

# LA CORRUPCIÓN COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD BAJO EL ESTATUTO DE ROMA<sup>1</sup>

## CORRUPTION AS A CRIME AGAINST HUMANITY UNDER THE ROME STATUTE

Georgina Bonacera  
Profesora Adjunta / Magister en Derecho Internacional Público  
Instituto Universitario de la Policía Federal (Argentina) / Leiden University (Países Bajos)

*Fecha de recepción:* 26 de marzo de 2020.

*Fecha de aceptación:* 14 de mayo de 2020.

### RESUMEN

El presente trabajo analiza el delito de corrupción a gran escala, y sus consecuencias para la población mundial. Asimismo, evalúa la evolución de la respuesta a esta situación por parte del Derecho Internacional Público y el Derecho Penal Internacional en particular, y sus deficiencias. Atento a la gravedad del delito y a la falta de mecanismos adecuados para su juzgamiento, sugiere que el crimen de corrupción a gran escala puede ser penalmente perseguido bajo el tipo de “otros actos inhumanos” de los crímenes de lesa humanidad tal como se contempla en el artículo 7 del Estatuto de Roma. Para ello, se analiza la concurrencia de todos los requisitos del tipo penal establecidos en los Elementos de los Crímenes, y se exponen y da respuesta a ciertas críticas a tal iniciativa.

### ABSTRACT

The present paper analyses the issue of grand corruption, as well as its consequences for the world population. It evaluates the response that Public International Law -and International Criminal Law in particularly-, gives to the problem, as well as its shortcomings. Because of its gravity and the lack of proper mechanisms to deal with it, it suggests that the crime can be prosecuted under the figure of “other inhumane acts” of crimes against humanity as contemplated in article 7 of the Rome Statute. In order to do this, it analyses the fulfilment of the requirements stipulated in the Elements of the Crimes, and exposes and gives answers to some possible critics to such an approach.

---

<sup>1</sup> El presente trabajo está basado en un paper académico presentado como trabajo final del curso Derecho Penal Internacional Avanzado, en el marco del programa de la Maestría Avanzada en Derecho Internacional Público, con especialización en Derecho Penal Internacional de la Universidad de Leiden en junio de 2019.

## PALABRAS CLAVE

Corrupción – Estatuto de Roma – Crímenes de Lesa Humanidad – Derecho Penal Internacional - Corte Penal Internacional.

## KEYWORDS

Corruption – Rome Statute – Crimes Against Humanity – International Criminal Law – International Criminal Court.

## ÍNDICE

**1. INTRODUCCIÓN. 2. SECCIÓN 1.** 2.1. Definir “corrupción a gran escala”. 2.2 Desarrollo del derecho penal internacional y del marco “anticorrupción”. 2.3 El Protocolo de Malabo: una solución inviable. **3. SECCIÓN 2.** 3.1 Corrupción como crimen de lesa humanidad. 3.2 Críticas al enfoque de crímenes de lesa humanidad. 3.2.1 *Nullum Crimen Sine Lege*. 3.2.2 *Mens Rea*. **4. CONCLUSIÓN 5. BIBLIOGRAFÍA.**

## SUMMARY

**1. INTRODUCTION. 2. SECTION 1.** 2.1. Defining “grand corruption”. 2.2. Developments in ICL and in anti-corruption frameworks. 2.3 Malabo Protocol: an unworkable solution. **3. SECTION 2.** 3.1 Corruption as a crime against humanity. 3.2 Critiques to the crime against humanity approach. 3.2.1 *Nullum Crimen Sine Lege* 3.2.2 *Mens Rea* **4. CONCLUSION 5. BIBLIOGRAPHY.**

## 1. INTRODUCCIÓN

Según el Foro Económico Mundial, un estimado de 2.6 trillones de dólares se pierden a la corrupción cada año.<sup>2</sup> Este número, sin embargo, no debe ser visto como una mera figura económica: el Banco Mundial ha destacado que la corrupción es uno de los más grandes obstáculos al desarrollo económico y social,<sup>3</sup> y se ha demostrado que la corrupción a gran escala está intrínsecamente vinculada con bajas tasas de crecimiento económico, infraestructura pública inferior, altas tasas de desigualdad y, particularmente, mayores tasas de pobreza.<sup>4</sup> Estos factores tienen un impacto directo en los seres humanos. Se calcula que 18 millones de personas mueren anualmente de causas estrictamente relacionadas a la

<sup>2</sup> Network of Global Agenda Council Reports 2011-2012, disponible en <http://reports.weforum.org/global-agenda-council-2012/#view/global-agenda-council-2012/councils/anti-corruption/> (visitado por última vez el 6 de mayo 2020).

<sup>3</sup> Corruption Hunters Rally for Action Against Fraud, The World Bank News, disponible en <http://www.worldbank.org/en/news/feature/2010/12/06/corruption-hunters-rally-for-action-against-fraud> (visitado por última vez el 6 de mayo 2020).

<sup>4</sup> R. Factor & M. Kang, Corruption and Population Health Outcomes: An Analysis of Data From 133 Countries Using Structural Equation Modelling, 60(6) Int. J. Public Health 633, página 633 (2015).

pobreza,<sup>5</sup> un número notablemente superior a las 154.081 muertes reportadas en zonas de guerra o conflicto durante el 2018.<sup>6</sup>

No obstante, mientras mucho se debate respecto de qué rol puede jugar la Corte Penal Internacional (en adelante “CPI” o “la Corte”) en los mayores conflictos de nuestra era, su intervención en estados altamente corruptos (que guían a su población a la pobreza, y denotan un total desinterés por la provisión de servicios de salud, infraestructura pública, o disponibilidad de agua potable para la mera subsistencia)<sup>7</sup> no parece ser un asunto de suma importancia. El presente trabajo analizará este problema y explorará la posibilidad de perseguir penalmente el crimen de corrupción bajo la categoría de “otros actos inhumanos” de los crímenes de lesa humanidad, según el artículo 7 (1) (k) del Estatuto de Roma.

La primera sección introducirá el tópico y definirá “corrupción a gran escala”. Luego se centrará brevemente en el desarrollo histórico del derecho penal internacional y su desinterés o ignorancia en elevar a la categoría de crimen internacional al delito de corrupción. Además, examinará el marco anticorrupción que actualmente rige la relación entre los distintos Estados, e identificará los problemas clave que impiden que sea exitoso. Por último, analizará la incorporación de la corrupción como una ofensa internacional en el marco del Protocolo de Malabo y discutirá sus deficiencias.

La sección dos se focalizará en si la corrupción puede ser perseguida como un crimen de lesa humanidad bajo el artículo 7(1)(k) del Estatuto de Roma. Tratará de probar que los actos de corrupción a gran escala cumplen con todos los requisitos del artículo de mención, y presentará (y dará debida respuesta) a posibles críticas a tal enfoque.

## 2. SECCIÓN 1

### 2.1 Definir “corrupción a gran escala”

Definir el término “corrupción” no es una tarea sencilla toda vez que el propio concepto resulta ser demasiado amplio y complejo.<sup>8</sup> De hecho, ni siquiera la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (en adelante CNUCC) provee una definición para el término, sino que, en su lugar, se limita a enumerar las ofensas que lo conforman.<sup>9</sup> Entre ellas, por ejemplo, se encuentran el cohecho, la malversación de fondos, y el tráfico de influencias. En términos generales, puede decirse que la corrupción se refiere al abuso del poder que le fuera confiado a una persona para su beneficio personal.

---

<sup>5</sup> T. Pogge, *Recognized and Violated by International Law: The Human Rights of the Global Poor*, 18 LJIL 717, página 730 (2005).

<sup>6</sup> Número de fatalidades reportadas por The Armed Conflict Location & Event Data Project (ACLED), disponible en <https://www.acleddata.com/curated-data-files/> (visitado por última vez el 6 de mayo 2020).

<sup>7</sup> *Ver Poverty and Development*, Transparencia Internacional, disponible en [https://www.transparency.org/topic/detail/poverty\\_and\\_development](https://www.transparency.org/topic/detail/poverty_and_development) (visitado por última vez el 6 de mayo 2020).

<sup>8</sup> M. Boersma, *Corruption: A Violation of Human Rights and a Crime Under International Law?*, página 25 (2012).

