, no existe una opinión jurídica —ni doctrinal ni judicial— armónica en la materia. Por lo visto cada tribunal decide atendiendo a las particularidades del caso, excepto, precisamente en relación al delito de corrupción. En dichos supuestos, vistas las decisiones judiciales que acompañan al párrafo 58 y especialmente la variada procedencia de las mismas, seguramente esta vía interpretativa es una posibilidad con una importante potencialidad para hacer que la inmunidad material deje de ser un obstáculo al procesamiento, si bien a falta de una regla general interpretativa en este sentido, tal posibilidad quedaría siempre a la discreción de cada jurisdicción doméstica, con los riesgos que ello conlleva.

5. LOS CRÍMENES INTERNACIONALES COMO EXCEPCIÓN A LA FIGURA JURÍDICA DE LA INMUNIDAD Y SU POTENCIALIDAD ANTE LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO

Sin extendernos en la teoría de los crímenes internacionales porque no es el objeto ni de este capítulo ni de esta obra, baste decir aquí que, tal y como señala el preámbulo del Estatuto de Roma (ECPI) (1998) los actos punibles son “atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad” y por ende, “constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” (preámbulo). Como ha señalado el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) (2004: 33), se trata de:

[...] crímenes cometidos ‘contra la humanidad’ porque el mero hecho de que sean seres humanos quienes los conciban y los cometan menosprecia a todos los miembros de la raza humana y no solo a los nacionales del Estado donde se han cometido o permitido

Por lo tanto, es la propia Comunidad quien, de forma imperativa (*ius cogens*), los ha prohibido. En este sentido, es indiscutible que representan como pocos ámbitos la dimensión comunitaria del derecho internacional.

Ahora bien, la consolidada e indiscutida existencia y naturaleza de estos crímenes contrasta con la materialización de la rendición de cuentas. La práctica ha puesto de manifiesto que la existencia del principio internacional de la responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes internacionales, hoy en día indiscutiblemente asentado, no ha sido suficiente argumento para garantizar el efectivo enjuiciamiento de altos cargos por estos hechos criminales en ninguno de los dos marcos judiciales existentes: ni el internacional, ni mucho menos el descentralizado de los foros domésticos, en este último caso especialmente cuando no existe un vínculo directo con los hechos criminales (jurisdicción universal). Es más, como se verá a continuación, el actual contexto internacional evidencia también una clara diferencia de aproximación en función de si la instancia judicial es una u otra.

5.1. La inoponibilidad de la inmunidad ante los Tribunales Penales Internacionales

Como bien se sabe, los crímenes internacionales, en palabras de Olasolo (2013: 39) se caracterizan porque su comisión se produce en situaciones donde los hechos ilícitos se llevan a cabo a gran escala o se repiten en el tiempo siguiendo patrones de conducta que responden a una política o práctica de un Estado o de una organización, razón por la cual, históricamente, han quedado impunes. Frente a ello, la Comunidad Internacional, como tal, en las últimas décadas no sólo ha establecido tipos penales internacionales; también ha ido creando jurisdicciones internacionales e internacionalizadas que tienen como finalidad perseguir y castigar esas conductas que, como ya se ha señalado, por su carácter devastador se considera que afectan al conjunto de la sociedad internacional (ECPI, art.5).

Estos foros internacionales, por tanto, a diferencia de las jurisdicciones domésticas, no se desenvuelven en un plano horizontal en donde es de aplicación el principio *par in parem non habet imperium* que, como ya se ha explicado, está en el fundamento de las inmunidades aquí analizadas. No existiendo así una relación basada en el principio de igualdad soberana, esta institución procesal obstructiva,

per se, carece de fundamento. De aquí que, en el caso de los tribunales internacionales, no haya duda posible sobre su competencia respecto de crímenes internacionales cometidos por cualquier individuo, incluidos agentes y altos cargos del Estado.

Es más, se puede afirmar que, desde sus orígenes, las instancias judiciales penales internacionales que se han ido creando han tenido la lucha contra la impunidad de autoridades y jefes de Estado que se escudan en su cargo para sustraerse de la sanción por la comisión de crímenes internacionales como una de sus principales razones de ser. Sólo así se puede entender la mención expresa de atribución de responsabilidad internacional a quienes ostenten dichos cargos que desde siempre se ha incorporado a sus respectivos estatutos. Desde el art. 7 del Estatuto de Núremberg (1945) y el 6 del Tribunal de Tokio (1946) —luego plasmados en el principio III (1950)— al art. 27.1 del ECPI (1998), pasando por el art. 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (1991), el art. 6.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1994), el art. 6.2 del Estatuto del TESL (2000), el art. 15 del Estatuto de los Paneles Especiales para Crímenes Graves de Timor Oriental (2000), el art. 29 del Estatuto de las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya (2004) o el art. 10.3 del Estatuto de las Salas Extraordinarias de África (2012). Prever expresamente en todos estos estatutos constitutivos de tribunales internacionales penales (TIPs) y tribunales híbridos (THs) la responsabilidad penal internacional de altos cargos y jefes de Estado para luego entender que no tiene competencia en virtud de una norma procesal no prevista en los mismos y sin el amparo de su fundamento último sería un absurdo.

Por eso no es de sorprender que, en la práctica, desde un principio la línea seguida por la jurisprudencia de estos mismos tribunales sea el de la inoponibilidad de la inmunidad. Así ya el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en 1946 afirmó que:

El principio de derecho internacional, que en determinadas circunstancias, protege a los representantes de un Estado, no puede aplicarse a actos que son condenados como criminales por el derecho internacional. Los autores de estos actos no pueden guarecerse detrás de sus posición para ser liberado de la pena en los procedimientos apropiados [...]

Para luego añadir que:

Quien viola las leyes de la guerra no puede obtener inmunidad por el hecho de actuar en cumplimiento de la autoridad del Estado, si el Estado, al autorizar el acto, se excede de su competencia en virtud del derecho internacional. (233²⁰)

Por su parte, el Tribunal de Militar Internacional para el Lejano Oriente (IMTFE), en el caso contra Iroshi Oshima de 1948, respecto a la inmunidad diplomática señaló que:

La prerrogativa diplomática no entraña inmunidad respecto de la responsabilidad legal, sino sólo exención del juicio ante los tribunales del Estado ante el cual un Embajador está acreditado. En todo caso, esa inmunidad no tiene relación con los crímenes contra el derecho internacional que se imputan ante un tribunal dotado de jurisdicción. El tribunal rechaza esta defensa especial (IMTFE, 1948: 1189)²¹.

Desde entonces, esta perspectiva ha sido una constante en el quehacer de los tribunales internacionales, a veces porque cuentan en sus propios estatutos con previsiones expresas en este sentido — como el art. 27.2 del ECPI o la sección 15.2 del reglamento de los Paneles Especiales para Timor del Este (2000)— y otras porque, al igual que las decisiones antes citadas, así lo han entendido las salas. En este sentido, tal y como se destaca en el quinto informe (Escobar, 2016: 98-100) son especialmente emblemáticas las decisiones Blasik (1997) y Krstic (2003) del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia

²⁰ Traducción propia del texto original: “The principle of international law, which under certain circumstances, protects the representatives of a state, cannot be applied to acts which are condemned as criminal by international law. The authors of these acts cannot shelter themselves behind their official position in order to be freed from punishment in appropriate proceedings.” [...] “He who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the state if the state in authorizing action moves outside its competence under international law.”

²¹ Traducción propia del original: “Diplomatic privilege does not import immunity from legal liability, but only exemption from trial by the Courts of the State to which an Ambassador is accredited. In any event this immunity has no relation to crimes against international law charged before a tribunal having jurisdiction. The Tribunal rejects this special defence.”

y la sentencia del TESL en el caso Charles Taylor, en donde se afirma taxativamente que

Una razón para la distinción, a este respecto, entre tribunales nacionales e internacionales, aunque no sea evidente a primera vista, se desprendería del hecho que el principio según el cual un estado soberano no falla sobre la conducta de otro estado; el principio de la inmunidad estatal, se deriva de la igualdad soberana de los estados y por tanto no tiene relevancia ante los TIPs que no son órganos de un Estado sino que reciben su mandato de la Comunidad Internacional²². (SCSL, 2004: 51)

Y no podría ser de otra manera. Los TIPs son un elemento fundamental de la lucha contra la impunidad de aquellos que ostentan un poder tal que los hace capaces de perpetrar este tipo de crímenes. Su creación es un ejemplo de la materialización de unos valores considerados fundamentales para la comunidad internacional que, como tales, priman por encima de los intereses individuales, siendo así uno de los mejores ejemplos de relación vertical dentro del sistema internacional. La inmunidad, por contra, es uno de los más claros exponentes de las relaciones horizontales pues, como se ha visto, se fundamenta en la igualdad soberana de los estados y la estabilidad de sus relaciones internacionales. Su existencia se justifica precisamente para garantizar la autonomía e independencia del quehacer de los Estados y sus agentes en el territorio de otro Estado, quedando fuera así los TIPs que, como señala la propia Comisión de Derecho Internacional en el octavo informe, “estarán sometidas a su propio régimen jurídico” (Escobar, 2020: 12). El DIP, por tanto, es una línea roja de dicha autonomía y sin relación horizontal o entre iguales, la barrera procesal de la inmunidad carece de sentido. *Ergo*, no debe ser oponible ante los TIPs.

²² Traducción del original: “A reason for the distinction, in this regard, between national courts and international courts, though not immediately evident, would appear due to the fact that the principle that one sovereign state does not adjudicate on the conduct of another state; the principle of state immunity derives from the equality of sovereign states and therefore has no relevance to international criminal tribunals which are not organs of a state but derive their mandate from the international community.”

Trasladado a la práctica ello ha implicado que varios jefes de Estado y altos cargos hayan sido objeto de persecución y procesamiento (e incluso en algún caso condena). Desde el ya citado caso de Charles Taylor hasta Jean Bemba, pasando por Sampham, Kambanda, Habré o Milosevic, a todos ellos se les ha exigido rendir cuentas ante tribunales internacionales o internacionalizados por los crímenes ordenados.

Pero siendo ello cierto, no puede obviarse también que el procesamiento de líderes cuando están en activo se ha topado con un sinnúmero de obstáculos (Gbagbo, Kennyatta, Gadaffi, Al Bashir...), haciendo difícil cuando no imposible la actuación eficaz de las instancias judiciales internacionales. Concretamente y en relación con la Corte Penal Internacional y el régimen de inmunidades, los casos Al Bashir y Kennyatta son un ejemplo emblemático de ello. Con el argumento de conflicto de normas entre el ejercicio de la función judicial de la Corte Penal Internacional y el régimen internacional de las inmunidades de Jefes de Estado varios gobiernos del continente africano, con la connivencia de la Unión Africana, han justificado su no cooperación con el Tribunal a la hora de hacer efectiva la orden de arresto por él cursada. El pulso que la Unión Africana y sus países han planteado a la Corte por esta cuestión de momento ha tenido entre otras consecuencias la no detención de jefes de Estado en activo y consiguiente paralización del proceso penal, la retirada de Burundi de la Corte y —a efectos de este trabajo— la redacción del art. 46 A bis del Protocolo de Malabo (2014). Este artículo en clara confrontación al art. 27.2 del ECPI, es la prueba tangible de una peligrosa deriva que, por suerte, de momento y a la luz de la ausencia de ratificaciones para su entrada en vigor ni seguimiento por parte de otras instituciones (*Vid.*: por ejemplo, el proyecto de estatuto de la COPLA), parece no tener recorrido²³. Según dicho artículo, aplicable a una futura sección penal de la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos,

²³ Tal afirmación se sustenta en las nulas ratificaciones y depósitos para la entrada en vigor del Protocolo y la firma de sólo 15 sobre un total de 55 estados posibles. [<https://au.int/en/treaties/protocol-amendments-protocol-statute-african-court-justice-and-human-rights>]

No se iniciará ni continuará ningún cargo ante la Corte Africana contra un Jefe de Estado o de Gobierno de la UA [Unión Africana] que esté en ejercicio, o contra cualquiera que actúe o esté habilitado a actuar en tal calidad, ni contra otro alto funcionario del Estado basado en sus funciones, durante el período de su mandato

Sin entrar en detalles sobre la gestación y el trasfondo político de este artículo y el Protocolo de Malabo en general por ser todo ello objeto de un capítulo propio —al cual nos remitimos— sí es obligado en este apartado hacer alguna consideración al respecto.