<sup>9</sup> *Ibid.*, página 94. Además, *ver en general* Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, disponible en [https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corruption/Convencion\\_de\\_las\\_NU\\_contra\\_la\\_Corruptcion.pdf](https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corruption/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corruptcion.pdf) (visitada por última vez el 6 de mayo 2020).

Como tal, puede ser llevado a cabo por una amplia cantidad de agentes. En otras palabras, tanto el oficial de la policía que pide un soborno a cambio de no tramitar una multa de estacionamiento, como el presidente que toma dinero de las arcas del Estado para su propio beneficio, están involucrados en actos de corrupción. Sin embargo, cuando hablamos de corrupción como un crimen internacional, no todas sus manifestaciones van a ser de nuestro interés, sino solo aquellas a las que se refiere como actos de corrupción a gran escala.

El presente trabajo seguirá la definición de la ONG Transparencia Internacional, que definió los actos corrupción a gran escala como aquellos “actos cometidos en un alto nivel Estatal que distorsionan las políticas o el funcionamiento central del Estado, permitiendo a los líderes beneficiarse a expensas del bien público” (la traducción es propia). De manera más detallada, Transparencia Internacional desarrolló una definición legal del término, con fecha 19 de agosto de 2016, que detalla que un acto de corrupción a gran escala tiene lugar cuando “un funcionario público u otra persona priva a un grupo social particular o a una parte sustancial de la población de un Estado de un derecho fundamental; o causa al Estado o a cualquiera de sus habitantes una pérdida de más de 100 veces del ingreso anual mínimo de su población; como resultado de cohecho, malversación de fondos u otro delito de corrupción”.<sup>10</sup> Entonces, se trata de corrupción arraigada en los más altos niveles de gobierno, que tiene un impacto negativo directo sobre la población, ya que el apropiamiento de los recursos estatales por parte de sus líderes les impide el acceso a los medios más básicos de supervivencia.

## 2.2 Desarrollo del derecho penal internacional y del marco anticorrupción

Durante la década de los 90, tanto el derecho penal internacional (DPI) como tal, como el delito de corrupción, se encontraban en el centro de atención. Respecto al DPI, este período atestiguó el nacimiento de tres tribunales penales internacionales. En 1993 y 1994 el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas ordenó la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia (TPIY)<sup>11</sup> y Ruanda (TPIR)<sup>12</sup>, respectivamente. Ambas decisiones fueron una reacción a los atroces crímenes que se cometieron en cada uno de aquellos lugares. Posteriormente, en 1998 los Estados acordaron la firma del Estatuto de Roma, el cual dio origen a la Corte Penal Internacional.

Ninguno de los Tribunales mencionados en el párrafo precedente es competente para juzgar el delito de corrupción a gran escala. En otras palabras, en sus estatutos no se incluye un delito de corrupción como tal. Resulta más sencillo comprender el porqué de dicha circunstancia en los casos del TPIY y del TPIR: fueron concebidos como reacciones a crímenes que ya habían tenido lugar, y, en consecuencia, su competencia se limitaba a ellos. Sin embargo, la CPI fue estructurada como una nueva corte internacional con el fin de perseguir “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su

<sup>10</sup> El texto original de la definición y sus notas explicativas se encuentran disponibles en [https://www.transparency.org/news/feature/what\\_is\\_grand\\_corruption\\_and\\_how\\_can\\_we\\_stop\\_it](https://www.transparency.org/news/feature/what_is_grand_corruption_and_how_can_we_stop_it) (visitada por última vez el 6 de mayo 2020) (la traducción es propia).

<sup>11</sup> UN Doc. S/RES/827 (1993).

<sup>12</sup> UN Doc. S/RES/955 (1994).

conjunto”,<sup>13</sup> y de “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes”.<sup>14</sup> No obstante, si bien al momento de su acuerdo las consecuencias de la corrupción a gran escala eran lo suficientemente conocidas, el Estatuto no le dio la categoría de delito internacional.

Paralelamente, la década de los noventa fue muy importante para los esfuerzos anticorrupción.<sup>15</sup> Fue durante este período en el cual las grandes organizaciones internacionales empezaron a abordar la problemática.<sup>16</sup> La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante “OCDE”) adoptó dos recomendaciones no vinculantes en los años 1994 y 1996, las cuales lidiaban con Cohechos en las Transacciones Comerciales Internacionales,<sup>17</sup> y con la Deducibilidad Fiscal de Cohechos de Servidores Públicos Extranjeros.<sup>18</sup> La OCDE fue también la plataforma a través de la cual se adoptó el primer tratado global sobre corrupción: la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.<sup>19</sup> Lamentablemente, la Convención fue defectuosa ya que se limitó a funcionarios públicos y transacciones comerciales, y se centró en la criminalización del cohecho activo (dar o prometer un soborno), pero no se tuvo en cuenta el cohecho pasivo (recibir un soborno).<sup>20</sup>

En el 1997 la Unión Europea adoptó el Convenio Relativo a la Lucha Contra los Actos de Corrupción en los que Estén Implicados Funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembro de la Unión Europea,<sup>21</sup> y la Convención Interamericana Contra la Corrupción entró en vigor.<sup>22</sup> Sólo dos años más tarde, en 1999, el Consejo Europeo adoptó el Convenio Penal sobre la Corrupción,<sup>23</sup> el cual se construyó sobre la base de la Convención de la OCDE, pero criminalizó tanto el soborno activo como el pasivo, y agregó la criminalización del sector privado por actos de corrupción.<sup>24</sup>

El primer intento de Naciones Unidas de lidiar con el asunto tuvo lugar en el año 2000, con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional<sup>25</sup> que criminalizó la corrupción en tanto se encontrara vinculada con la actividad delictiva organizada.<sup>26</sup> El 2003 fue un año notable: en primer lugar, fue el año en el

---

<sup>13</sup> Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, abierto a la firma el 17 de julio de 1998, 2187 UNTS 3 (entró en vigor el 1 de julio de 2002) (en adelante “Estatuto de Roma”), Preámbulo.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> M. J. Christensen, *Crafting and Promoting International Crimes: A Controversy Among Professionals of Core-Crimes and Anti-Corruption*, 30(2) LJIL 501, página 515 (2017).

<sup>16</sup> G. Nessi, *Transnational Prosecution of Grand Corruption and its Discontent*, en H. Van der Wilt & C. Paulussen (Eds.), *Legal Response to Transnational and International Crimes: Towards an Integrative Approach*, página 174 (2017).

<sup>17</sup> OECD Doc. C(94)75/FINAL (27 de mayo de 1994)

<sup>18</sup> OECD Doc. C/(96)27/FINAL (17 de abril de 1996)

<sup>19</sup> La Convención fue firmada el 17 de diciembre de 1997, tal como se refleja en el sitio web oficial de la OCDE, <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm> (visitada por última vez el 6 de mayo 2020).

<sup>20</sup> I. Bantekas, *Corruption as an International Crime and Crime Against Humanity*, 4(3) JICJ 466, página 469 (2006).

<sup>21</sup> Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C195, volumen 40 (25 de junio de 1997).

<sup>22</sup> OEA Convención Interamericana Contra la Corrupción, Firmas y Ratificaciones, disponible en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_B-58\\_contra\\_Corruptcion\\_firmas.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corruptcion_firmas.asp) (visitado por última vez el 6 de mayo 2020).

<sup>23</sup> Consejo Europeo, ETS n°173, Estrasburgo (27 de enero de 1999).

<sup>24</sup> Bantekas, *supra* nota 18, página 471.

<sup>25</sup> UN Doc. A/RES/55/25 (2000).