La primera es que, como se señala en el capítulo dedicado al *Protocolo*, la redacción y adopción de dicho artículo sólo puede entenderse en el contexto de confrontación de la UA hacia la CPI (Tamble, 2020), por entender la UA que aquella hacía una aplicación selectiva de las situaciones en favor de las potencias occidentales y detrimento de ese continente²⁴, llegándose a afirmar que “La CPI se está convirtiendo rápidamente en un tribunal occidental para juzgar los crímenes de lesa humanidad africanos” (Mamdani, 2008). A ello se debe añadir también la crítica relativa a los efectos adversos de este tipo de procesos sobre las posibles negociaciones de paz en la zona y la lucha contra el terrorismo, ambas prioridades en la agenda de la UA (Tshitshi, 2020). Lo que está detrás de la norma, por tanto, es una discrepancia de carácter más geopolítico que jurídico y limitado al continente africano. Por ello, el debate sobre oponibilidad de la inmunidad de jefes de Estado y demás agentes ante Tribunales internacionales en virtud de una norma internacional general, aunque importante por la brecha que ha abierto en la práctica y la *opinio iuris* al respecto, no deja de ser de segundo orden. Así y todo, al respecto cabe señalar al menos, la dificultad que plantea la perspectiva de la UA que ha dado lugar a este artículo —según sus declaraciones: la existencia de una norma internacional de carácter general que otorga inmunidad a jefes de Estado y otros altos funcionarios frente a tribunales internacionales (Tladi, 2019: 34)— para hacerlo compatible

²⁴ Al respecto es interesante el análisis efectuado por Fabrice Tamble sobre el importante papel que en esta percepción y confrontación ha jugado el Consejo de Seguridad, especialmente en al seleccionar las situaciones que ha referido a la Corte en esta tendencia hacia los países africanos (2020)

con lo sostenido por la CIJ en el caso *Arrest Warrant* (2002: párr. 61) en relación a la falta de fundamento de las inmunidades en el plano internacional, tal y como aquí también se ha sustentado.

El segundo comentario es de contenido y guarda relación con el carácter extremadamente extensivo y ambiguo de las personas con capacidad para invocarla, con la inseguridad jurídica que ello conlleva. Así, a partir de un problema suscitado en relación a la inmunidad de jefes de Estado en activo, la competencia de la nueva sala penal, tal y como ha sido formulado el artículo 46 A bis, en la práctica se limitará estrictamente a mandos intermedios y eso, si acaso, pues quedan fuera de su jurisdicción no sólo los jefes de Estado o de gobierno sino también “anybody acting or entitled to act in such capacity” e incluso “other senior state officials based on their functions” sin que se defina ni qué se entiende por “senior state officials” ni el sentido de “funciones”²⁵.

La tercera consideración es la opinión generalizada —como no podía ser de otro modo— del retroceso que esta pretensión de construcción de una jurisdicción penal regional así concebida significa para la lucha contra la impunidad. En ese sentido valga citar aquí lo sostenido por la propia Comisión Africana para los Derechos Humanos y de los Pueblos en 2008 en el caso *Mouvement Ivoirien des Droits Humains*: que la adopción de leyes que garantizan inmunidad de enjuiciamiento a los violadores de derechos humanos “evitan que las víctimas puedan solicitar una indemnización, deja a las víctimas indefensas y las priva de justicia” (párr. 97). De aquí que la inclusión de una cláusula como el artículo 46 A bis, única en el contexto internacional, sea indudablemente vista como una regresión en la lucha contra la impunidad de la región que, como señala Tshitshi (2020) de hecho, entra incluso en contradicción con alguno de los objetivos y principios de la propia UA. Por ello cabe congratularse que en la práctica —incluso la relativa a proyectos de jurisdicciones como la COPLA—, al menos por el momento su incidencia no haya ido a mayores. Por lo demás, de entrar en vigor algún día, debe recordarse

²⁵ Para un análisis sobre las posibles interpretaciones del art. 46 A bis del Protocolo de Malabo y el debate teórico que ha suscitado, *vid.*, entre otros, Dire Tladi (2019: 853 et. seq.)

que la cláusula tiene un alcance regional limitado a la competencia de la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos y por tanto no excluye la acción de la CPI que, sobre esta cuestión, tiene una posición muy clara y definida.

Efectivamente, a raíz de la falta de cooperación con la Corte en los casos de detención de jefes de Estado por parte de algunos estados africanos, la Sala de Apelaciones en la última decisión de una larga saga en relación con la orden de arresto de Al Bashir (CPI, 2019)²⁶ ha intentado dejar zanjado de una vez por todas la falsa polémica respecto a la aplicabilidad o no de la inmunidad en casos investigados por la CPI (Kreß, 2019). De ella, para el propósito de este trabajo caben destacar tres aspectos:

El primero, la declaración de principios con la que abre su decisión, que es una categórica negación de la posible existencia de una norma consuetudinaria de inmunidad de Jefe de Estado vis à vis un Tribunal internacional. No la hay (CPI, 2019: 5 (1-2))²⁷.

El segundo, tal y como aquí ya se ha comentado la incorrecta invocación de la inmunidad de jurisdicción extranjera de jefes de Estado aplicable en las relaciones horizontales entre sujetos de derecho internacional para no cumplir con la orden de detención cuando, en estas circunstancias, lo que se está exigiendo a un determinado Estado no es una extradición sino simplemente cumplir con la obligación de asistencia a la Corte (relación vertical). Es, así, la instancia judicial internacional y no la interna quien ejerce la jurisdicción y en este marco el art. 27.2 del ER que prevé de manera taxativa la inaplicabilidad de cualquier tipo de inmunidad es de plena aplicación. Al

²⁶ Previo a esta decisión de la Sala de Apelaciones, en relación con la orden de arresto de Al Bashir de 2009 y la falta de cooperación de los Estados ha habido otras 8 decisiones que afectan a otros 7 Estados: Malawi (2011), Chad (2011 y 2013), Nigeria (2013), República Democrática del Congo (2014); Sudáfrica (2015); Uganda (2016) y Djibouti (2016).

²⁷ La afirmación con la que abre la sentencia es: "1. There is neither State practice nor *opinio juris* that would support the existence of Head of State immunity under customary international law vis-à-vis an international court. To the contrary, such immunity has never been recognised in international law as a bar to the jurisdiction of an international court."

respecto la Sala de Apelaciones llega a afirmar que “El derecho no aprueba fácilmente que se haga por la puerta trasera algo que prohíbe hacer a través de la puerta principal” (párr.4).

El tercero, y quizá más controvertido, la interpretación que efectúa del art. 98.1 del ECPI para conciliarlo con el 27.2. En palabras textuales de la Sala de Apelaciones:

El artículo 98 (1) del Estatuto no estipula, reconoce ni preserva ninguna inmunidad. Es una norma procesal que determina cómo debe proceder la Corte cuando exista alguna inmunidad que pueda obstaculizar una solicitud de cooperación.” (párr. 5 traducción propia)

En definitiva, tal y como ha dejado bien asentado esta decisión, desde el punto de vista sustantivo, los presuntos autores de crímenes internacionales cuando son perseguidos y enjuiciados por un tribunal internacional no pueden alegar a su favor ningún tipo de inmunidad internacional ante la Corte porque no existe tal costumbre, y en el caso de la CPI, además, porque así lo señala taxativamente el art. 27.2. Y desde la perspectiva procesal, los Estados tampoco pueden alegar la regla de la inmunidad extranjera para eludir la detención de un presunto responsable de crímenes internacionales cuando dicha detención se hace siguiendo instrucciones de la Corte Penal en virtud de la obligación de asistencia y cooperación previstas en el ECPI. Aclarada la norma y establecidos los criterios por las que se ha regir, ahora sólo queda que los Estados que se ven llamados a cumplirla, empiecen definitivamente a aplicarla.

5.2. La disparidad de criterios en los sistemas jurídicos internos y la necesidad de alternativas: el intento de armonización del proyecto de artículo 7 de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado ¿avance o retroceso?

Si bien es cierto que, al menos desde el caso Pinochet, empezaron a proliferar demandas y actuaciones judiciales en foros domésticos que cuestionaban la figura de la inmunidad ante acusaciones de graves violaciones a los derechos humanos o la comisión de crímenes internacionales (*Regina v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others*, 1998), los resultados de las mismas son muy poco halaga-

dores en general y prácticamente nulos cuando se trata de la troika (Olasolo et. al., 2016: 268-269). Sin duda decisiones como la de la CIJ de 2002 (CIJ, 2002) han ayudado a que así sea.

Un exhaustivo estudio de esta práctica judicial y legislativa hasta 2016 fue presentado por la Relatora Especial en su quinto informe sobre Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado ante la Comisión de Derecho Internacional en los períodos de sesión 68° y 69° (Escobar, 2016). La detallada recopilación efectuada, tenía por finalidad explicar la oportunidad de lo que ha resultado ser una controvertida propuesta: la del proyecto de art. 7 sobre la inaplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* en casos de crímenes de derecho internacional. La propuesta, tras un intenso debate, acabó aprobándose, pero no por consenso como suele ocurrir sino por 21 votos contra 8, más una abstención²⁸.

En su actual redacción el proyecto de art. 7 (Escobar, 2020: 23) ha quedado de la siguiente manera:

Crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica

1. La inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera no se aplica en relación con los siguientes crímenes de derecho internacional:

- a) crimen de genocidio;
- b) crímenes de lesa humanidad;
- c) crímenes de guerra;
- d) crimen de *apartheid*;
- e) tortura;
- f) desapariciones forzadas.

2. A los efectos del presente proyecto de artículo, los crímenes de derecho internacional arriba mencionados se entienden conforme a la definición de los mismos contenida en los tratados enumerados en el anexo al presente proyecto de artículos.

Muchos son los aspectos interesantes de la propuesta, como lo pone de relieve la repercusión que ha tenido pero, dado el limitado espacio, en este apartado simplemente se destacarán aquellos que

²⁸ Al respecto resulta interesante ver nominalmente la votación (párrs. 74 y 75) y de hecho el resumen de la sesión en general para calibrar el nivel del debate (69° período de sesiones de la CDI, 2017).

ayuden a valorar: (a) el actual estado de la cuestión en relación a la consideración de los crímenes internacionales y las violaciones de normas *ius cogens* como causas excluyentes de la inmunidad; (b) el decaimiento del delito de corrupción de la propuesta inicial²⁹ y (3) la oportunidad misma de la propuesta presentada y su viabilidad. La elección de estas tres cuestiones, obviamente, es porque en nuestra opinión resultan especialmente relevantes para el enjuiciamiento del delito de corrupción asociada al crimen organizado transnacional si, como se plantea en esta investigación, se eleva a la categoría de crimen internacional.

Así, en lo que respecta a la posibilidad que el proyecto de art. 7 sea el reflejo de una práctica existente, o que se inserte en el marco del desarrollo progresivo del derecho Internacional, Sean Murphy (2018: 4) dedica todo un artículo a demostrar por qué, en su opinión, no hay duda de que el esfuerzo de la relatora se inserta en ésta última, tanto por falta de práctica como de *opinio iuris*. Dos son sus

²⁹ La redacción presentada por la relatora era la siguiente:

1. La inmunidad no se aplicará en relación con los siguientes crímenes:

a) el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la tortura o las desapariciones forzadas;

b) los crímenes de corrupción;

c) los crímenes que causen daños en personas, incluidas la muerte y lesiones graves, o en bienes, cuando los mismos se produzcan en el territorio del Estado del foro y el funcionario del Estado se encuentre en dicho territorio en el momento en que se cometen los crímenes.

2. Lo previsto en el párrafo 1 no se aplicará a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* durante el período en que se encuentren en ejercicio.

3. Lo previsto en los párrafos 1 y 2 se entiende sin perjuicio de:

a) cualquier disposición de un tratado, que obligue al Estado del foro y al Estado del funcionario, en virtud de la cual la inmunidad no sea aplicable;

b) la obligación de cooperar con un tribunal internacional que, en cada caso, sea exigible al Estado del foro.

Se han resaltado por la autora mediante cursivas aquellas partes que finalmente no se han incluido en la redacción aprobada provisionalmente. En su lugar, a la lista del punto 1 se ha añadido *apartheid* y una remisión a los convenios internacionales para la definición de los crímenes y la finalidad del punto 2 de la versión original se ha pasado en cierta manera al título en donde se especifica que dicha inaplicabilidad se limita a la inmunidad *ratione materiae*.

líneas argumentales. La primera, una disección de los datos del informe para demostrar, cuantitativamente, la escasez de ejemplos normativos y judiciales. El segundo, las opiniones de los Estados en el marco del Sexto Comité durante el 72º período de sesiones de la AGNU en donde, discutieron el borrador aprobado por la Comisión y, según su parecer, la mayoría de los 49 estados participantes consideraron que no había suficiente práctica (Sean Murphy, 2018, p.6)³⁰. En esta línea, pero con mayor concreción, Forteau (2018, nota 4) señala que las muestras de apoyo al borrador provinieron de 12 Estados —entre ellos los 3 latinoamericanos— mientras que 22 expresaron “preocupación o desacuerdo”³¹. Entre este grupo de objetantes Qinmin Shen, (2018: 13) en otro artículo muy crítico con la propuesta —se titula “methodological flaws in the ILC’s study— destaca las declaraciones hechas por China y por Estados Unidos que negó, no sólo su carácter de norma consuetudinaria, sino también el que se pudiera considerar “desarrollo progresivo”.

Pero independientemente del nivel de crítica demostrado en los citados artículos enmarcados en el simposio publicado en la *American Journal of International Law* de 2016, o en otros como el de Ren & Jin (2021), lo cierto es que vistas las justificaciones de voto en el seno de la Comisión y los comentarios de Estados como China y Estados Unidos, entre otros especialmente significativos de cara a la consolidación de una norma consuetudinaria de alcance universal se debe concluir que, hoy por hoy, no cabe afirmar la existencia de tal cos-

³⁰ En su artículo señala que de los 49 Estados que participaron sólo 5 opinaron que se trataba de una codificación de derecho consuetudinario, mientras que 16 lo hicieron en sentido contrario y los 21 restantes también, aunque de manera más indirecta porque consideraron que no había suficiente práctica. Sean Murphy (2018) p. 6.

³¹ A favor del borrador se mostraron Austria, Chile, Czech Republic, El Salvador, Greece, Italy, Mexico, Netherlands, Norway, Poland, Portugal, South Africa, mientras que la preocupación o desacuerdo provino de Australia, China, France, Germany, India, Indonesia, Iran, Ireland, Israel, Japan, Korea, Malawi, Malaysia, Singapore, Slovakia, Slovenia, Spain, Sri Lanka, Switzerland, Thailand, United Kingdom, United States. Información citada de Sixth Committee, 72nd Session, UnMeetings (Item 81 of the Agenda, Oct. 23 to 27 and 31, 2017).

tumbre. Y vista la reacción al proyecto de artículos, se podría incluso afirmar que difícilmente la veremos en los próximos años.

El segundo aspecto cae de lleno en el objeto del macro estudio del que este capítulo forma parte: el decaimiento del delito de corrupción de la propuesta inicial. En efecto, tal y como se había pensado originariamente este artículo, la inaplicabilidad de la inmunidad material en materia penal a los crímenes de corrupción era la segunda de las tres tipologías previstas³². Como la primera, su inclusión permitió debatir sobre otra posible excepción a la inmunidad que, como se ha visto, de hecho ya contaba con cierta práctica por vía interpretativa³³ (Escobar, 2016: 101 (230-234)). En refuerzo de esta cláusula, el informe incluso se hace eco en la nota 354 de ciertas instancias judiciales internacionales como la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos en donde la corrupción fue incluida entre los crímenes de su competencia, lo que implica elevarlo a la categoría de “crimen internacional” aunque, como ya se ha visto, sin competencia para perseguir por este u otros crímenes a jefes de Estados y un sinnúmero de funcionarios indeterminados que se podrían considerar amparados por el art. 46A *bis* del Protocolo de Malabo en el supuesto de que éste entrase en vigor.

Ahora bien, tal y como se ha comentado, el proyecto de art. 7 contó con un intenso debate centrado mayoritariamente en la primera tipología de excepciones —genocidio, crimen de guerra, crimen de lesa humanidad, tortura y desapariciones forzadas— por lo que aquellos otros apartados con menos interés y apoyo como el de la corrupción no tuvieron ninguna oportunidad. Dos fueron las líneas argumentales en contra de su inclusión: la percepción por parte de algunos Estados ya comentada previamente de que en estos casos no se está efectivamente en presencia de actos oficiales y la falta aún de precisión en la definición del delito (Escobar: 2018).

³² *Vid. supra*: propuesta inicial de artículo 7

³³ Al respecto, como ya se ha visto *supra*, a nivel doméstico el delito de corrupción es uno de los que ha brindado ejemplos de inaplicación de las inmunidades vía interpretativa, al interpretar que en estos casos no se estaba ante un “acto oficial”.

Por último, el tercer aspecto, de carácter más reflexivo, guarda relación con la oportunidad de la propuesta presentada y su viabilidad. Sobre este punto, en nuestra opinión, lo primero que cabe destacar es lo ambiciosa de la misma. Seguramente la trayectoria de la Relatora influyó en su esfuerzo por querer dar un impulso desde la Comisión a la efectiva exigencia de responsabilidad de quienes atentan contra los valores más esenciales de la Comunidad internacional. Esos que han sido pacíficamente reconocidos como tales por los propios Estados y sus representantes que día sí, día también, se envuelven en la bandera de los derechos humanos y declaran un incondicional compromiso con su protección y defensa. En definitiva, sin duda se trataba de dar un paso más en la lucha contra la impunidad, en este caso de aquellos que, ostentando el poder, abusan de él por intereses espurios o fanatismos que conducen a comportamientos criminales “que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad” (ECPI, preámbulo).

Ahora bien, no se puede obviar que, en ocasiones, incluso las propuestas mejor intencionadas y que dentro de su lógica parecen oportunas e incluso necesarias, pueden tener efectos no deseados. En este caso y a bote pronto se nos ocurren dos de muy distinta índole. La primera tiene que ver una vez más con la finalidad misma de las inmunidades, independientemente de que luego en la práctica en muchos casos se pierda de vista. Nos referimos como no, a la protección de la igualdad soberana de los Estados que requiere de garantías para asegurar que sus representantes y agentes puedan actuar y tomar decisiones fuera de su territorio de manera autónoma, no condicionada a la voluntad de terceros. Este aspecto, fundamental para la estabilidad de las relaciones internacionales, de perderse, podría poner en tela de juicio incluso el principio de no intervención, pues se corre el riesgo cierto de una utilización política y/o partidista para desestabilizar regímenes políticos que no son del agrado de determinados Estados bajo el pretexto de una acción judicial contra presuntos crímenes internacionales. En este sentido podría suceder que con la intención de eliminar los casos de mala praxis y abusos de la objeción procesal tal y como se define en la actualidad, se acaben generando nuevos tipos de malas praxis y abusos, ahora en la apli-

cación de las excepciones. Y es que, en ocasiones, los problemas no son consecuencia de la norma sino de la utilización que se hace de la misma. Sirva de ejemplo para el debate sobre ejemplos de posibles controversias relacionadas con ciertas praxis, el anuncio del Departamento de justicia estadounidense de 6 de mayo de 2020 de procesar a Nicolás Maduro, precisamente por delitos relacionados con blanqueo de dinero, corrupción y narcotráfico, todos ellos, asociados a la delincuencia organizada. Según la *American Journal of International Law* (2020), en opinión del fiscal, Maduro no goza de inmunidad en calidad de Jefe de Estado pero no por una negación de las inmunidades sino porque no es el presidente reconocido por Estados Unidos. Por su parte, el portavoz ruso del Ministerio de asuntos exteriores calificó esta acusación de “acoso político (*political bullying*) de un Estado soberano” (traducción propia).

El segundo efecto perverso de la propuesta es que ha incitado a la doctrina y los Estados a pronunciarse al respecto y como señala Van Alebeek, (2018: 27) cabe la posibilidad que hoy haya menos consenso sobre su necesidad u oportunidad que antes de someterlo a votación en la Comisión, con lo que ello supone de freno al desarrollo de una norma consuetudinaria en esta línea. Y peor aún, existe el riesgo cierto de un uso o una interpretación inadecuada de los debates de la CDI por parte de tribunales domésticos con efectos antagónicos a los deseados tal y como ya ha sucedido en alguna otra ocasión (Wood, 2014: 3).

Y es que, como es bien sabido, la evolución del Derecho Internacional no es lineal sino cíclica, con claras épocas de primacía de los intereses comunes a veces materializados en importantes avances normativos hacia una profundización del ámbito comunitario, y otras de egoísmo y primacía de intereses individuales que conllevan un retorno a la desconfianza mutua y la primacía de las relaciones estrictamente horizontales. Por desgracia parece que la idea de establecer excepciones a la inmunidad que late tras el proyecto de artículo 7 se ha presentado a los Estados en un ciclo equivocado.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN: ALTERNATIVAS PARA LA INOPONIBILIDAD DE LA INMUNIDAD EN CASOS DE CORRUPCIÓN ASOCIADO A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Se pueden identificar las cuatro alternativas siguientes para afirmar la inoponibilidad de la inmunidad internacional en los casos de corrupción transnacional:

1. La vía interpretativa. Se refiere a la comentada no consideración de estos actos como “acto oficial” y por tanto la inaplicabilidad de la inmunidad por no cumplir con los requisitos exigidos en su definición. Esta opción que de momento parece la más viable y la preferida de la Relatora especial (CDI resumen 69º período de sesiones, 2017: 188, párr.138), plantea dos problemas. El primero, que sólo tendría un efecto limitativo en los casos de inmunidad *ratione materiae* y por tanto quedaría excluida la troika y los agentes diplomáticos mientras ostenten el cargo. El segundo, que al final queda en manos de cada tribunal el decantarse o no por esta interpretación, con la inseguridad jurídica que ello conlleva y la mayor dificultad de cara a la consolidación de una norma consuetudinaria en este sentido, especialmente después de ver lo reacia que hasta ahora se ha mostrado la CIJ a reconocer cambios en el régimen internacional general de las inmunidades. Quizá la formalización de una cláusula interpretativa en esta línea ayudase.
2. La vía convencional especial. Es cierto que, como se ha visto, los regímenes especiales convencionales existentes que abordan la inmunidad no incluyen ni los crímenes internacionales ni los actos de corrupción como causa de exclusión. Y desde la otra vertiente sustantiva tampoco lo hacen los dedicados a la lucha contra la corrupción y la delincuencia organizada. Eso implica que por ahora y mientras el marco normativo aplicable sea de carácter consuetudinario, sólo cabe la posibilidad de celebrar acuerdos o diseñar protocolos específicos que así lo prevean. En estos casos y por la simple aplicación de las normas de conflicto, las inmunidades materiales (e incluso las personales si así se acuerda) podrían ser inaplicables entre las par-

tes, pues el régimen general cedería ante esta norma especial. De hecho, en esa línea se situaba la letra a) del apartado 3 del proyecto inicial del art. 7. Pero decayó. Por lo demás, de llegar a concretarse, amén de la limitación a las inmunidades materiales que seguramente tendría, la valoración también debería tener en cuenta si su materialización es a través de múltiples tratados bilaterales —con el caos que ello podría suponer—, o si se consigue integrar vía protocolos en los regímenes ya existentes, bien sea los relacionados con las inmunidades o bien los relacionados con la corrupción.

Por desgracia y en línea con lo ya señalado respecto al carácter cíclico del sistema internacional, proyectos normativos como el Protocolo de Malabo van en la dirección totalmente opuesta, si bien como ya se ha señalado, este intento de primacía de las inmunidades de jefes de Estado incluso respecto a las instancias internacionales debe verse como lo que es: hasta ahora una excepción a la práctica general que cuenta con cero ratificaciones y no ha conseguido arrastrar a otros Estados u organizaciones de cara a un posible intento de cristalización consuetudinaria.

3. La vía de la excepción del proyecto de art. 7 en caso de concebir la corrupción como crimen internacional. Poca cosa cabe decir de esta opción que no se haya dicho ya. Desde las serias dudas de que prospere y por tanto deba esperar épocas mejores, hasta el interés que despierta a favor y en contra, pasando por lo difícil que resulta elaborar unas excepciones y reglas de inoponibilidad que mantengan un cierto equilibrio entre el interés común de lucha contra la impunidad y la salvaguarda del principio de igualdad soberana de los Estados. Este equilibrio es fundamental para asegurar la no desnaturalización de la excepción por su uso (y abuso) estrictamente político. Al respecto la concreción de los aspectos procesales puede jugar un papel fundamental.
4. La vía de la persecución internacional en caso de concebir la corrupción como crimen internacional. Sin duda es la mejor vía para evitar la oponibilidad de la inmunidad, simplemente porque, a pesar de falsos debates amparados en el art. 98.1 del

ECPI en lugar del 27.2 en donde se regula este régimen, en estas jurisdicciones tal y como señaló la Sala de Apelaciones de la CPI, la inmunidad de jefes de estado, por su propia naturaleza, no existe. El problema de esta vía, por tanto, es más de carácter indirecto pues parte de la premisa que existe la norma sustantiva según la cual la corrupción asociada al crimen organizado es un crimen internacional, que no es poco problema.