<sup>26</sup> Bantekas, *supra* nota 18, página 471.

cual la Unión Africana adoptó la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción;<sup>27</sup> en segundo lugar, y aún más importante, surgió un enfoque verdaderamente global sobre la problemática, con la adopción de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.<sup>28</sup> A la fecha, la CNUCC es el único tratado universal contra la corrupción,<sup>29</sup> con 186 ratificaciones.<sup>30</sup>

La convención reconoce la necesidad de luchar contra la corrupción,<sup>31</sup> y establece una lista más exhaustiva de conductas prohibidas que cualquiera de sus predecesores. Además, la CNUCC se enfoca en la recuperación de activos,<sup>32</sup> un asunto de suma importancia para la población de Estados altamente corruptos, la cual jamás había sido abordada.<sup>33</sup> En este sentido, requiere que los Estados Parte cooperen entre ellos y que tomen medidas tendientes a facilitar la recuperación de activos.<sup>34</sup> Como consecuencia, han existido instancias en las que algunos Estados Occidentales han congelado activos de regímenes corruptos caídos (por ejemplo: en Túnez, Ucrania, Libia y Egipto).<sup>35</sup>

A pesar del enfoque integral de la CNUCC respecto de la problemática que significa la corrupción, la Convención en sí misma ha probado no ser tan efectiva como se esperaba que fuera, debido a la falta de mecanismos de ejecución.<sup>36</sup> Gran parte de sus disposiciones piden a los Estados que consideren tomar ciertas medidas, en vez de obligarlos a hacerlo, particularmente respecto a la ejecución de las medidas de penalización, las cuales deja básicamente libradas a la voluntad de los Estados.<sup>37</sup> La Convención, entonces, se apoya mayoritariamente en la voluntad de cooperación de los Estados a fin de ser un mecanismo eficiente contra la corrupción,<sup>38</sup> y esa es su perdición. A diferencia de otros delitos comunes, la corrupción en la escala en que aquí se presenta difícilmente pueda ser investigada y perseguida penalmente de manera doméstica, ya sea porque afecta también al poder de justicia, o porque, si bien independiente, el poder judicial no posee las herramientas para ir en contra de los más altos funcionarios estatales. Además, para enjuiciar la corrupción a nivel doméstico resulta necesaria, en la mayoría de los casos, la cooperación de terceros estados a donde, por ejemplo, se desviaron los bienes ilegítimamente apropiados.

La historia ha demostrado la dificultad existente al momento de investigar y enjuiciar la corrupción de manera local, así como los efectos devastadores que ésta tiene sobre la población, sobre todo en países azotados por la pobreza. Es por ello que una elevación a la

---

<sup>27</sup> AU Doc. Assembly/AU/Dec.27(II) (2003).

<sup>28</sup> UN Doc. A/RES/58/4 (2003). En adelante "CNUCC".

<sup>29</sup> Nessi, *supra* nota 14, página 147.

<sup>30</sup> Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, Fact Sheet 1 – Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, disponible en <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html> (visitada por última vez el 6 de mayo 2020)

<sup>31</sup> CNUCC, preámbulo.

<sup>32</sup> CNUCC, capítulo 5.

<sup>33</sup> D. Vlassis, *The United Nations Convention Against Corruption: A Successful Example of International Action Against Economic Crime*, 15(2) *Temida* 61, página 65 (2012).

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> Nessi, *supra* nota 14, página 176.

<sup>36</sup> B. Bloom, *Criminalizing Kleptocracy? The ICC as a Viable Tool in the Fight Against Grand Corruption*, 29(3) *AmUIntLRev* 627, página 631 (2014)

<sup>37</sup> Christensen, *supra* nota 13, página 516.

<sup>38</sup> M. E. Webster, *Fifteen Minutes of Shame: The Growing Notoriety of Grand Corruption*, 31 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 807, página 812 (2008).

categoría de crimen internacional, el cual habilitaría que el hecho sea investigado fuera de la jurisdicción en la que tuvo es una solución atractiva. La siguiente subsección expondrá y analizará el primer intento de llevar a cabo tal tarea.

### 2.3 El Protocolo de Malabo: una solución inviable

El 27 de junio de 2014 la Unión Africana adoptó el Protocolo de Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos,<sup>39</sup> más comúnmente conocido como el Protocolo de Malabo. El Protocolo fusiona la Corte Africana de Justicia y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y establece que la nueva Corte fusionada tendrá una sección de Derecho Penal Internacional.<sup>40</sup>

El artículo 28 I del Protocolo de Malabo (anexo) le otorga competencia a la Corte sobre el crimen de corrupción, y enumera ocho conductas que lo componen (tipificadas en el artículo 28 I, incisos “a” al “g”) y, por ende, son pasibles de investigación y enjuiciamiento ante la Corte “si son de una naturaleza grave que afecta la estabilidad de un Estado, Región, o de la Unión”.<sup>41</sup> Lo que este calificativo implica es que la Corte Penal Africana sólo va a enfocarse en aquellos casos que se han calificado más arriba en este trabajo como actos de corrupción a gran escala.

No resulta sorprendente que el primer acercamiento a la elevación del crimen de corrupción a un estatus de crimen internacional provenga de África, ya que la población de este continente es una de las más afectadas por las consecuencias de poseer líderes altamente corruptos. Todos los años Transparencia Internacional elabora un “índice de percepción de corrupción” basado en la percepción de expertos y empresarios sobre el nivel de corrupción de sus propios países. El índice utiliza una escala del 0 al 100 para clasificar a cada país, en la que 100 significa que el país no posee corrupción, mientras que 0 significa que la corrupción es elevada. El índice del año 2019 reflejó que solo 8 de los 49 países africanos subsaharianos que fueron analizados obtuvieron una puntuación superior a 43. El promedio general de la región fue un bajo 32, con Somalia a la cabeza de la lista como el país más corrupto del mundo por séptimo año consecutivo, con una puntuación de 9.<sup>42</sup>

Solo a fin de ilustrar la gravedad de la situación se expondrá brevemente el caso de Guinea Ecuatorial.<sup>43</sup> Guinea Ecuatorial es un pequeño país de 1,2 millones de habitantes,<sup>44</sup> gobernado por Teodoro Obiang Ngeuma desde 1979, cuando tomó el poder que hasta ese momento detentaba su tío a través de un golpe de estado.<sup>45</sup> En 1996 se descubrieron importantes reservas petrolíferas en el país, lo que lo convirtió en uno de los países más

<sup>39</sup> AU Doc. Assembly/AU/8(XXIII) (2014) (en adelante “Protocolo de Malabo”).

<sup>40</sup> G. Werle & M. Vormbaum, *Creating an African Criminal Court*, en G. Werle & M. Vormbaum (Eds.) *The African Criminal Court: A Commentary on the Malabo Protocol*, página 3 (2017).

<sup>41</sup> Protocolo de Malabo (anexo), Artículo 28 I (1) (la traducción es propia).

<sup>42</sup> CPI 2019: Sub-Saharan Africa, disponible en [https://www.transparency.org/news/feature/cpi\\_2019\\_Sub\\_Saharan\\_Africa](https://www.transparency.org/news/feature/cpi_2019_Sub_Saharan_Africa) (visitado por última vez el 6 de mayo 2020).

<sup>43</sup> País que, en el 2019, obtuvo únicamente 16 puntos en el índice de percepción de corrupción de Transparencia Internacional.

<sup>44</sup> Según se desprende de información oficial del Banco Mundial, disponible en <http://www.worldbank.org/en/country/equatorialguinea/overview> (visitado por última vez el 6 de mayo 2020)

<sup>45</sup> Ibid.

ricos de África de la noche a la mañana, con el ingreso per cápita más alto del continente.<sup>46</sup> No obstante, dicha situación no se vio reflejada en su población. Mientras el hijo del presidente gasta fortunas en autos de lujo, yates y hasta incluso en una colección de recuerdos de Michael Jackson, el 70% de la población vive debajo de la línea de pobreza.<sup>47</sup> El país emplea el 80% de su presupuesto anual en infraestructura que prácticamente no se usa (y que es muy probablemente la pantalla a través de la cual los recursos estatales son desviados). En contraste, no hay inversión estatal en educación o en servicios de salud, y un gran número de gente no tiene siquiera acceso a al agua corriente.<sup>48</sup>

Por lo tanto, la necesidad de incluir al delito de corrupción como un crimen internacional en la Corte Penal Africana era previsible. Además, dentro de los aspectos positivos, cabe remarcar que el Protocolo reconoce tanto la corrupción del sector privado como la del sector público, e incluye al enriquecimiento ilícito en la lista de actos prohibidos,<sup>49</sup> al cual define como “el incremento significativo en los activos de un funcionario público o de cualquier otra persona el cual no puede ser razonablemente explicado con relación a su ingreso”.<sup>50</sup> Esto resulta beneficioso, toda vez que uno de los mayores problemas existentes en relación a la corrupción es el extremo secretismo que se mantiene a su alrededor.<sup>51</sup> La figura del enriquecimiento ilícito permite la investigación y enjuiciamiento del crimen sin necesidad de tener que demostrar el momento exacto en el que los activos cuestionados cambiaron de manos. Más aún, el artículo 46 C del Protocolo de Malabo (anexo) establece la responsabilidad penal empresaria para los crímenes internacionales. Si bien existe controversia alrededor de esta figura,<sup>52</sup> es fácil reconocer que las corporaciones tienen participación en este tipo de crímenes,<sup>53</sup> por lo cual resulta de vital importancia que ello sea reconocido y castigado. Para que la corrupción exista no sólo se necesita tener líderes corruptos, sino también compañías dispuestas a pagar altísimas sumas de dinero en calidad de sobornos, compañías intermediarias que se dedican a la creación de redes de sociedades off-shore que esconden los activos ilegalmente obtenidos, así como bancos o entidades financieras dispuestos a recibir dicho dinero más allá de su origen espurio. Centrar la atención únicamente en los individuos corruptos, pero no en las complicadas estructuras que se crean alrededor de ellos a fin de que el delito pueda cometerse no permite siquiera empezar a analizar la complejidad de la actividad criminal.