En definitiva, el proyecto del artículo 7 provisionalmente aprobado ha abierto la Caja de Pandora. La “sacudida” que ha supuesto es de agradecer porque el revuelo causado ha puesto sobre la mesa no sólo la problemática de lo arcaico que es hoy por hoy el régimen jurídico de las inmunidades —especialmente la personal y la de jurisdicción penal— sino también el verdadero compromiso de los gobiernos con los nuevos valores comunitarios como la defensa de los derechos humanos o la lucha contra la impunidad que en general dicen defender. La limitación que supone la propuesta a la situación de “desigualdad privilegiada ante la ley” que hoy en día tienen sus representantes es un buen test. Lástima que el resultado del mismo, al menos de momento, sea en general contrario a la consolidación de una mayor y más eficaz protección de los intereses comunes, aunque ello no debería sorprendernos. Baste mirar el escaso grado de cooperación que la propia Corte Penal Internacional ha recibido en los últimos años, especialmente cuando ésta choca con otros intereses geopolíticos. Por otro lado, en su formulación no cabe perder de vista en ningún momento los posibles efectos contraproducentes que determinadas redacciones de estas excepciones podrían tener. En este sentido mención especial merece el riesgo que la decisión unilateral de cada jurisdicción doméstica en aplicación de una cláusula de inoponibilidad de la inmunidad puede suponer, por ejemplo, para el principio de igualdad soberana de los Estados, que en el actual sistema internacional sigue siendo un pilar fundamental e indispensable para evitar ciertos abusos históricos. De aquí la importancia de una muy buena delimitación de los aspectos procesales sobre su uso.

Por último y ya en relación con el caso específico de la corrupción y más concretamente el de la asociada con la delincuencia transnacional, las expectativas pueden ser más halagüeñas que con una excepción más general. Quizá sí exista una oportunidad de cambio

en el obstruccionismo que hasta ahora ha supuesto el régimen de las inmunidades. Y es que en este caso no se trata de la defensa de valores nacidos de la (mala) conciencia de la humanidad, sino que tienen también un alto componente económico y de credibilidad de los Estados afectados ante el resto de los miembros del sistema internacional con quienes se debe relacionar, por lo que quizá el levantamiento de inmunidades recíproco sea viable. En definitiva, el interés individual que conlleva la lucha contra la corrupción vuelve a ser una buena zanahoria para hacer que el régimen de las inmunidades de los agentes y representantes de los Estados continúe evolucionando hacia un régimen más verdaderamente compatible con el interés común de lucha contra la impunidad.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

República de Chile

Corte Suprema, (2007), rol- 3744-07, *Solicitud de extradición de Alberto Fujimori*, 21 de septiembre de 2007

República Italiana

Corte de Casación, III División, (2019). Asunto núm. 21995, (IT:CASS:2019:21995CIV), *Deutsche Bahn AG v. Regione Stereá Ellada*, 3 de septiembre de 2019

Estados Unidos de América

Corte Suprema de los Estados Unidos (2021), 141 S.Ct. 703, *Federal Republic of Germany v. Philipp*, 3 de febrero de 2021

Corte del Distrito del Sur de Nueva York (2020), asunto núm. 11-0205, *United States v. Nicolás Maduro Moros (et.al)*, unsealed 26 de marzo 2020

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

House of Lords, 1 A.C.147, *Regina v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others*, Ex parte Pinochet Ugarte (No 3), 25 de noviembre 1998

England and Wales; High Court, Appeal Decision, (2011), EWHC 2029 (Admin), *Khurts Bat v. The Investigating Judge of the German Federal Court*, 29 de julio de 2011

UK Supreme Court, 2017, UKSC, 61, *Reyes v. Al-Malki & Another*, 18 de octubre de 2017

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

ACHPR (African Commission of Human and Peoples' Rights), asunto *Movement Ivorean des Droits Humains (MIDH) v. Côte d'Ivoire*, Communication No. 246/2002, ACHPR 88, 29 de julio de 2008.

Corte Internacional de Justicia

CIJ, *Arrest warrant of 11 April 2000*, (Democratic Republic of the Congo v. Belgium). Judgment, 14 de febrero de 2002.

CIJ, *Arrest warrant of 11 April 2000*. (Democratic Republic of the Congo v. Belgium). Joint separate opinion of judges Higgins, Kooijmans and Buerghenthal, 14 de febrero de 2002.

CIJ, *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France). Judgment, 4 de junio de 2008.

CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece intervening). Judgment, 3 de febrero de 2012.

CIJ, *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite*, (Belgium v. Senegal). Judgment, 20 de julio de 2012.

CIJ, *Immunities and criminal proceedings*. (Equatorial Guinea v. France), Preliminary objections, 6 de junio 2018.

CIJ, *Immunities and criminal proceedings*. (Equatorial Guinea v. France), Joint dissenting opinion of vice-president Xue, Judges Sebutinde and Robinson and judge *ad hoc* Kateka. Preliminary objections, 6 de junio 2018.

CIJ, *Immunities and criminal proceedings*. (Equatorial Guinea v. France), Judgment, 11 de diciembre de 2020.

CIJ, *Immunities and criminal proceedings*. (Equatorial Guinea v. France), Separate opinion of President Yusuf, 11 de diciembre de 2020.

CPI, [Appeal Chamber]. The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *Judgment in the Jordan Referral re al-Bashir Appeal*, Doc, num. ICC-02/05-01/09 OA2, Judgment, 6 de mayo de 2019

Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia

TPIY, *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Judgment, IT-95-14-T, 3 March 2000

TPIY, *Prosecutor v. Mrksic et al. (Trial Judgment)*, IT-95-13/1-T, 27 Septiembre 2007

Tribunal de Nuremberg

IMT (International Military Tribunal), The USA, Republic of France, UK of GB&NI and the USSR v. Hermann Wilhelm Goring, Rudolf Hess, et.al. *The Trial of German Major War Criminals: Official documents*, Vol. I-1947, 1 de octubre de 1946

Tribunal Internacional Militar para el Lejano Oriente

IMTFE (International Military Tribunal for the Far East), The USA, Republic of China, UK of GB&NI, USSR, Australia, Canada, Republic of France, Kingdom of Netherlands, New Zealand, India and Philippines v. Araki, Sadao et. al. *Trial of Japanese War Criminals: Judgment, Part C, chapter X, Tokyo Judgment*, Vol.2, 12 de noviembre de 1948

Cortes Especiales de Sierra Leona

SCSL [Appeal Chamber]. The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, *Decision on immunity from jurisdiction*, Case Number SCSJ-2003-01-I, Judgment, 31 de mayo de 2004

SCSL. [Appeal Chamber]. Prosecutor v. Sam Hinga Norman - *Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment)*, Case No. SCSL-2004-14-AR72(E), Judgment, 31 de mayo de 2004

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH, asunto *Al-Adsani v. Reino Unido*, (application no. 35763/97), de 21 de noviembre de 2001.

TEDH, asunto *Jones y otros v. Reino Unido* (application no. 3456/06 y núm. 40528/06), de 14 de enero de 2014

Doctrina

Aguilar, G. (2007). "Extradición y derechos humanos: algunas reflexiones a partir del caso Fujimori (sentencia dictada por la Corte Suprema con

- fecha 21 de septiembre de 2007)” *Revista Ius et Praxis*. Vol. 13(2). Pp. 423-433.
- AJIL (2020). “State Jurisdiction and Immunity”, *American Journal of International Law*. Vol.114(3). Pp. 511-518.
- Bradley, C. (2021). “Editorial Comment: Conflicting approaches to the U.S. Common Law of the Foreign Official Immunity”. *American Journal of International Law*. Vol.115 (1). Pp. 1-19.
- Bradley, C. (2018). “Introduction to the symposium on the present and future of foreign official immunity”. *American Journal of International Law, Unbound*. Vol.112. Pp. 1-3.
- Forteau, M. (2018), “Immunities and International Crimes before the ILC: Looking for Innovative Solutions”. *American Journal of International Law, Unbound*. Vol.112. Pp. 22-26.
- Gómez-Colomer, J.L. (2011). “Principio de igualdad e inmunidad procesal penal”. *Cuaderno de Derecho Penal*. Vol. 6. Pp. 51-72.
- Kreß, K. (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 Academy. EPublisher Occasional Papers Series.
- Mariottini, C. (2020), “Deutsche Bahn AG v. Regione Stereá Ellada”. *American Journal of International Law*. Vol. 114(3). Pp. 486-493.
- Murphy, S. (2018), “Immunity *Ratione Materiae* of state Officials from foreign Criminal jurisdiction: Where is the State Practice in support of Exceptions?”. *American Journal of International Law, Unbound*. Vol.112. Pp. 4-8.
- Olasolo, H. (2013). *Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- 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”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 43(1). Pp. 251-281.
- Ren, H. & Jin, Z. (2021). “The Limitations and Exceptions to Immunity of States Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: On ILC Draft Article 7” *Beijing Law Review*. Vol. 12. Pp. 287-304.
- Shen, Q. (2018), “Methodological Flaws in the ILC’s Study on Exceptions to Immunity *Ratione Materiae* of state Officials from Foreign Criminal Jurisdiction”. *American Journal of International Law, Unbound*. Vol.112. Pp. 9-15.
- Tamble, F. (2020). “African Union and the Politics of Selective Prosecutions at the International Criminal Court”. *African Journal of International Criminal Justice*. Vol.6(1). Pp. 3-32.

- Tladi, D. (2019). "Article 46A Bis: Beyond the Rhetoric". En: Jalloh, C., Clarke, K. & Nmehielle, V. (Eds.). *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 850-865.
- Tshitshi, K. (2020), "El andamiaje del regionalismo internacional penal africano: problemas y perspectivas". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. 20(1). Pp. 459-491.
- Van Alebeek, R. (2018). "The "International Crime" Exception in the ILC Draft Articles on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Two Steps Back?" *American Journal of International Law, Unbound*. Vol.112. Pp. 27-32.
- Walker, L. (2012), "Case note: Jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening) (Judgment) (International Court of Justice, General List N° 143, 3 February 2012)". *Australian International Law Journal*. Vol.19. Pp. 251-257.
- Webb, P. (2018). "How far does the systemic Approach to immunities take us?" *American Journal of International Law, Unbound*. Vol.112. Pp. 16-21.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos. *Constitutional Court Strikes Down Parts of Immunity Law*. <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2011-02-11/italy-constitutional-court-strikes-down-parts-of-immunity-law/>.
- Madani, M. (2008), "Darfur, ICC and the new humanitarian order. How the ICC's 'responsibility to protect' is being turned into an assertion of neo-colonial domination. *Pambazuka News. Voices for freedom and justice*. Vol. 396.
- O'Keefe, R. (2014), "Immunity *Ratione Materiae* from foreign criminal jurisdiction and the concept of 'Acts Performed in an Official Capacity'". CAHD-Consejo de Europa, *Seminario Immunity ratione materiae of State officials from foreign criminal jurisdiction*.
- Webb, P. (2019). "Convención de las Naciones unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes". *Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas*. Doc. 19-07326 (S). https://legal.un.org/avl/pdf/ha/cjistp/cjistp_s.pdf
- Wood, M. (2014), "Immunity of state officials from foreign criminal jurisdiction". CAHD-Consejo de Europa, *Seminario Immunity ratione materiae of State officials from foreign criminal jurisdiction*.

Tratados

Estatuto del Tribunal Militar Internacional, *Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo*, 8 de agosto de 1945, Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 82, pág. 279.

Convención General sobre privilegios e inmunidades de Naciones Unidas, de 13 de febrero de 1946, Naciones Unidas, Treaty Series, Vol.1, n° 4, and vol. 90, n° 521 (corrigendum to vol. 1)

Convención sobre privilegios e inmunidades de los organismos especializados, de 25 de noviembre de 1947, Naciones Unidas, Treaty Series vol. 33, n° 521

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961, Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 500, n.° 7310

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 24 de abril de 1963, Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 596, n.° 8638

Convención sobre Misiones Especiales, 8 de diciembre de 1969, Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 1400, n.° 23431

Estatuto de Roma, adoptado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998. Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 2187, n° 38544.

Statute of the Special Court for Sierra Leone, 16 de enero de 2002, annexed to the Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone pursuant to Security Council Resolution 1315 (2000) adopted on 14 august 2000, 2178 United Nations, Treaty Series, vol.2178, n° I-38342

Statute of the Extraordinary African Chambers within the Senegalese judicial system for the prosecution of international crimes committed on the territory of the Republic of Chad during the period from 7 June 1982 to 1 December 1990. Annexed to the Agreement between the Government of the Republic of Senegal and the African Union on the establishment of the extraordinary African chambers within the courts of Senegal pursuant to AU Decision Assembly/AU/Dec.401 (XVIII) adopted on 31 January 2012.

Documentos de organismos internacionales

AGNU, resolución 59/38 de 2 de diciembre de 2004, *Convención sobre las Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes*, Naciones Unidas, AGNU, 59° período de sesiones, suplemento núm.49, doc. A/59/49, vol.I

- AGNU, Informe de la CDI, Naciones Unidas, *comentario al proyecto de artículo 1 párrafo 6*, 9 de agosto de 2013, 65° período de sesiones, suplemento núm. 10, capítulo V, doc. A/68/10
- TPIY, Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 25 May 1993, Security Council Resolution 827 (1993)
- TPIR, Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, 8 Noviembre 1994, Security Council Resolution 955 (1994)
- Escobar, C. (2012). *Informe preliminar sobre la Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, presentado a la CDI en su 64° período de sesiones, doc. A/CN.4/654
- Escobar, C. (2013). *Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, presentado a la CDI en su 65° período de sesiones, doc. A/CN.4/661
- Escobar, C. (2014). *Tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado* presentado a la CDI en su 66° período de sesiones, doc. A/CN.4/673
- Escobar, C. (2015). *Cuarto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado* presentado a la CDI en su 67° período de sesiones, doc. A/CN.4/686
- Escobar, C. (2016). *Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, presentado a la CDI en su 68° período de sesiones, doc. A/CN.4/701
- Escobar, C. (2018). *Sexto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, presentado a la CDI en su 70° período de sesiones, doc. A/CN.4/722
- Escobar, C. (2019). *Séptimo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, presentado a la CDI en su 71° período de sesiones, doc. A/CN.4/729
- Escobar, C. (2020). *Octavo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, presentado a la CDI en su 72° período de sesiones, doc. A/CN.4/739
- CDI, Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, Texto adoptado en el 2° periodo de sesiones, 1950, *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, para. 97.
- CDI, *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, Textos y títulos de los proyectos de artículos 8, 9, 10 y 11 aprobados provisionalmente por el comité de redacción, 72° período de sesiones, 1 de junio de 2021, doc. A/CN.4/L.953

- CDI, Resumen 69º período de sesiones. Capítulo VII. *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, 2017, doc. A/72/10, págs. 176-206
- CDI, Resumen 70º período de sesiones. Capítulo XI. *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, 2018, doc. A/73/10, págs.311-322
- CDI, Resumen 71º período de sesiones. Capítulo VIII. *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, 2019, doc. A/74/10, págs.341-361
- Escobar, C. (2020b) *Diálogo informal entre la CDI y la Sexta Comisión de la Asamblea General. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*.
- Rajput, A. (2017). *Immunity of state officials from foreign criminal jurisdiction. Statement of the Chairperson of the Drafting committee*, declaración efectuada en el marco de la 69º sesión de la Comisión de Derecho Internacional, Ginebra..
- IMTFE (International Military Tribunal for the Far East) *Special proclamation by the Supreme Commander tor the Allied Powers at Tokyo*, 19 January 1946, amended on 26 April 1946. *Treaties and Other International Acts Series* 1589
- UNTANET, (United Nations Transitional Administration in East Timor), *Regulation num.2000/15, on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences*, doc. UNTAET/REG/2000/15, 6 de junio de 2000.
- ECCC, (Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia) *Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers* (amended), (NS/RKM/1004/006), 27 de octubre de 2004
- Protocolo de Malabo, *Draft Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*, adopted by the Twentythird Ordinary Session of the Assembly, AU Doc. No. STC/Legal/Min. 7(1) Rev.1, 27 de junio de 2014.

Capítulo 8

Conclusiones y recomendaciones

HÉCTOR OLASOLO*

1. INTRODUCCIÓN

La presente obra colectiva analiza la cuestión 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, y en particular a la asociada al COT, a la luz de la forma en que el DIP aborda toda una serie de cuestiones sustantivas y procesales particularmente relevantes a estos efectos, como son las relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ), la responsabilidad del superior, la autoría y coautoría mediatas, la prescripción, la inmunidad internacional, los programas de incentivos y protección de denunciantes, informantes y testigos y el procedimiento de acuerdo de aceptación de responsabilidad. De esta

* 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, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, 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>.

manera, se continua con el análisis iniciado en el volumen anterior sobre las respuestas a la corrupción transnacional desde los distintos mecanismos de aplicación del derecho internacional penal (DIP) y sus sistemas de cooperación con las jurisdicciones nacionales.

Las principales conclusiones alcanzadas en el volumen anterior sobre *Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal I: mecanismos de aplicación y cooperación internacional* (Olasolo (dir.), Freydel & Sánchez Sarmiento (coords.), 2023), constituyen, por tanto, el punto de partida de este volumen, en particular en lo que se refiere a los siguientes aspectos:

1. La corrupción transnacional, cuya expansión se ha visto profundamente favorecida por la desregulación de los mercados económico-financieros característica de la globalización, 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. Sus consecuencias (económicas, sociales, políticas, jurídicas, ambientales y éticas) son devastadoras, afectando gravemente al disfrute de derechos fundamentales (sobre todo, entre los grupos de población más vulnerable) y provocando la ruptura del tejido social debido a la pérdida de la confianza (lo que a su vez amenaza al crecimiento social sostenible y al desarrollo de las instituciones).

2. Los tratados internacionales anticorrupción presentan 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, el reconocimiento de la condición de víctima y las dificultades para recurrir a los mecanismos de aplicación del DIP. En consecuencia, la estrategia preventiva, investigativa y sancionatoria recogida en estos tratados, y en las legislaciones nacionales que los implementan, tiene un alcance muy limitado.

3. 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.

4. 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: (a) los tribunales internacionales penales (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); (b) los tribunales internacionales penales de ámbito universal (o, al menos, con vocación de alcanzarlo) establecidos por tratados multilaterales, como la Corte Penal Internacional (CPI); (c) 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 (CAJDH)) y América (Corte Penal Latinoamericana y del Caribe Contra el Crimen Transnacional Organizado (COPLA)); y (d) los tribunales híbridos (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) (por ejemplo, el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) o las 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)¹.

5. 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

¹ Si bien desde 2002 hasta la actualidad se han creado un buen número de THs, la presente obra colectiva se limita a los cuatro aquí mencionados, en cuanto que representativos de las principales categorías de THs existentes.

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 de crisis para la que han sido creados. Además, si bien todos ellos excepto la COPLA tienen jurisdicción sobre los crímenes internacionales centrales, algunos de ellos 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).

6. Existen además otros mecanismos que promueven la aplicación del DIP a través de las jurisdicciones nacionales, como son las comisiones y misiones de apoyo internacionales (como las establecidas para Guatemala, Honduras y El Salvador) y el principio de justicia universal.

2. CUESTIONES SUSTANTIVAS

2.1. *Primera aproximación*

Los crímenes internacionales centrales se caracterizan por el gran número de personas que suelen estar implicadas, las cuales forman normalmente parte de estructuras jerárquicas estatales (fuerzas armadas, policía, servicios de inteligencia), paraestatales (grupos paramilitares) y al margen de la ley (en particular, grupos armados de oposición), y donde el grado de participación tiende a tener más relevancia cuanto más alejado se está de su ejecución material.

Algunas de estas características, pero no todas, son también compartidas por la corrupción transnacional (especialmente, cuando se encuentra asociada al crimen organizado transnacional (COT)), debido a la complejidad y extensión de las redes a través de las que se lleva a cabo (con un gran número de potenciales ejecutores y manejo de autoridad, ya sea de origen legítimo o no), y la consiguiente diversidad de intervinientes y niveles de contribución. Sin embargo, las

redes que subyacen a la corrupción transnacional no tienden en general a presentar estructuras tan jerarquizadas como los aparatos organizados de poder (AOP) a través de los que se suelen cometer los crímenes internacionales. Al mismo tiempo, y aunque la corrupción transnacional se encuentre, en buena medida, relacionada con la criminalidad de empresa y la criminalidad económica, no es tampoco siempre posible equipar sin más dichas redes con las estructuras empresariales.

Esta situación hace que algunas de las figuras que han sido específicamente diseñadas por el DIP (concepto de responsabilidad de los superiores jerárquicos), o que son particularmente aplicables (autoría y coautoría mediatas por AOP) para reflejar mejor la responsabilidad de los máximos responsables de los crímenes internacionales, no parezca que puedan jugar la misma función (al menos en el mismo grado) en relación con el fenómeno de la corrupción transnacional. A esto hay que unir el hecho de que, al margen del Protocolo de Malabo que todavía no ha entrado en vigor, el DIP no ha adoptado el concepto de RPPJ, a pesar de ser una de las principales herramientas con las que se ha abordado este fenómeno en el derecho penal comparado y en los tratados internacionales anticorrupción.

2.2. La no inclusión en el derecho internacional penal del concepto de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Con respecto a esta última cuestión, llama la atención la no inclusión en el DIP del concepto de RPPJ, a pesar de que, como Caroli & Giannini subrayan (capítulo 3), los crímenes internacionales centrales (al igual que las prácticas corruptas transnacionales) tienen un carácter intrínsecamente colectivo —como se refleja en el art. 25(3) (d) del ECPI (y la jurisprudencia que lo ha interpretado), que prevé expresamente la responsabilidad penal de quien “contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”.

En consecuencia, la extensión de la responsabilidad internacional penal a las personas jurídicas permitiría suplir un importante vacío de protección, representado por la falta de respuestas equiparables

a las previstas para el autor individual en relación con aquellos sujetos que obtienen los mayores beneficios de la participación en delitos tan graves como los crímenes internacionales o la corrupción transnacional. Además, como se ha demostrado en las jurisdicciones nacionales que han adoptado el concepto de RPPJ, los sistemas de responsabilidad penal individual y de RPPJ pueden coexistir pacíficamente en un cierto marco regulatorio (como sería el del DIP).

Así mismo, la inclusión de la RPPJ en el DIP tendría una consecuencia positiva inesperada, porque haría necesario repensar la estructura principalmente retributiva del DIP. Si, por un lado, esto podría constituir un gran desafío en tiempos muy complejos en los que el DIP no figura entre las prioridades de la sociedad internacional, por otro lado podría ser una buena oportunidad para responder a las numerosas críticas recibidas y abordar con diferentes enfoques (más pluralistas y de geometría variable) sus nuevas demandas de justicia, con el fin de conciliar los aspectos retributivos, restauradores y transformadores.

2.3. Las dificultades para aplicar la figura de la responsabilidad del superior jerárquico a las redes complejas que subyacen a la corrupción transnacional

La responsabilidad del superior jerárquico por los crímenes internacionales cometidos por sus subordinados es una figura creada expresamente por el DIP como salvaguarda contra la impunidad de los primeros por no adoptar las medidas a su disposición para prevenir, poner fin y castigar las conductas punibles de sus subordinados (cuadros medios y rangos inferiores) en instituciones públicas, organizaciones privadas o estructuras criminales organizadas jerárquicamente. Sin embargo, no está claro cuál podría ser su ámbito de aplicación para perseguir penalmente a los máximos responsables de las prácticas sistemáticas o a gran escala de corrupción transnacional, las cuales son llevadas normalmente a cabo por redes complejas en las que pueden intervenir distintos cuerpos de la administración pública, organizaciones del sector privado y grupos al margen de la ley).

A este respecto, Loyo & Rodríguez (capítulo 2) señalan que esta forma de responsabilidad solo podría ser aplicable cuando dichas redes se organicen jerárquicamente, de manera que se pueda afirmar la existencia de una relación superior-subordinado con base en el control efectivo (capacidad real para prevenir estas prácticas, poner fin a las mismas y sancionar) del primero frente al segundo. Sólo en estos casos cabría entrar a analizar, caso por caso, si concurren además los otros dos elementos centrales de esta figura: la omisión del deber del superior y el elemento subjetivo (dolo o imprudencia) con el que se ha realizar dicha omisión.

Cuando, por el contrario, las prácticas de corrupción transnacional se desarrollan a través de redes complejas que presentan una distribución horizontal de las funciones y del poder de decisión (lo que hace que la toma de decisiones obedezca a lógicas no jerárquicas), no es posible aplicar la figura de la responsabilidad del superior, debido a la imposibilidad de probar la existencia de una capacidad real de los dirigentes (máximos responsables) de la red para prevenir, poner fin o sancionar las prácticas corruptas que sus miembros realizan materialmente.

2.4. Los problemas que presenta la aplicación de las figuras de la autoría y la coautoría mediatas por aparatos organizados de poder

La aplicación de las figuras de la autoría y la coautoría mediatas (manifestaciones de la teoría del dominio del hecho como criterio diferenciador entre autores y partícipes en el DIP) al tipo de redes complejas que caracterizan a la corrupción transnacional presenta también problemas importantes.

En este sentido, conviene recordar que, como Pena González & Pérez Cepeda (capítulo 1) señalan, en el DIP es posible encontrar: (a) sistemas unitarios (o extensivos del concepto de autor) que no distinguen entre autoría y participación como es el caso de los tribunales de Nuremberg y Tokio establecidos tras la Segunda Guerra Mundial; y (b) sistemas diferenciadores que distinguen entre autores y partícipes con base en un criterio subjetivo (el TPIY, el TPIR y la mayor parte de los THs) o en la teoría del dominio del hecho (prin-

cialmente, la CPI). Ante esta situación, la mayor parte de la doctrina, incluyendo a las autoras mencionadas, recomiendan los sistemas diferenciadores porque equiparar el reproche de todos los intervinientes en las extensas organizaciones (generalmente, jerárquicas) a través de las que se cometen los crímenes internacionales contraría los principios de legalidad penal y culpabilidad. Esta recomendación es también aplicable a las redes complejas que se encuentran detrás de la corrupción transnacional.