---

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> An African Dictator Son And His Very Lavish Toys, Forbes, disponible en <https://www.forbes.com/sites/mfonobongnsehe/2011/07/07/an-african-dictators-son-and-his-very-lavish-toys/#2579570d598d>, (visitado por última vez el 6 de mayo 2020).

<sup>48</sup> How Equatorial Guinea Turned Corruption Into an Art Form, Human Rights Watch, disponible en <https://www.hrw.org/news/2017/06/15/how-equatorial-guinea-turned-corruption-art-form>, (visitado por última vez el 6 de mayo 2020).

<sup>49</sup> Protocolo de Malabo (anexo), artículo 28 I (g).

<sup>50</sup> Protocolo de Malabo (anexo), artículo 28 I (2) (la traducción es propia).

<sup>51</sup> P. Mauro, *Corruption and the Composition of Government Expenditure*, en G. T. Abed & S. Gupta (Eds.), *Governance, Corruption & Economic Performance*, página 225 (2002).

<sup>52</sup> C. Meloni, *Modes of Responsibility (Article 28N), Individual Criminal Responsibility (Article 46B) and Corporate Criminal Liability (Article 46C)*, en G. Werle & M. Vormbaum (Eds.) *The African Court: A Commentary on The Malabo Protocol*, página 152 (2017).

<sup>53</sup> Ibid., página 153.



No obstante, las provisiones incluidas en el Protocolo de Malabo, si alguna vez entran en vigor,<sup>54</sup> no remediarán la situación actual del continente. El artículo 46 A Bis del Protocolo establece que “[n]o se iniciarán ni continuarán cargos ante el Tribunal contra ningún Jefe de Estado o Gobierno de la Unión Africana en servicio, ni contra ninguna persona que actúe o tenga derecho a actuar en dicha capacidad, ni contra otros funcionarios estatales de alto nivel en relación a sus funciones, mientras dure su nombramiento en el cargo” (la traducción es propia). De esta manera, existe una asombrosa incompatibilidad entre las inmunidades previstas en el artículo 46 A Bis, y la persecución del delito de corrupción tal como se encuentra tipificado en el artículo 28 I del Protocolo. Como se explicó con anterioridad, el Protocolo persigue la corrupción únicamente en aquellos casos en los cuales los actos que la componen “son de una grave naturaleza que afecta la estabilidad de un Estado, Región, o de la Unión”. Para que aquél sea el caso, casi con seguridad las personas detrás del delito serán altos funcionarios estatales, sino el mismo Jefe de Estado. El hecho de que la Corte no tenga poder para investigarlos vacía prácticamente de contenido al delito tipificado. Resultaría escandaloso que la Corte condenara a un civil o una empresa por involucrarse en actos corruptos con el gobierno, a la vez que ignora la responsabilidad de los representantes estatales con los cuales se perfeccionó la maniobra. Es justamente esta paradoja la cual posiblemente resultará en la destrucción de la credibilidad de la Corte,<sup>55</sup> y hará que la persecución del delito que nos interesa sea virtualmente imposible. Es más, no sólo será el delito de corrupción imposible de perseguir, sino que las inmunidades que se garantizan en el Protocolo para líderes y funcionarios será un incentivo más para que líderes tiranos y corruptos sigan en el poder, haciendo aún peor una situación que ya resulta terrible.

Es por ello que la solución propuesta por el Protocolo de Malabo difícilmente tenga un impacto real en la comisión del delito de corrupción en los países africanos, y, un modelo como el expuesto, adoptado por otras jurisdicciones, sin modificar las inmunidades que éste garantiza, enfrentará idénticas dificultades.

La solución ideal para dicha cuestión sería o la incorporación de un nuevo delito de competencia de la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma, o la creación de un nuevo Tribunal Internacional que posea competencia sobre este tipo de delitos. Lamentablemente, ninguno de estos escenarios parece plausible en el futuro cercano. Debido a esto, la próxima sección analizará si el marco actual del derecho penal internacional resulta suficiente para garantizar el enjuiciamiento de este delito.

### 3. SECCIÓN 2

#### 3.1 Corrupción como crimen de lesa humanidad

---

<sup>54</sup> El Protocolo establece que entrará en vigor cuando reciba la ratificación número 15. A la fecha, fue firmado únicamente por 11 países, pero no ha sido ratificado por ninguno de ellos, según se desprende del sitio web oficial de la Unión Africana, disponible en [https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-sl-protocol\\_on\\_amendments\\_to\\_the\\_protocol\\_on\\_the\\_statute\\_of\\_the\\_african\\_court\\_of\\_justice\\_and\\_human\\_rights\\_5.pdf](https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-sl-protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_5.pdf) (visitado por última vez el 6 de mayo 2020).

<sup>55</sup> L. D. Fernández, *Corruption (Article 28I) and Money Laundering (Article 28Ibis)*, en G. Werle & M. Vormbaum (Eds.), *The African Criminal Court: A Commentary on the Malabo Protocol*, página 93 (2017).

Durante los últimos quince años varios autores han abogado por la inclusión de la corrupción como un delito internacional. Chile Eboe-Osuji ha dicho que “no debería haber dificultad alguna en concebir la elevación de la cleptocracia al rango de sujetos del derecho penal internacional”,<sup>56</sup> y llamó a enmendar el Estatuto de Roma o a adoptar una nueva convención a fin de lidiar con este delito.<sup>57</sup> Ilias Bantekas, por su parte, ha establecido que algunas formas de corrupción podrían ser perseguidas bajo el Estatuto de Roma, como crímenes de lesa humanidad de exterminio o de traslado forzoso de población (artículos 7(1)(b) y 7(1)(d), respectivamente).<sup>58</sup> Elias Davidsson siguió el mismo enfoque, más no se centralizó en la corrupción per se, sino en la opresión económica generada por ella sobre la población civil. Concluyó que dicha forma de opresión podía ser perseguida bajo las figuras de crímenes de lesa humanidad de asesinato, exterminio, u otros actos inhumanos de carácter similar.<sup>59</sup> Tanto Sonja Starr como Ben Bloom argumentan que la corrupción debe ser enjuiciada bajo la categoría de “otros actos inhumanos”, tal como se contempla en el artículo 7(1)(k) del Estatuto, posición que se seguirá en el presente trabajo.<sup>60</sup> Finalmente, también se planteó que podría estar emergiendo una nueva norma consuetudinaria internacional que prohíbe este tipo de actos de corrupción.<sup>61</sup>

Si bien la opción de criminalizar la corrupción bajo los tipos de crímenes de lesa humanidad de asesinato, traslado forzoso de población o exterminio -contemplados en el Estatuto de Roma- resulta atractiva, el principal problema de la propuesta radica en el hecho de que, a fin de cuentas, el crimen enjuiciado no será la corrupción en sí misma, sino los asesinatos, el exterminio, o el traslado forzoso que resultaron de ella. Sólo cuando sea posible identificar víctimas de tales crímenes podrá entonces el acto de corrupción ser perseguido penalmente bajo dichas figuras.<sup>62</sup> Al mismo tiempo, la identificación de una norma consuetudinaria emergente que prohíbe los actos de corrupción a gran escala es una idea seductora, pero, en el mejor de los casos, sin siquiera entrar en discusión respecto de si ello en verdad estaría sucediendo, el carácter emergente de la normativa significa que, al menos por ahora, no permite la persecución del delito bajo su órbita.