Las autoras, así como una parte importante de la doctrina, consideran también que, dentro de los modelos diferenciales, el criterio subjetivo (aplicado por el TPIY, el TPIR y la mayor parte de los THs como respuesta a los problemas probatorios relativos a la participación de los dirigentes en el plan común) extiende demasiado el ámbito de la autoría. Esto se debe a que la esencia del injusto es la intención compartida por todos los miembros de la Empresa Criminal Conjunta (independientemente de su rango) de que se cometan los crímenes internacionales abarcados por el propósito criminal común, lo que significa que la relevancia objetiva de sus respectivas contribuciones a la ejecución de dicho propósito no es tenida en cuenta al establecer el desvalor de sus conductas.

En consecuencia, la extensión y gravedad de los crímenes internacionales y la amplitud y complejidad de las organizaciones a través de los que se cometen, aconsejan la adopción de un concepto restrictivo de autor a través de la introducción, tal como hace el art. 25 del ECPI, del dominio del hecho como criterio diferenciador entre autores y partícipes. Estas mismas consideraciones son aplicables a la corrupción transnacional, porque sus prácticas son si cabe más sistemáticas o generalizadas que los propios crímenes internacionales, y las redes que las promueven y desarrollan son, sin duda, más extensas y complejas que las organizaciones a través de las que se cometen dichos crímenes. Además, cada uno de los intervinientes en las redes de corrupción transnacional puede tener sus propios fines para hacer parte de las mismas, sin que necesariamente tengan que compartir un propósito criminal común.

Como subrayan las autoras, la teoría del dominio del hecho permite también resolver los problemas que en la persecución de la corrupción transnacional plantea la delegación de funciones (sobre

todo en relación con las conductas de los administradores de hecho, o las personas que *de facto* ejercen las funciones que sancione el delito), al diferenciar las distintas situaciones que se pueden producir según se haya o no transmitido el dominio sobre la acción u omisión típica (para que la delegación exonere de responsabilidad al delegante es necesario que las funciones transferidas sean transmisibles y que el delegado haya asumido efectivamente la función delegada). Ahora bien, por respeto al principio de legalidad, es recomendable introducir una cláusula que regule expresamente estos supuestos.

La teoría del dominio del hecho ofrece también una solución para los problemas que en la persecución de la corrupción transnacional plantean los supuestos de utilización de instrumentos dolosos no cualificados en la realización de las prácticas corruptas. Así, como señalan las autoras, al no tener estos últimos los requisitos exigidos por la definición del delito para ser autores, no pueden ser considerados como tales, quedando impunes si no se incluye una cláusula que establezca que en estos casos: (a) responde a título de autor mediato quien, cumpliendo con los requisitos exigidos por el tipo penal (*intraeus*), utiliza para cometer el delito a un sujeto doloso no cualificado (*extraneus*); y (b) este último responde a título de partícipe. De esta manera, se evitaría toda contradicción con el principio de legalidad, al preverse en la normativa aplicable la solución prevista por la teoría del dominio del hecho, conforme a la cual el *intraeus* es considerado autor si infringe un deber jurídico protegido por el delito.

Sin embargo, existe, como hemos visto, una diferencia importante en cuanto a la verticalidad u horizontalidad de las organizaciones y redes complejas a través de las que se llevan a cabo los crímenes internacionales y las prácticas de corrupción transnacional. Los primeros son, en gran medida, cometidos a través de estructuras jerarquizadas (AOP) que funcionan con base en el principio del automatismo en el cumplimiento de las órdenes —con independencia de que sean estas estatales (la organización jerárquica es la base del funcionamiento de la administración), estrechamente vinculadas (formal o informalmente) con los aparatos estatales, o se opongan al Estado (la existencia de un mando responsable es también un elemento central del concepto de grupo armado organizado). Esto permite a sus dirigen-

tes asegurarse de la realización de sus órdenes, de manera que sus subordinados se convierten en fungibles. En consecuencia, figuras como la autoría mediata por AOP (cuando el poder dentro de una organización se concentra en una persona) o la coautoría mediata (cuando dicho poder se comparte entre varios miembros de la organización, o son varias estructuras jerárquicas las que se coordinan y reparten las funciones), permiten reflejar con precisión la responsabilidad de los miembros de la(s) organización(es) involucradas en los crímenes internacionales.

En contraste, estas figuras no resultan siempre adecuadas para reflejar la responsabilidad de los distintos intervinientes en las redes complejas que están detrás de la corrupción transnacional, y que se relacionan tanto con la criminalidad de empresa como con los aparatos de poder estatales. Así, si bien es necesario analizar caso por caso cada una de las redes implicadas con el fin de entender el grado de verticalidad u horizontalidad con el que operan, lo cierto es que las mismas son más proclives que las organizaciones a través de las que se cometen los crímenes internacionales a presentar una mayor horizontalidad en la distribución de las funciones y del poder de decisión. Esto no solo hace difícil probar la existencia de una capacidad real para prevenir, poner fin o sancionar las prácticas corruptas de los autores materiales (limitando la aplicación del principio de responsabilidad del superior), sino que cuestiona también la existencia de un automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de dichas redes y cualquier condición de fungibilidad de los autores materiales que se base en dicho automatismo.

En consecuencia, la capacidad para dominar la voluntad de otros y el automatismo en la ejecución es mayor en las organizaciones a través de las que se cometen los crímenes internacionales, que en las redes complejas que subyacen a las prácticas de corrupción transnacional. De hecho, en ocasiones, estas redes parecen estar más cerca de las estructuras empresariales involucradas en los crímenes de empresa, porque estas últimas no presentan, por lo general, una organización jerárquica lo suficientemente rígida como para garantizar la fungibilidad de los ejecutores materiales a través del automatismo en el cumplimiento de las órdenes (razón por la cual, Pena González & Pérez Cepeda consideran que la inducción, como forma de partici-

pación punible castigada con la misma pena que la autoría mediata en sistemas como el español, reflejan mejor la responsabilidad de quienes dan las órdenes al interior de las empresas).

3. CUESTIONES PROCESALES

3.1. La debilidad de los programas de incentivos para alertar o denunciar y los programas de protección de denunciantes, informantes y testigos

Los programas de protección de denunciantes, informantes y testigos que otorgan protección procesal constituyen al mismo tiempo el incentivo más importante que ofrecen los tribunales internacional penales e híbridos para que las personas que tienen información relevante colaboren con las autoridades. Su marco jurídico se ajusta, en principio, a lo dispuesto en el Manual de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), el cual ofrece a los testigos un mayor ámbito de protección. Sin embargo, como Bobbio & Rodríguez (capítulo 4) subrayan, en la práctica, se han producido, con cierta frecuencia, violaciones de las órdenes judiciales que requieren mantener la confidencialidad de la identidad de los testigos, lo que, en ocasiones, ha provocado su negativa a prestar testimonio, e incluso la retirada del testimonio ya prestado. Por su parte, a los denunciantes e informantes se les trata de asegurar a través de las Fiscalías de los respectivos tribunales la confidencialidad de su identidad y de la información suministrada. Sin embargo, según señalan las autoras mencionadas, se mantiene una desconfianza generalizada sobre la efectividad de la protección procesal ofrecida a través de estos programas.

En consecuencia, los TIPs y los THs deben esforzarse por generar la confianza necesaria (especialmente en materia de protección contra posibles represalias) para que las políticas sobre protección procesal de denunciantes, informantes y testigos surtan los efectos deseados. En tanto esto no suceda, no parece posible que este tipo de programas puedan contribuir de manera eficaz al desarrollo de sus investigaciones y enjuiciamientos, lo que constituye un problema

muy importante si se pretende recurrir a los mismos para perseguir penalmente a los máximos responsables de prácticas sistemáticas o generalizadas de corrupción transnacional.

En cuanto al marco jurídico de los programas de protección extraprocésal de dichos tribunales (como la posible reubicación de testigos), las autoras subrayan que, en principio, se ajustan también a las recomendaciones del Manual de la ONUDD. Sin embargo, la falta de fuerzas policiales y la ausencia de un territorio donde poder implementar directamente las medidas adoptadas (algo característico de los TIPs y los THs) ha generado importantes problemas prácticos, porque existe una total dependencia de la voluntad de los Estados para adoptar (y aplicar) los acuerdos de cooperación, con el fin de que las medidas extraprocésales de protección puedan ser ejecutadas. En consecuencia, a menos que los Estados muestren un compromiso real y no meramente formal (lo que hasta la fecha no se ha producido como refleja el limitado número de Estados que han firmado este tipo de acuerdos), la eficacia de las medidas de protección extraprocésales es cuestionable y resultará, sin duda, insuficiente para perseguir penalmente de manera eficaz a los máximos responsables de las prácticas sistemáticas o generalizadas de corrupción transnacional.

En este contexto, las siguientes medidas podrían coadyuvar a mejorar la situación: (a) hacer más énfasis, y dedicar mayores recursos, a las investigaciones y enjuiciamientos por delitos contra la administración de justicia relativos a posibles violaciones de las medidas procesales de protección para denunciantes, informantes y testigos (sobre todo considerando que estas medidas constituyen el incentivo más importante para su cooperación), con el fin de tratar de generar un efecto disuasorio frente a futuras violaciones e incrementar la confianza en el sistema; y (b) explorar estrategias de acción para incentivar a los Estados a incrementar su nivel de cooperación con los tribunales para ejecutar las medidas extraprocésales de protección.

Finalmente, mención aparte merece la preocupación creciente en los TIPs y los THs respecto de la importancia de desarrollar una cultura organizacional respetuosa de los estándares éticos que promueva el cumplimiento por su personal del deber de denunciar las prácticas corruptas que observen en los mismos. Sin embargo, au-

nque la adopción de Códigos de Conducta que buscan incentivar las denuncias es un primer paso en la dirección correcta, mientras no se resuelvan los problemas de falta de conocimiento y accesibilidad, no podrán cumplir su función. Por ello, Bobbio & Rodríguez recomiendan adoptar medidas para promover el conocimiento y la accesibilidad del marco regulatorio y de los mecanismos de denuncia internos, a través, por ejemplo, de entrenamientos obligatorios y periódicos para todo su personal.

3.2. El procedimiento de acuerdo de aceptación de responsabilidad: especial atención a las fortalezas del modelo de las Salas Especializadas de Kósovo

Bachtarova, Regué & Fries (capítulo 5) explican como existen diversas variantes a nivel internacional de los procedimientos de acuerdo de aceptación de responsabilidad, en los que esta última no es realizada unilateralmente por el acusado, sino que es el resultado de una serie de discusiones entre la Fiscalía y la Defensa sobre los cargos, la pena y toda otra serie de elementos como la renuncia al derecho a un juicio oral, la renuncia (si la hubiere) al derecho de apelación y otras cuestiones procesales. Además, si bien los instrumentos constitutivos de algunos tribunales TIPs (como el TPIY y el TPIR) y de ciertos THs (como el TEL y las SEK) prevén explícitamente este tipo de procedimientos (aunque su regulación contiene notables diferencias), esta posibilidad aparece también implícita en los estatutos de la CPI y del TESL, que abren la puerta a la realización de declaraciones de aceptación de responsabilidad negociadas.

En el TPIY, el TPIR y el TEL, la Fiscalía acepta a cambio de la declaración de aceptación de responsabilidad del acusado hacer ciertas concesiones como solicitar la modificación de los cargos, recomendar a la Sala de Primera Instancia (SPI) un rango de pena específico y/o no oponerse a la solicitud que en este sentido pueda hacer la Defensa. Sin embargo, a pesar del acuerdo entre las partes, la SPI, como la máxima autoridad para declarar la responsabilidad penal individual, conserva la facultad de aceptar o rechazar estas solicitudes de las partes. En consecuencia, si bien en la mayoría de los casos la SPI se adhiere a los términos del acuerdo, el escenario en el

que un acusado se declara culpable y la SPI impone una sentencia más severa que la recomendada (y esperada) por las partes no es ni inverosímil ni hipotético, porque ya ha producido en algunos casos ante el TPIY y el TPIR. Según Bachtarova, Regué & Fries, esto hace que el resultado de este tipo de procedimiento carezca de previsibilidad para las partes, y que la Fiscalía no pueda, por tanto, brindar garantías a la Defensa y al acusado sobre lo que terminará ocurriendo. La situación es similar en relación con los acuerdos implícitos subyacentes a las declaraciones de aceptación de responsabilidad en la CPI y el TESL.

En contraste, en las SEK, el acuerdo es presentado por la Fiscalía y la Defensa a la consideración de la SPI como si se tratara de un proyecto de sentencia donde se refleja el consentimiento de ambas partes sobre los cargos, la participación del acusado en los delitos imputados, el modo de responsabilidad, la pena o rango de pena y las modalidades de reparación. A continuación, la SPI puede sugerir, pero no imponer, modificaciones a sus términos para la consideración de las partes². Dependiendo de la respuesta de las partes, la SPI puede rechazar el acuerdo, aceptarlo en sus términos originales o aprobarlo con las enmiendas aceptadas por las partes. En estos dos últimos casos, la SPI debe estar también satisfecha de que: (a) existe suficiente base fáctica que establezca los hechos esenciales requeridos para probar el delito y la participación del acusado; y (b) se hayan tenido debidamente en cuenta los intereses de la justicia (criterio que se considera a la luz de las especificidades de cada caso) con el fin de salvaguardar tanto los derechos del acusado (evitando que personas inocentes sean condenadas), como el establecimiento de la verdad (constituida por el objeto de la causa).

² Esto difiere significativamente del régimen jurídico en los demás tribunales, donde, si la SPI considera que se cumplen los requisitos necesarios para aceptar el reconocimiento por el acusado de su culpabilidad, procede a condenarlo con independencia de si opta por el rango de pena recomendado por las partes o se desvía del mismo.

Como las autoras señalan, la lógica de esta regulación es hacer que el resultado sea predecible porque, ya sea que se apruebe el acuerdo tal como se presentó inicialmente o que las partes acepten las enmiendas propuestas por la SPI, ambos escenarios garantizan que los términos finales del acuerdo de culpabilidad reflejan el consentimiento mutuo de las partes, quedando así sus intereses salvaguardados (de ahí la ausencia de un interés jurídico para apelar la decisión de la SPI por la que se aprueba el acuerdo). Además, el umbral para la aprobación de los acuerdos de aceptación de responsabilidad en las SEK es más alto que en el TPIY, el TPIR y el TEL, al presuponer una evaluación fáctica de las pruebas disponibles, así como consideraciones más amplias relacionadas con los intereses de justicia.

Un tercer aspecto relevante de la regulación prevista en las SEK es la estipulación de que la decisión de la SPI sobre el acuerdo de aceptación de responsabilidad debe ser razonada, lo que garantiza la transparencia del proceso y puede contribuir a esclarecer los hechos bajo consideración (arrojando así una nueva luz sobre el registro histórico relevante dentro de los límites del objeto del caso). Además, la decisión de la SPI que aprueba el acuerdo tiene efectos de cosa juzgada y no está sujeta a apelación (sino solo a revisión bajo estrictos criterios), dada la ausencia de un interés jurídico en apelarla. Todo esto está en consonancia con el fin último de todo procedimiento abreviado, a saber, contribuir a la eficacia del proceso y a la oportuna impartición de justicia, teniendo en cuenta los intereses del acusado y de las víctimas (incluyendo la reparación)

Con base en lo anterior, Bachtarova, Regué & Fries concluyen que la regulación del procedimiento de acuerdo de aceptación de responsabilidad ante las SEK presenta importantes fortalezas frente a su regulación en los demás TIPS y THs, y proporciona una base sólida para la introducción de procedimientos abreviados similares en otras jurisdicciones nacionales, regionales e internacionales que conozcan sobre los crímenes internacionales centrales y sobre las nuevas formas de delincuencia transfronteriza como la corrupción y delincuencia organizada transnacional.

4. PRESCRIPCIÓN E INMUNIDAD INTERNACIONAL: OBSTÁCULOS PROCESALES QUE QUIZÁ NO LO SON TANTO

4.1. *La prescripción*

El descubrimiento, investigación y enjuiciamiento a nivel interno de las tramas de corrupción (especialmente, pero no solo, las políticas) genera graves dificultades, provocando retrasos que pueden provocar la prescripción del delito. Este riesgo de impunidad ha generado varias propuestas para extender los plazos de prescripción en el derecho doméstico (o incluso declararla imprescriptible), a pesar de que este tipo de riesgo afecta también a otros delitos cuya investigación y enjuiciamiento presenta serias dificultades; algunas de las cuales se derivan de las propias deficiencias (estructurales) de los sistemas de justicia y/o del proceso penal (las demoras en la apertura de las investigaciones y la excesiva duración de los procesos penales son comunes a muchos delitos y países).

En consecuencia, las mencionadas propuestas han de ser rechazadas porque, como señala Rodríguez Puerta (capítulo 6), no resultan justificadas ni por la gravedad de los casos involucrados (que depende de que concurren también otras circunstancias), ni por los efectos que puede tener en los sistemas internos (largos retrasos en las causas). Además, el riesgo de impunidad no debe reducirse en detrimento de las garantías vinculadas al debido proceso y al “plazo razonable”, que se verían afectadas por la ampliación, o exclusión, de los plazos de prescripción en los sistemas nacionales, siendo necesario preservar un equilibrio entre el derecho de las víctimas al acceso a la justicia y los derechos procesales que asisten a los imputados/investigados, incluso cuando los casos de corrupción presentan una dimensión transnacional.

Esto no significa, sin embargo, que no sea recomendable adoptar en el derecho interno medidas tales como: (a) plazos amplios de prescripción frente a los casos graves de corrupción transnacional; y (b) reglas específicas de suspensión, facilitando así el enjuiciamiento de quienes hayan escapado a la acción de la justicia valiéndose de prerrogativas (trabas sustantivas o procesales para su enjuiciamien-

to), trasladándose a otro Estado o abusando de su posición de poder. Además, el fortalecimiento de los mecanismos de cooperación interestatal en materia de corrupción transnacional, han de permitir reducir el tiempo necesario para llevar a cabo las investigaciones y enjuiciamientos.

Junto a lo anterior, la opción más adecuada para enjuiciar a nivel regional la corrupción transnacional pasa por establecer con claridad las condiciones que debe presentar esta clase de corrupción para ser enjuiciada a ese nivel y respetar las reglas nacionales de prescripción. De ese modo y siempre que los tribunales regionales se atribuyan la competencia de forma complementaria podrá evitarse la impunidad en aquellos supuestos en los que el Estado alegue fraudulentamente la prescripción o incluso cuando se pruebe que el Estado no ha tenido capacidad para investigar en un tiempo razonable o no ha tenido voluntad de hacerlo.

En contraste con el derecho interno, donde parece más adecuado fijar unos plazos de prescripción proporcionales a la gravedad del delito y establecer diferencias según el tipo de corrupción de que se trate (la clase de delito), sus efectos y los sujetos implicados, la imprescriptibilidad sí es admisible en el ámbito internacional, dependiendo del tipo de crimen del que se trate y de la forma en que se configure. De esta manera, según la autora, extender la imprescriptibilidad a todos los crímenes internacionales, en sentido amplio, no suscita consenso, puesto que este solo existe en relación con los crímenes internacionales centrales, que son aquellos recogidos en normas de *ius cogens* o derecho imperativo (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y agresión). Más allá de los mismos, no hay acuerdo sobre la posibilidad de declararlos imprescriptibles *erga omnes*.

En este contexto, la extensión de la jurisdicción material de la CPI para incluir ciertas manifestaciones de la corrupción transnacional como la sistemática y a gran escala, les conferiría carácter imprescriptible (tanto a nivel doméstico como internacional) en aquellos Estados que formen parte del ECPI. Sin embargo, para los Estados no parte, esta clase de corrupción transnacional no devendría automáticamente imprescriptible, lo que no significa que, como ha sucedido con la tortura, no pueda llegarse a admitir la imprescriptibilidad de aquellas manifestaciones de la corrupción transnacional que

puedan llegar a ser constitutivas de un crimen internacional en sentido estricto (por ejemplo, configurando alguna de las modalidades de los crímenes de la lesa humanidad), siempre y cuando se alcance un consenso al respecto.

Por último, teniendo en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de manera incipiente la Corte de Justicia de la Unión Europea, han sugerido que determinadas formas de corrupción (en particular, cuando es sistemática y a gran escala) pueden impedir o limitar gravemente el disfrute de los derechos humanos, Rodríguez Puerta considera que también cabría proponer la inaplicación de la prescripción en estos supuestos, a los efectos de reconocer el derecho a las víctimas a ser indemnizadas e instar al Estado a cumplir con sus obligaciones de investigación, enjuiciamiento y sanción.

4.2. La inmunidad internacional

La inmunidad internacional ha sido tradicionalmente uno de los principales obstáculos procesales al enjuiciamiento de los más altos representantes estatales. Su fundamento es la garantía de estabilidad en las relaciones internacionales y el principio de igualdad soberana entre los Estados. Se distingue de la inmunidad aplicable en el ámbito interno que busca garantizar el desarrollo de la actividad pública de manera libre e independiente mediante la protección frente a amenazas o represalias dentro del propio Estado. En consecuencia, como Jiménez Cortés (capítulo 7) señala, los diversos regímenes de inmunidad internacional de las personas que representan o ejercen funciones estatales son relevantes para las actuaciones por corrupción transnacional que se puedan llevar a cabo en los TIPs y los THs.

La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961) se refiere a diversas categorías de personas que forman parte de las misiones diplomáticas en base a las funciones que pueden desempeñar, limitando la inmunidad y su alcance al ejercicio de dichas funciones. Otras convenciones que prevén inmunidades de personas que representan o ejercen funciones estatales son las relativas a las Relaciones Consulares (1963), a las Misiones Especiales (1969) y a

la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales (1975). Todas ellas adoptan también una aproximación funcional de la inmunidad. Junto a estos representantes que cuentan con marcos convencionales en donde se regula la inmunidad, según el derecho consuetudinario, son también beneficiarios de inmunidad internacional un amplio elenco de funcionarios estatales, incluyendo a los más altos representantes del Estado (Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores) y a una pluralidad de agentes, representantes o funcionarios públicos de distinto rango, al margen de los ya mencionados. De entre todos ellos, sólo los Jefes de Estado, de Gobierno, Ministros de Asuntos Exteriores y agentes diplomáticos gozan de inmunidad personal mientras están en el ejercicio del cargo, lo que impide que tribunales de terceros Estados puedan ejercer jurisdicción sobre sus conductas (ya se trate de actos públicos o privados). Al dejar el cargo pasan a estar solamente cubiertos por una inmunidad funcional que se limita a los actos realizados en su ejercicio, que es la que cubre también al resto de agentes estatales arriba mencionados.

Según la autora, la principal vía de inoponibilidad de la inmunidad internacional son los TIPs y los THs que exigen la responsabilidad penal por los crímenes internacionales centrales. Ante dichas instancias esta norma obstructiva de carácter procesal (con independencia de su carácter personal o funcional) resulta inoponible. Esto es así incluso en los casos en que tales crímenes sean cometidos por los más altos representantes estatales. De hecho, la creación de tales jurisdicciones es, en gran medida, el resultado de la lucha contra la impunidad de los Jefes de Estado y demás autoridades que, a lo largo del tiempo, han tratado de escudarse en su cargo público para evitar responder penalmente por la comisión de crímenes internacionales. Ello es así porque se trata de instancias internacionales cuyo mandato deriva de la comunidad internacional en relación con unas conductas que atentan precisamente contra la misma, en una relación vertical que nada tiene que ver con la relación horizontal de igualdad soberana de los Estados y mantenimiento de las relaciones mutuas entre iguales que fundamenta la inmunidad internacional.

Establecida así la distinta naturaleza y fundamentación de los TIPs y los THs es lógico deducir en consecuencia que los Estados tam-

poco pueden en estos supuestos alegar la inmunidad internacional para incumplir las solicitudes de detención y entrega formulada por aquellas instancias judiciales, siempre y cuando se basen en las obligaciones de asistencia y cooperación previstas en sus respectivos estatutos y reglas de procedimiento y prueba.

No se puede decir lo mismo, sin embargo, de las jurisdicciones domésticas, especialmente cuando se trata de tribunales nacionales extranjeros. En estos casos, si bien cada vez existen más ejemplos de limitación a la posibilidad de oponer la inmunidad internacional (sobre todo cuando tiene una naturaleza funcional), no es posible afirmar a día de hoy la existencia de una norma consuetudinaria arraigada que impida oponerla en casos de crímenes internacionales centrales sin más. Los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional así lo demuestran, especialmente en el caso de los más altos representantes del Estado que gozan de inmunidad personal mientras ostentan el cargo, por lo que resultan intocables por dichas jurisdicciones domésticas, aun cuando hayan contribuido a la comisión de este tipo de crímenes.