Entonces, la pregunta que debemos responder es si el crimen de corrupción a gran escala puede ser perseguido penalmente bajo la categoría de “otros actos inhumanos” tal como se la contempla en el artículo 7(1)(k) del Estatuto de Roma. Para dar respuesta a dicho interrogante es menester realizar un debido análisis del cumplimiento de los requisitos de dicho tipo penal. Tanto los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad

---

<sup>56</sup> C. Eboe-Osuji, *Kleptocracy: A Desired Subject of International Criminal Law That is in Dire Need of Prosecution by Universal Jurisdiction*, en E.A Ankumah & E. K. Kwakwa (Eds.), *African Perspectives on International Criminal Justice*, página 129 (2005) (la traducción es propia).

<sup>57</sup> *Ibid.*, página 132.

<sup>58</sup> Bantekas, *supra* nota 18, página 474.

<sup>59</sup> Ver E. Davidson, *Economic Oppression as an International Wrong or as a Crime Against Humanity*, 23 *Neth. Q. Hum. Rts.* 173 (2005).

<sup>60</sup> Ver S. Starr, *Extraordinary Crimes at Ordinary Times: International Justice beyond Crisis Situations*, 101 *Nw. U. L. Rev.* 1257 (2007); y *en general*, Bloom, *supra* nota 37.

<sup>61</sup> Ver N. Kofele-Kale, *The Right to a Corruption-Free Society as an Individual and Collective Human Right: Elevating Official Corruption to a Crime under International Law*, 34 *Int'l L.* 149 (2000).

<sup>62</sup> N. Doukellis, *Fighting Grand Corruption: A Criticism on the ‘Crime Against Humanity’ Approach & A Feasible Solution*, página 6 (2015), disponible en <https://ssrn.com/abstract=2779609> (visitado por última vez el 6 de mayo 2020).

como los elementos específicos de “otros actos inhumanos” deben estar presentes a fin de posibilitar su enjuiciamiento.

Nos enfocaremos, en primer lugar, en los elementos contextuales. El artículo 7(1) del Estatuto sostiene que para que determinado acto se considere un crimen de lesa humanidad, debe cometerse “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.

El primer punto que parece ser problemático se centra en el requerimiento de que exista un “ataque”.<sup>63</sup> Sin embargo, no es necesario que el ataque en cuestión sea militar, o, de hecho, un ataque de tipo violento. Por lo tanto, los sistemas organizados a través de los cuáles los líderes corruptos saquean las arcas Estatales se ajusta perfectamente a este requisito. La situación sería similar a aquella que tiene lugar en el crimen de apartheid, en el cual el ataque está compuesto por las políticas gubernamentales discriminatorias.

Al mismo tiempo, el “ataque” debe ser generalizado o sistemático. Como lo indica la jurisprudencia, el requisito de “generalizado” se refiere tanto a la cantidad de víctimas como a la naturaleza a gran escala del ataque,<sup>64</sup> y se lo ha visto como involucrando ataques “llevados a cabo sobre un área geográfica de gran magnitud o un ataque en un área geográfica pequeña dirigido contra un gran número de civiles”.<sup>65</sup> Esta fue, también, la posición adoptada por los Tribunales Ad-Hoc.<sup>66</sup> Resulta sencillo observar cómo este requisito se cumple respecto de actos de corrupción a gran escala. Virtualmente toda la población de un Estado resulta víctima del ataque, debido a que los recursos que son apropiados son aquellos que deberían haber sido utilizados en beneficio de la población. Esto es, entonces, evidencia tanto de la escala del ataque, así como de la cantidad de sus víctimas. En relación con el requisito de sistematicidad, el término se refiere a “la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de su ocurrencia casual”.<sup>67</sup> Nuevamente, los actos de corrupción a gran escala cumplen con dicho requisito. Cuando hablamos de este tipo de actos no nos referimos a actos aislados, sino a un plan combinado a través del cual los más altos funcionarios de un Estado desvían recursos para su propio beneficio.

Un “ataque dirigido contra la población civil” es definido por el artículo 7(2) del Estatuto como “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”. Aún cuando clasificar la corrupción a gran escala como una política estatal puede parecer contradictorio, la realidad es que la forma organizada a través de la cual se lleva a cabo la desviación de recursos, y el involucramiento de la totalidad del aparato estatal en la maniobra, indican que ese es el caso. Un aspecto clave de dicho tipo de actos de corrupción

---

<sup>63</sup> W. A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary to the Rome Statute*, página 153, 2º Ed. (2010).

<sup>64</sup> *El Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, decisión Relativa a la Solicitud de la Fiscalía de una Orden de Detención Contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 de marzo de 2009, párrafo 81.

<sup>65</sup> *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 de junio de 2009, párrafo 83 (la traducción es propia).

<sup>66</sup> Schabas, *supra* nota 60, página 148.

<sup>67</sup> *Supra* nota 61 (la traducción es propia).

es que se proyecta y organiza como un sistema de gobierno por aquellos que están en el poder,<sup>68</sup> a pesar de que no puede ser reconocido formalmente como tal, debido a que ningún gobierno involucrado en este tipo de maniobras se referiría a ellas explícitamente. No obstante, no es necesario que la política en cuestión sea una política estatal formalmente reconocida para que pueda ser perseguida penalmente,<sup>69</sup> lo que significa que tanto esta informalidad como el ocultamiento de la verdadera naturaleza del acto que gira en torno de la corrupción no configuran un obstáculo para que la Corte ejerza su competencia.

Detengámonos aquí un momento para abordar un contraargumento que se presenta sobre esta posición, el cual sostiene que el delito de corrupción no cumple con el requisito de ser dirigido en “contra de la población civil”, dado que los civiles serían víctimas incidentales del delito, y no el objeto principal del ataque tal como lo requiere el Estatuto.<sup>70</sup> En cambio, el principal objeto del ataque sería el Estado en sí mismo, ya que es la entidad de la cual los fondos y recursos son desviados. Ahora bien, existen dos maneras de contestar a este argumento. En primer lugar, cabe resaltar que una enorme cantidad de los fondos Estatales son recolectados a través de distintos impuestos. En otras palabras, los fondos que son apropiados son fondos que la misma población provee al Estado para que éste pueda llevar a cabo su trabajo, y sean utilizados en beneficio de la población. En segundo lugar, hay que recordar que el Estado como tal es una entidad abstracta, creada para organizar la vida en sociedad. Su propósito principal es trabajar en beneficio de las personas que componen la sociedad en cuestión. Entonces, un ataque al Estado es un ataque directo a aquella población que lo compone.

Retomemos ahora los requisitos. En último lugar, en casos como los que aquí imaginamos el conocimiento del ataque es casi auto explicativo. Cuando nos referimos a los individuos responsables de actos de corrupción a gran escala estamos haciendo directa referencia a altos funcionarios estatales o a las mismas Cabezas de Estado. En otras palabras, las mismas personas que organizan la estructura criminal son las que llevan a cabo el delito, lo cual hace que su conocimiento del ataque, y el nexo entre éste y el acto particular que llevan a cabo, sea una circunstancia obvia. Este requisito podría ser más dificultoso de probar cuando lidiamos con actores privados que participan en actos de esta naturaleza, pero, en cualquier caso, no sería imposible y se reduciría a una cuestión probatoria.

Habiendo dicho eso, es momento de enfocarse en los requisitos específicos del artículo 7(1)(k). Los Elementos de los Crímenes establecen la necesidad de probar:

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

---

<sup>68</sup> Starr, *supra* nota 57, página 1304.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> Ver Bemba, *supra* nota 62, parágrafo 76.

4. *Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.*
5. *Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.*

Los Elementos 4 y 5 ya han sido discutidos. De esta manera, resta ahora analizar aquellos identificados como 1, 2, y 3. El primero de ellos requiere la presencia de un acto inhumano, mediante el cual el autor del delito haya causado grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o salud mental o física de la víctima. No puede haber duda respecto de que la corrupción es inhumana. La corrupción a gran escala implica el apropiamiento de los bienes Estatales que deberían estar destinados a mejorar la calidad de vida y el bienestar de la población. Estamos hablando de funcionarios estatales robando millones o billones de dólares en países en los cuales la mayoría de la población no tiene si quiera acceso al agua corriente, a una educación acorde, o a servicios de salud. Estamos hablando sobre la destrucción del Estado como tal, y, más importante, estamos hablando de la muerte de aquellos individuos sobre los cuales el Estado debería velar. Como lo sostiene Chile Eboe-Osuji “la cleptocracia es de los actos más inhumanos cuando resulta en la deshumanización de la miseria, la ignorancia y la enfermedad de ciudadanos indefensos cuya suerte habría mejorado a través de los recursos robados”.<sup>71</sup>

En esta línea argumental, un acto de corrupción a gran escala causa grandes sufrimientos a las víctimas a la vez que atenta contra su integridad física o salud mental o física. Una consecuencia directa del desvío de fondos que, por ejemplo, debían ser destinados a la mejora del sistema hospitalario, es un aumento en el sufrimiento generado por distintas enfermedades, así como un aumento en la tasa de mortalidad. De manera similar, la apropiación de fondos que debían ser destinados a la educación genera un aumento en la tasa de pobreza, como consecuencia de que los individuos que no reciben educación acorde, y no pueden proveérsela por sí mismos, no tienen perspectivas de acceder a una carrera profesional que ayude a mejorar sus condiciones de vida. Como se explicó anteriormente, la pobreza es una de las principales causas de sufrimiento, y a su vez, de muerte. A pesar de ser esto cierto, también lo es el hecho de que ni el sufrimiento ni la muerte que se suceden como consecuencia de actos de corrupción a gran escala resultan ser consecuencias inmediatas de los hechos, sino que necesitan del transcurso del tiempo a fin de materializarse. Ello, no obstante, no es obstáculo para su criminalización, ya que el Estatuto de Roma en ningún lugar requiere que las consecuencias aquí discutidas se sucedan de manera inmediata a los hechos delictivos.<sup>72</sup>

El segundo elemento requiere que la conducta sea de un carácter similar a cualquiera de los otros actos referidos en el artículo 7. Aunque el artículo bajo análisis no es muy específico, la realidad es que la corrupción a gran escala encuentra similitudes con varios de los actos enumerados.<sup>73</sup> Un concepto al que se ha hecho referencia una y otra vez en el presente trabajo es que este tipo de corrupción causa muertes. Tanto los actos de exterminio como de asesinato tienen idéntico resultado. Además, la corrupción a gran

---

<sup>71</sup> Eboe-Osuji, *supra* nota 53, página 131 (la traducción es propia).

<sup>72</sup> Bloom, *supra* nota 34, página 654.

<sup>73</sup> Starr, *supra* nota 57, página 1301.

escala afecta la habilidad de los individuos de proveerse de las necesidades básicas de supervivencia, lo cual en esencia puede ser asimilable a los efectos generados por los actos de traslado forzoso, persecución económica o deportación.<sup>74</sup> La opresión sistemática de la población generada por actos de corrupción a gran escala a su vez es asimilable a la opresión generada por el crimen de apartheid.<sup>75</sup> Más aun, la corrupción a gran escala implica graves violaciones a los derechos humanos, como cualquier otro de los actos que se encuentran enumerados en el Artículo 7.<sup>76</sup>

El tercer elemento requiere que el autor del delito sea consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto. En otras palabras, el autor necesita ser consciente de los hechos que hace que el resultado de su conducta sea uno que ordinariamente se esperaría.<sup>77</sup> En el caso de la corrupción a gran escala, estos hechos estarían probablemente constituidos por el conocimiento de la totalidad de los recursos disponibles para el Estado, el nivel de pobreza de su población, y el destino natural de dichos recursos si no fueran ilegalmente sustraídos. Un ejemplo sería de ayuda para ilustrar esto. Imaginemos un Estado en el cual más de la mitad de la población vive por debajo de la línea de pobreza, y que no posee recursos suficientes para asegurar el correcto tratamiento de sus individuos que sufren de VIH. Para luchar contra la enfermedad, recibe ayuda monetaria externa, pero los fondos ingresados al Estado a tal fin no son utilizados para proveer a los hospitales del equipamiento o medicamentos necesarios, sino que son desviados por el propio Jefe de Estado para su beneficio personal. Para el autor del delito, las consecuencias son obvias. Como la mayoría de la población vive en la pobreza, es esperable que no posean los recursos económicos necesarios para proveerse un adecuado tratamiento y, como los fondos que se obtuvieron a fin de lidiar con la enfermedad no fueron utilizados con el objetivo propuesto, la gente que sufre la enfermedad (así como aquellos que se contagien en el futuro cercano) probablemente morirán por sus efectos. Asimismo, incluso en aquellos casos en los cuales los primeros actos de corrupción a gran escala no pudieran cumplir con tales requisitos, eventualmente los cumplirían, ya que un autor que repetidamente lleva a cabo idénticos o similares actos tendrá la capacidad de observar sus consecuencias con el correr del tiempo, y será consciente de tales hechos la próxima vez que repita la acción.<sup>78</sup>

De esta manera, los actos de corrupción a gran escala pueden cumplir con todos los requisitos necesarios para que sean perseguidos penalmente como “otros actos inhumanos” bajo lo provisto por el Artículo 7mo del Estatuto, lo cual significa que clasificaría como crimen de lesa humanidad. La Fiscal de la CPI no debería perder la oportunidad de tratar de iniciar una investigación bajo estos parámetros. El crimen de corrupción se lleva consigo millones de vidas, y es necesario hacer todo lo posible para tratar de combatirlo, y castigar a aquellos que impunemente lo configuran. Además, una investigación en estos términos por parte de la CPI sería a su vez beneficiosa tanto para la propia Corte como para las víctimas del delito. En relación a las víctimas, la participación de la CPI en esta cuestión aumentaría las posibilidades de recupero de los recursos apropiados, toda vez que los

---

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> Ibid. Ver también Esoe-Osuji, *supra* nota 53, página 124.

<sup>77</sup> Starr, *supra* nota 57, página 1303.

<sup>78</sup> Ibid.

Estados Parte del Estatuto de Roma tienen la obligación de cumplir con las órdenes del Tribunal, el cual posee el poder necesario para ordenar su restitución.<sup>79</sup> Esto resulta altamente dificultoso en la jurisdicción doméstica, porque aún en los casos excepcionales en los que sí se lleva (o intenta llevar a cabo) una investigación, posiblemente los bienes no sean restituidos al Estado, ya que es común que ellos hayan sido retirados del territorio nacional, y los terceros Estados no están obligados a cooperar con investigaciones domésticas, como sí lo están respecto de la Corte. A esto debe sumarse que, para las víctimas, es esta restitución real de los bienes robados lo que brindaría la reparación necesaria luego de haber sido oprimidos por largos períodos por sus propios líderes. Poner nuevamente los recursos a disposición de la población, y que sean utilizados a su beneficio mejoraría sustancialmente su situación. En relación con la propia Corte, la investigación y persecución del delito de corrupción podría llegar a disuadir o desalentar la comisión de otros crímenes de su jurisdicción, ya que altos niveles de corrupción están usualmente ligados tanto con el surgimiento de conflictos y guerras civiles, como con la respuesta violenta de aquellos que son oprimidos por el régimen.<sup>80</sup> Una eficiente persecución del crimen de corrupción podría eventualmente tener cierto efecto positivo sobre la comisión de otros delitos internacionales.

Más allá de lo hasta aquí expuesto, y de los posibles beneficios identificados, existen críticas que es posible efectuar a esta posición. La siguiente subsección explorará posibles críticas e intentará darles respuesta.