A la luz de lo anterior, y teniendo en cuenta la estrategia del COT de tratar de corromper a los (más altos) dirigentes y personal de las entidades públicas y privadas de las áreas en las que operan, la inmunidad internacional puede constituir un auténtico problema para que los tribunales (incluso los internacionales e híbridos) puedan perseguir penalmente de manera eficaz a los máximos responsables de las prácticas sistemáticas o a gran escala de corrupción transnacional. Para tratar de superar este problema, Jiménez Cortes nos ofrece hasta cuatro alternativas, con sus respectivas fortalezas y debilidades, para afirmar la inoponibilidad de la inmunidad internacional en los casos de corrupción transnacional:

1. La vía de la consideración de la corrupción transnacional (o de algunas de sus manifestaciones más graves caracterizadas por la sistematicidad y la gran escala) como constitutiva de un crimen internacional central ya existente (por ejemplo, un crimen de lesa humanidad) o de uno autónomo. Esta sería sin duda una vía que evitaría la oponibilidad de la inmunidad (ya sea personal o funcional) de sus máximos responsables ante los TIPs y los THs. Falta, sin embargo, la aprobación de una norma sustantiva que afirme la naturaleza de

crimen internacional central de la corrupción transnacional y que ésta sea integrada a los respectivos estatutos con igual rango que los crímenes ya existentes.

2. La vía de interpretar los actos de corrupción como actos no oficiales, lo que haría que la inmunidad funcional fuese inaplicable por no cumplir con los requisitos exigidos en su definición. Sin embargo, esta opción plantea dos problemas: (a) no sería aplicable a la inmunidad personal; y (b) quedaría en manos de cada tribunal el decantarse, o no, por esta interpretación, con la inseguridad jurídica que ello conlleva y la mayor dificultad de cara a la consolidación de una norma consuetudinaria en este sentido (especialmente, tras ver las reticencias de la CIJ a reconocer cambios en el régimen consuetudinario de la inmunidad internacional). La formalización de una cláusula interpretativa en esta línea podría, sin embargo, ser de utilidad a estos efectos.

3. La vía convencional especial, porque ni los regímenes especiales convencionales en materia de inmunidad, ni los relativos a la corrupción transnacional y a la delincuencia organizada, hacen referencia a que la comisión de crímenes internacionales centrales (o la participación en prácticas sistemáticas o generalizadas de corrupción transnacional) pueda ser causa de exclusión de la inmunidad. En consecuencia, se podría pensar, por ejemplo, en adoptar un protocolo a la CNUCC en este sentido. Las perspectivas con respecto a la aprobación de un proyecto limitado a la corrupción transnacional (en lugar de uno más amplio) serían mayores al buscar proteger valores muy relevantes para la credibilidad de los Estados, con un importante aspecto económico, lo que puede facilitar una eventual aceptación del levantamiento recíproco de la inmunidad³.

4. La vía de la excepción contenida en el art. 7 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la inmunidad internacional de los funcionarios estatales frente a las jurisdicciones

³ El Protocolo de Malabo va, sin embargo, en la dirección opuesta (si bien el intento de primacía de las inmunidades de los Jefes de Estado recogido en su art. 46H (incluso frente a instancias internacionales) no pasa de ser una mera excepción a la práctica general, que, por ahora, no cuenta con ninguna ratificación).

penales extranjeras, en caso de que llegue a concebir en el mismo la corrupción transnacional (o algunas de sus manifestaciones) como un crimen internacional. Es, sin embargo, poco probable que este proyecto llegue a prosperar y, además, se requeriría que los aspectos procesales sobre su utilización fueran regulados cuidadosamente, con el fin de evitar dejar al arbitrio de cada jurisdicción nacional el alcance y condiciones de su aplicación (lo que abriría la puerta a su uso político).

5. RECOMENDACIONES

Iniciamos la presente obra colectiva ante la constatación realizada en el volumen anterior (Olasolo (dir.), Freydell & Sánchez Sarmiento (coords.), 2023) de que:

1. La situación actual no hace sino reflejar, por un lado, las limitaciones actualmente enfrentadas por los distintos mecanismos de aplicación del DIP, y por otro lado, la ausencia hasta muy recientemente de un planteamiento serio sobre la posibilidad real de que dichos mecanismos, o al menos una parte de los mismos, puedan ser incorporados a una estrategia anticorrupción más amplia para hacer frente a las manifestaciones más graves de la corrupción transnacional.

2. Existe una necesidad de adoptar una estrategia diseñada en torno a los tres elementos siguientes: (a) generar conciencia de que, si bien los crímenes internacionales centrales y las manifestaciones más graves de la corrupción transnacional, no comparten la misma naturaleza, 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; (b) profundizar en un mayor nivel de análisis con respecto a las medidas concretas disponibles para minimizar el impacto de los problemas identificados a este respecto; y (c) incorporar los resultados alcanzados en el diseño de las nuevas estrategias de lucha contra la corrupción transnacional.

La presente obra colectiva se enmarca dentro del segundo elemento, y nos permite extraer una serie de recomendaciones sobre las cuestiones sustantivas y procesales abordadas, que sintetizamos a

continuación, comenzando por las que presentan un carácter más general para finalizar con aquellas que tienen un contenido más concreto:

1. Revisar la estructura principalmente retributiva del DIP con un enfoque más pluralista, que busque conciliar los aspectos retributivos, restauradores y transformadores de las demandas de justicia que se le realizan.

2. Afirmar sistemáticamente la inoponibilidad ante los TPIs y los THs de la inmunidad internacional de los (más altos) dirigentes y personal de las entidades públicas y organizaciones privadas de las áreas en las que operan las redes que subyacen a la corrupción transnacional. Para ello, es recomendable recurrir a las alternativas sugeridas por Jiménez Cortes en el capítulo 7 (presentadas de manera sintética en la sección anterior).

3. Desarrollar en los TPIs y los THs una cultura organizacional respetuosa de los estándares éticos, que promueva el cumplimiento por su personal del deber de denunciar las prácticas corruptas que observen, y que venga acompañada de la adopción de las medidas necesarias (como, por ejemplo, entrenamientos obligatorios y periódicos de todos sus integrantes) para promover el conocimiento y la accesibilidad del marco regulatorio y los mecanismos de denuncia internos.

4. Incrementar en los TPIs y en los THs el número de investigaciones y enjuiciamientos por posibles violaciones a medidas procesales de protección de denunciantes, informantes y testigos, con el fin de fortalecer la confianza en el sistema (esto considerando que las medidas de protección son el incentivo más importante para su cooperación).

5. Diseñar estrategias jurídicas y extrajurídicas para incentivar a los Estados a cooperar con los TPIs y los THs en la aplicación de las medidas extraprocesales de protección de denunciantes, informantes y testigos (esto ante la constatación de que la falta de fuerzas policiales y la ausencia de un territorio donde los TPIs y los THs puedan aplicar directamente las medidas adoptadas genera importantes problemas prácticos y los hace ser en gran medida dependientes de la voluntad estatal de cooperación).

6. Promover la adopción de un concepto restrictivo de autor en el DIP a través de la introducción, tal como hace el art. 25 del ECPI, del dominio del hecho como criterio diferenciador entre autores y partícipes.

7. Explorar las posibilidades que ofrece la teoría del dominio del hecho para resolver los problemas que en la persecución de la corrupción transnacional plantean las situaciones de delegación de funciones y utilización de instrumentos dolosos no cualificados en la realización de las prácticas corruptas.

8. Evitar el tratamiento de las redes que subyacen a la corrupción transnacional como si se tratara de auténticos aparatos organizados de poder, con el fin de no recurrir a las figuras de la autoría y la coautoría mediatas para analizar la responsabilidad al interior de las mismas, cuando no presenten estructuras tan jerarquizadas que permitan afirmar su organización conforme al principio de automatismo en el cumplimiento de las órdenes.

9. Limitar la aplicación de la figura de responsabilidad del superior jerárquico a los casos en los que dentro de las redes complejas que subyacen a la corrupción transnacional se pueda afirmar la existencia de una relación superior-subordinado con base en el control efectivo (capacidad real para prevenir las prácticas corruptas, poner fin a las mismas y sancionar) del primero frente al segundo (en los demás casos no sería, por tanto, necesario entrar a analizar si concurren los otros dos requisitos de esta figura: la omisión del deber del superior de prevenir, reprimir o castigar las prácticas corruptas de sus subordinados y el elemento subjetivo con el que el superior ha de llevar a cabo dicha omisión).

10. Evitar extender la aplicación de la figura de la responsabilidad del superior cuando las prácticas de corrupción transnacional se desarrollan a través de redes complejas que presentan una distribución horizontal de las funciones y del poder de decisión (lo que hace que la toma de decisiones obedezca a lógicas no jerárquicas), e impiden la existencia de una capacidad real de los dirigentes (máximos responsables) de la red para prevenir, poner fin o sancionar las prácticas corruptas que sus miembros realizan materialmente.

11. Analizar las aportaciones que el derecho penal económico puede realizar al DIP, incluyendo la introducción del principio de RPPJ, con el fin de abordar la responsabilidad al interior de las redes subyacentes a la corrupción transnacional.

12. Fomentar la adopción en los TPIs y los THs del modelo de procedimiento de acuerdo de aceptación de responsabilidad recogido en la Ley de las SEK, poniendo particular atención en la satisfacción del fin último de todo procedimiento abreviado: contribuir a la eficacia del proceso y a la oportuna impartición de justicia, teniendo en cuenta los intereses del acusado y de las víctimas.

13. Adoptar en los TPIs y los THs las reformas procesales necesarias para que la regulación del procedimiento de acuerdo de aceptación de responsabilidad contenga los siguientes elementos: (a) previsibilidad del resultado final para las partes (teniendo las partes la facultad para aceptar o rechazar cualquier enmienda al contenido de los acuerdos propuesta por las SPIs); (b) sometimiento de la aprobación de los acuerdos a una evaluación fáctica por las SPIs de las pruebas disponibles y a consideraciones más amplias relacionadas con los intereses de justicia; (c) obligación de las SPIs de motivar sus decisiones de aprobación de los acuerdos presentados por las partes; (d) atribución de efectos de cosa juzgada a las decisiones de aprobación de las SPIs (no estando por tanto sujetas a apelación ante la ausencia de un interés jurídico en este sentido) y limitación de su impugnación al recurso extraordinario de revisión.

14. Establecer para los delitos de corrupción transnacional en el derecho interno plazos de prescripción prolongados, pero proporcionados a la gravedad del delito, incluyendo diferencias según el tipo de corrupción de que se trate (la clase de delito), sus efectos y los sujetos. Para ello se recomienda la adopción de medidas tales como: (a) plazos amplios de prescripción frente a los casos graves de corrupción transnacional; (b) reglas específicas de suspensión (facilitando así el enjuiciamiento de quienes hayan escapado a la acción de la justicia valiéndose de prerrogativas (trabas sustantivas o procesales para su enjuiciamiento), trasladándose a otro Estado o abusando de su posición de poder); y (c) reforzar los mecanismos de cooperación para reducir los tiempos necesarios para la investigaciones, sobre todo, cuando se requiere de la colaboración de otros Estados.

15. Valorar las posibilidades que brinda el ámbito de los DD.HH para luchas contra la corrupción masiva y sistemática o estructural (transnacional o no), al menos a los efectos de reconocer el derecho a las víctimas a ser indemnizadas e instar al Estado a investigar, enjuiciar y sancionar los hechos aunque estos se encuentren prescritos en derecho interno.

16. Si se opta por enjuiciar a nivel regional la corrupción transnacional, establecer con claridad las condiciones que debe presentar esta clase de corrupción para ser enjuiciada a ese nivel (incluyendo la atribución de jurisdicción a esos tribunales de forma complementaria), respetar las reglas nacionales de prescripción e inaplicar la prescripción cuando se pruebe una intervención fraudulenta del Estado dirigida a evitar el enjuiciamiento y condena internacional del acusado.

17. Admitir la imprescriptibilidad de algunas clases de corrupción (transnacional), sistémica, estructural y/o generalizada, tanto si ésta se incorporará al catálogo de crímenes de la jurisdicción material de la CPI, como si se incluye como delito vinculado a alguno de los crímenes internacionales.



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/

978-84-1056-424-4



9 788410 564244



**tirant
lo blanch**

**PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA**



Universidad del
Rosario | Facultad de
Jurisprudencia



Pontificia Universidad
JAVERIANA
CÓCADA



Universidad del
Rosario | Facultad de Estudios
Internacionales,
Políticos y Urbanos



INSTITUTO
**JOAQUÍN
HERRERA
FLORES**



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE LA HAYA
IIH
PARA LA PAZ, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA INTERNACIONAL



PIJ
Perspectivas
Iberoamericanas
sobre la Justicia



COLOMBIA
POTENCIA DE LA
VIDA



Ciencias