### 3.2 Críticas al enfoque de crímenes de lesa humanidad

#### 3.2.1 *Nullum Crimen Sine Lege*

Se ha argumentado que la interpretación aquí propuesta del Artículo 7(1)(k) del Estatuto resultaría imposible, toda vez que ella sería contraria al principio *nullum crimen sine lege*, más comúnmente conocido como el principio de legalidad, el cual se encuentra incluido en el Artículo 22 del Estatuto. Esta crítica entiende que la corrupción no puede ser calificada como un acto “inhumano” y que, hacerlo, es una violación al Artículo 22 (2) del Estatuto que prohíbe extender la definición de un crimen por analogía. Asimismo, que los actos particulares que constituyen la corrupción, como por ejemplo el cohecho o la malversación de fondos, son, en sí mismos, crímenes de propiedad, los que no podrían clasificarse como actos inhumanos toda vez que, per se, no causan daño o sufrimiento a un ser humano.<sup>81</sup>

Esta conclusión es, sin embargo, errónea por varias razones. En primer lugar, debe resaltarse que el hecho de que un acto no cause por sí mismo daño o sufrimiento no significa que no pueda ser caracterizado como inhumano. De hecho, bajo el derecho internacional humanitario, ciertos actos que se encuentran prohibidos por su carácter

<sup>79</sup> Estatuto de Roma, Artículo 86, 89 y 109.

<sup>80</sup> Destabilising Impact of Corruption, Transparencia Internacional, disponible en <https://www.transparency.org.uk/corruption/corruption-statistics/destabilising-impact-of-corruption/> (visitado por última vez el 6 de mayo 2020)

<sup>81</sup> Doukelis, *supra* nota 59, página 9.

inhumano son el pillaje y la privación de los medios básicos de subsistencia.<sup>82</sup> El pillaje no es, en sí mismo, un acto violento cometido contra un individuo, así como tampoco lo es la privación de los medios básicos de subsistencia. Los actos que componen dichos delitos son el robo o apropiación de objetos y la quita de medios básicos de supervivencia o la omisión de proveerlos. El daño y el sufrimiento es consecuencia directa de esos actos, que en sí mismos no son de naturaleza violenta. En otras palabras, se configuran sin efectuar violencia física sobre el individuo al que afectan. Exactamente el mismo escenario es el que tiene lugar con los diferentes actos de corrupción a gran escala. Incluso el entonces Secretario General de las Naciones Unidas reconoció, en su Memorando sobre los Principios de Nuremberg en 1949, que la frase “otros actos inhumanos” podría cubrir también la privación de medios de subsistencia,<sup>83</sup> que es el efecto exacto del crimen de corrupción.

En segundo lugar, el hecho de que el principal objetivo de la categoría de “otros actos inhumanos” haya sido permitir la investigación y persecución de otras formas de crímenes de lesa humanidad que no hayan sido específicamente incluidos en el Estatuto debe ser debidamente considerado,<sup>84</sup> toda vez que los tribunales internacionales tienen la potestad de elaborar sobre las normas existentes.<sup>85</sup> Es más, la Sección de Cuestiones Preliminares de la CPI ha establecido que los actos inhumanos son violaciones serias a “los derechos básicos de los seres humanos, que se desprenden del derecho internacional de los derechos humanos, que son de una naturaleza y gravedad similar a los actos referidos en el artículo 7 (1) del Estatuto”.<sup>86</sup> En efecto, la corrupción a gran escala incurre en violaciones masivas a los derechos humanos básicos, toda vez que afecta, entre otros, el derecho a la vida, a la salud, a la dignidad y a la educación.

Por último, tal como destaca Evelyn Schmid, no existe nada en la provisión relativa a “otros actos inhumanos” que indique que no puede incluir violaciones a derechos socio-económicos.<sup>87</sup> Es por todo ello que, un acto de corrupción a gran escala que priva a la población de los medios económicos básicos para su supervivencia, así como de disfrutar de una infraestructura adecuada, servicios de salud y de educación, puede indudablemente ser considerado como un acto inhumano en el sentido de la disposición. Asimismo, la interpretación propuesta es llevada a cabo mediante una cercana comparación con otros actos que están taxativamente incluidos en el artículo,<sup>88</sup> y en concordancia con los requisitos establecidos para su existencia en los Elementos de los Crímenes. Es por ello que resulta difícil sostener que la investigación o enjuiciamiento de la corrupción bajo las previsiones del Estatuto de Roma es violatorio del principio de legalidad.

### 3.2.2 *Mens Rea*

<sup>82</sup> M. C. Bassiouni, *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, página 406.

<sup>83</sup> UN Doc. A/CN.4/5, disponible en [https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_5.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_5.pdf&lang=E) (visitado por última vez el 6 de mayo 2020)

<sup>84</sup> M. Frulli, *Advancing International Criminal Law*, 6 J. Int'l Crim. Just. 1033, página 1038 (2008).

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu NGudjolo Chui*, ICC -01/04-01/07, Decision on the Confirmation of Charges, 30 de septiembre de 2008, parágrafo 448 (la traducción es propia).

<sup>87</sup> Schmid, *supra* nota 80, página 161.

<sup>88</sup> Bassiouni, *supra* nota 79, página 406.



Una segunda crítica se relación con el elemento subjetivo del crimen. Según esta posición, los actos de corrupción a gran escala jamás podrían ser perseguidos penalmente bajo la provisión de “otros actos inhumanos” de los crímenes de lesa humanidad ya que el grave sufrimiento o daño a la salud física o mental producido por este “será un mero efecto secundario del acto corrupto, que como tal no fue intencionado”.<sup>89</sup> Bajo este punto de vista, en casos como los que aquí nos preocupan aparecería un dolo eventual, el cual no está contemplado en el Estatuto de Roma, tal como lo estableció la Sección de Primera Instancia de la CPI en el caso Lubanga.<sup>90</sup>

Si bien es cierto que lo aquí planteado puede generar problemas al momento de tratar de enjuiciar a ciertas de las personas que están involucradas en este tipo de crímenes, no será un obstáculo para la persecución penal de los funcionarios públicos estatales de alto rango responsables por tales hechos. El dolo eventual requiere que el autor sea consciente del hecho de que su conducta puede generar una consecuencia negativa, distinta a su objetivo principal, y que acepte la posibilidad de ocurrencia de dicho efecto secundario negativo.<sup>91</sup> Sin embargo, cuando hablamos de la conducta de Jefes de Estado o de funcionarios estatales de alto rango el conocimiento de las posibles consecuencias negativas del acto es una certeza. Cuando deciden llevar a cabo el acto en cuestión, actúan con dolo directo en segundo grado, el cual requiere que el autor prevea la ocurrencia de la consecuencia negativa como una certeza o como una probabilidad muy alta.<sup>92</sup>

Nadie posee un mejor conocimiento respecto de los asuntos internos de un Estado y de sus necesidades económicas como aquellos que lo gobiernan. Cuando un funcionario estatal decide desviar fondos que debían ser asignados a la provisión de servicios o infraestructura de salud o educación, es completamente consciente de la consecuencia que ello va a tener en la población. Y en aquellos casos en los que un porcentaje importante de la población vive en la pobreza, sabrá que la posible consecuencia será, en verdad, una certeza.

Es cierto que la exclusión del dolo eventual del Estatuto de Roma puede generar consecuencias a la hora de intentar perseguir a los actores privados que participan de actos corruptos, ya que el Fiscal deberá probar que poseían toda la información relevante que, para un Jefe de Estado, es obligación conocer. Sin embargo, ello será una cuestión probatoria, que no impide la persecución penal del delito que aquí interesa bajo lo estipulado en el artículo 7 (1)(k) del Estatuto.

#### 4. CONCLUSIÓN

La corrupción a gran escala tiene efectos devastadores para la población mundial, y contribuye de manera importante a las millones de muertes que se registran anualmente, ya que refuerza la pobreza e ignora las necesidades humanas básicas. Esto no es ningún

---

<sup>89</sup> Boersma, *supra* nota 7, página 337 (la traducción es propia).

<sup>90</sup> *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, 14 de marzo de 2012, parágrafo 1011.

<sup>91</sup> S. Finin, *Mental Elements Under Article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court: A Comparative Analysis*, 61 *Int'l & Comp. L.Q.* 325, página 334 (2012).

<sup>92</sup> *Ibid.*, página 332.

secreto para los líderes mundiales, quienes han firmado y ratificado diferentes tratados a través de los años con el objeto de encontrar una solución al problema. Aun así, no parecen dispuestos a actuar en consecuencia, ya que los distintos tratados vigentes no han logrado ser mecanismos eficientes para lidiar con el asunto.

Durante los años de mayor desarrollo del derecho penal internacional, el delito de corrupción no pareció conmocionar a los Jefes de Estado de manera suficiente a fin de ser incluido en la lista de crímenes de rango internacional. Sin embargo, las cosas están cambiando, y es posible identificar una nueva tendencia. El primer paso para la criminalización internacional de este tipo de corrupción fue tomado por la Unión Africana, que la incluyó como un crimen bajo el Protocolo de Malabo. No obstante, las inmunidades que se garantizan en el mismo Protocolo condenan a la iniciativa al fracaso, debido a que aquellas personas más responsables por las maniobras de corrupción quedarán fuera de la jurisdicción de la Corte.

Adicionalmente, varios académicos han abogado por la criminalización internacional de este delito, y mucho se ha discutido respecto de las violaciones a derechos humanos que se derivan de él. Ojalá que el futuro demuestre que esto es posible, ya sea a partir de una enmienda al Estatuto de Roma o a partir de la creación de un nuevo tribunal internacional con jurisdicción sobre este crimen. El futuro, sin embargo, es incierto, y estamos ante una situación en la que no hay tiempo que perder. La gravedad y el crecimiento en escala de este tipo de delito llaman a su inminente resolución. Las herramientas para llevar a cabo esta tarea ya están en las manos de la Corte Penal Internacional. Como se expuso, los actos de gran corrupción cumplen con todos los requisitos del artículo 7(1)(k) y por ende pueden ser perseguidos como crímenes de lesa humanidad. La solución no es la ideal, particularmente cuando se trata de expandir la investigación a actores privados o a empresas, los que resultan necesarios para la configuración del delito. Respecto de estas últimas, el Estatuto de Roma no contempla la responsabilidad penal empresarial, por lo que esta solución no sería eficiente para su enjuiciamiento. Igualmente, este obstáculo podría ser superado mediante la identificación de las autoridades o de las personas responsables de la toma de decisiones que involucraron a la empresa en el plan criminal. Aun así, aparecería un segundo problema, que es aquél de identificar el elemento mental requerido para enjuiciar el delito. Mientras no sería dificultoso probar por qué los Jefes de Estado y altos funcionarios estatales cumplen con el aspecto subjetivo relevante, los actores privados que no poseen la misma información interna que estos difícilmente se encontrarán en una situación análoga. Estos problemas, sin bien reales, no deberían ser un problema para este enfoque, ya que, al final del día, será una cuestión probatoria a discutirse ante el Tribunal. Existen muchos Jefes de Estado en funciones que, al día de hoy, no solo cumplen con todos los requisitos aquí enumerados para ser enjuiciados, sino que continúan llevando a cabo estos actos en total impunidad. La cuestión es urgente, ya que, para muchas de sus víctimas, su oportuna persecución penal puede significar la diferencia entre la vida y la muerte.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

### *a. Libros:*

- Martine Boersma, *Corruption: A Violation of Human Rights and a Crime Under International Law?*, Cambridge: Intersentia, 2012.
- Harmen Van der Wilt & Cristophe Paulussen (Eds.), *Legal Response to Transnational and International Crimes: Towards an Integrative Approach*, Edward Elgar Publishing, 2017.
- Gerhard Werle & Moritz Vormbaum (Eds.), *The African Criminal Court: A Commentary on the Malabo Protocol*, T.M.C Asser Press, 2017.
- George T. Abed & Sanjeev Gupta (Eds.), *Governance, Corruption & Economic Performance*, Washington, District of Columbia: International Monetary Fund, 2002.
- Evelyn A. Ankumah, Edward Kwakwa (Eds.), *African Perspectives on International Criminal Justice*, Africa Legal Aid, 2005.
- William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary to the Rome Statute*, Oxford University Press, 2016.
- M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, 2011.

*b. Artículos:*

- Roni Factor & Kang Minah, *Corruption and Population Health Outcome: An Analysis of Data From 133 Countries Using Structural Equation Modelling*, *International Journal of Public Health*, 2015, Vol. 60(6), pp. 633-641.
- Thomas Pogge, *Recognized and Violated by International Law: The Human Rights of the Global Poor*, *Leiden Journal of International Law*, 2005, Vol. 18(4), pp. 717-745.
- Mikkel Jarle Christensen, *Crafting and Promoting International Crimes: A Controversy Among Professionals of Core-Crimes and Anti-Corruption*, *Leiden Journal of International Law*, 2017, Vol. 30(2), pp. 501-521.
- Ilias Bantekas, *Corruption as an International Crime and Crime Against Humanity*, *Journal of International Criminal Justice*, 2006, Vol. 4(3), pp. 466-484.
- Ben Bloom, *Criminalizing Kleptocracy? The ICC as a Viable Tool in the Fight Against Grand Corruption*, *American University International Law Review*, 2014, Vol. 29(3), pp. 627-671.
- Dimitri Vlassis, *The United Nations Convention Against Corruption: A Successful Example of International Action Against Economic Crime*, *Temida*, 2012, Vol. 15(2), pp. 61-70.
- Mary Evans Webster, *Fifteen Minutes of Shame: The Growing Notoriety of Grand Corruption*, *Hastings International and Comparative Law Review*, 2008, Vol. 31(2), pp. 807-826.

- Elias Davidsson, *Economic Oppression as an International Wrong or as a Crime Against Humanity*, Netherlands Quarterly of Human Rights, 2005, Vol. 23(2), pp. 173-212.
- Sonja Starr, *Extraordinary Crimes at Ordinary Times: International Justice Beyond Crisis Situations*, Northwestern University Law Review, 2007, Vol. 101(3), pp. 1257-1314.
- Ndiva Kofele-Kale, *The Right to a Corruption-Free Society as an Individual and Collective Human Right: Elevating Official Corruption to a Crime Under International Law*, International Lawyer, 2000, Vol. 34(1), pp. 149-178.
- Nikolas Doukelis, *Fighting Grand Corruption: A Criticism on the 'Crime Against Humanity' Approach & a Feasible Solution*, 2015, disponible en SRRN <https://ssrn.com/abstract=2779609>.
- Micaela Frulli, *Advancing International Criminal Law*, Journal of International Criminal Justice, 2008, Vol. 6(5), pp. 1033-1042.
- Sarah Finnin, *Mental Elements Under Article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court: A Comparative Analysis*, International and Comparative Law Quarterly, 2012, Vol. 61(2), pp. 325-359.

*c. Documentos de Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales.*

- UN Doc. S/RES/827 (1993).
- UN Doc. S/RES/955 (1994)
- AU Doc. Assembly/AU/Dec.27(II) (2003).
- UN Doc. A/RES/55/25 (2000).
- AU Doc. Assembly/AU/8(XXIII).
- UN Doc. A/CN.4/5. (1949).
- OECD Doc. C(94)75/FINAL (1994).
- OECD Doc. C/(96)27/FINAL (1996).
- Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C195, volumen 40 (1997).

*d. Tratados y Convenciones*

- Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.
- Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.
- Convención Interamericana Contra la Corrupción.
- Convenio Penal Sobre la Corrupción, Consejo Europeo.

- Convenio Relativo a la Lucha Contra los Actos de Corrupción en los que Estén Implicados Funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembro de la Unión Europea.
- Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción.
- Protocolo de Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos.

*e. Casos de la Corte Penal Internacional*

- *El Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Decisión Relativa a la Solicitud de la Fiscalía de una Orden de Detención contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 de marzo de 2009.
- *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009.
- *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu NGudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, Decision on the Confirmation of Charges, 30 September 2008.
- *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Judgement Pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012.

*f. Prensa:*

- Mfonobog Nsehe, *An African Dictator Son And His Very Lavish Toys*, 7 July 2011, disponible en <https://www.forbes.com/sites/mfonobongnsehe/2011/07/07/an-african-dictators-son-and-his-very-lavish-toys/#2579570d598d>

*g. Otros:*

- World Bank, *Corruption Hunters Rally for Action Against Fraud*, The World Bank News, December 6 2010.
- World Economic Forum, *Network of Global Agenda Council Reports 2011-2012*.
- The Armed Conflict Location & Event Data Project, sitio web oficial.
- Transparency International, sitio web oficial.
- Naciones Unidas, Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, sitio web oficial.

- Banco Mundial, sitio web oficial.

- Human Rights Watch, *How Equatorial Guinea Turned Corruption Into an Art Form*, June 15 2017.