HÉCTOR OLASOLO
Director Académico
JUAN JOSÉ ROMERO MORALES
GABRIELA VELÁSQUEZ MEDINA
LUISA VILLARRAGA ZSCHOMMLER
MARIA JULIANA CONDE ARIAS
Coordinadores

37

LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL DESDE EL DERECHO PRIVADO, LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL, LA REGULACION DE MERCADOS ILÍCITOS Y EL ARBITRAJE DE TRATADOS DE INVERSIÓN

tirant
lo blanch
PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA

LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL DESDE EL DERECHO PRIVADO, LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL, LA REGULACION DE MERCADOS ILÍCITOS Y EL ARBITRAJE DE TRATADOS DE INVERSIÓN

Volumen 37

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

LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL DESDE EL DERECHO PRIVADO, LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL, LA REGULACION DE MERCADOS ILÍCITOS Y EL ARBITRAJE DE TRATADOS DE INVERSIÓN

Volumen 37

Director Académico

Héctor Olasolo

Coordinadores

Juan José Romero Morales

Gabriela Velásquez Medina

Luisa Villarraga Zschommler

Maria Juliana Conde Arias

tirant lo blanch

Valencia, 2025

Copyright ® 2025

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
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1071-458-8
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), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70593 y ejecutado por la Universidad del Rosario y la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). 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).

Agradecimentos

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 a Minciencias por la financiación recibida para desarrollar este proyecto.

A la Editorial Tirant lo Blanch y el IIH (Países Bajos), por haber hecho posible la creación de la Red de Investigación Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional.

A María Juliana Conde Arias, Andrés Felipe Canizo, Mariana Molina Flórez, Laura Vacca Moyano, Pedro Montaño Vélez y Valentina Ramírez Barrera, por su apoyo durante la preparación del manuscrito.

Índice

Director Académico 17

Coordinadores 19

Autores..... 21

Abreviaturas..... 25

Prólogo 29

Laura Victoria García Matamoros (Colombia)
Decana y Profesora Titular de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario (Colombia)

Presentación del Programa de Investigación 70593, la Red sobre *Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional* y su Grupo de Derecho Privado, Cooperación Internacional en Materia Civil, Regulación de Mercados Ilícitos y Arbitraje de Tratados de Inversión 41

Héctor Olasolo (España/Colombia), Juan José Romero Morales (Colombia), Gabriela Velásquez Medina (Colombia), Luisa Villarraga Zschommler (Colombia) & María Juliana Conde Arias (Colombia)

1. LAS RESPUESTAS DESDE EL LIDERAZGO ÉTICO Y LAS ACCIONES COLECTIVAS PARA LA TRASPARENCIA EN LOS NEGOCIOS

Capítulo 1. Los programas de cumplimiento para la prevención de la corrupción empresarial: del control normativo al liderazgo ético..... 61

Wilson Alejandro Martínez-Sánchez (Colombia)

Capítulo 2. Las acciones colectivas para la transparencia en los negocios: códigos de ética sectoriales, pactos empresariales de transparencia y anticorrupción y experiencias de autorregulación 113

David Hernández-Zambrano (Colombia) & Yira López-Castro (Colombia)

2. LAS RESPUESTAS DESDE LOS MECANISMOS DE RECUPERACIÓN DE ACTIVOS ILÍCITOS, LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL Y EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES FIRMES

Capítulo 3. Mecanismos de recuperación de activos ilícitos 169
Wilson Alejandro Martínez-Sánchez (Colombia)

Capítulo 4. Los modelos institucionales de cooperación jurídica internacional en materia civil 217
María Asunción Cebrián Salvat (España)

Capítulo 5. El reconocimiento y la ejecución de resoluciones firmes en materia civil 275
Juliana Rodríguez Rodrigo (España)

3. LAS RESPUESTAS DESDE 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 6. Mecanismos anticorrupción en materia de asuntos financieros: Fintech, Regtech, KYC, AML/CFT, Blokchain y acciones de transparencia 339
Erick Rincón-Cárdenas (Colombia)

Capítulo 7. Seguridad digital, intervenciones estatales en el mercado y medidas tributarias: respuestas a los problemas de corrupción, crimen organizado y evasión de impuestos en el comercio ilícito de oro y drogas 409
Mauricio Salcedo Maldonado (Colombia) & Juan Pablo Gómez Moreno (Colombia)

4. LAS RESPUESTAS DESDE EL ARBITRAJE DE TRATADOS DE INVERSIÓN

Capítulo 8. El tratamiento de la corrupción en el arbitraje de tratados de inversión 451
Rafael Tamayo-Álvarez (Colombia) & Enrique Prieto-Ríos (Colombia)

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Capítulo 9. Conclusiones..... 509
Héctor Olasolo (España/Colombia), Juan José Romero Morales (Colombia), Gabriela Velásquez Medina (Colombia) & María Juliana Conde Arias (Colombia)

Capítulo 10. Recomendaciones para los ámbitos latinoamericano y colombiano..... 563
Héctor Olasolo (España/Colombia), Juan José Romero Morales (Colombia), Gabriela Velásquez Medina (Colombia) & María Juliana Conde Arias (Colombia)

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 (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación *Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia* y *Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional*. Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre *Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional*. ORCID: http://orcid.org/0000-0001-9724-0163.

Coordinadores

Juan José Romero Morales (Colombia)

Abogado de 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" (2020-2023). Se ha desempeñado como Asistente de Investigación en la Universidad del Rosario y Abogado Asesor y Litigante en casos relacionados con Derecho Penal Corporativo. Fue Practicante en la Sala de Reconocimiento de Verdad de la Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia).

Gabriela Velásquez Medina (Colombia)

Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia). Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad del 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" (2020-2023).

Luisa Villarraga Zschommler (Colombia)

Profesional en Derecho con profundización en Derechos Humanos y mención en filosofía de la Universidad del Rosario. Magíster en Derecho Internacional y Construcción de Paz de la Universidad de los Andes, Colombia. Sustanciadora de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia. ORCID: https://orcid.org/0000-

0003-3930-6261. Joven investigadora y consultora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Minciencias) sobre "Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales" (2020-2023).

María Juliana Conde Arias (Colombia)

Estudiante de Jurisprudencia y Monitora de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia).

Autores

Cebrián Salvat, María Asunción (España)

Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Murcia (España).

Gómez Moreno, Juan Pablo (Colombia)

Abogado y Filósofo de la Universidad de los Andes. Cuenta con dos posgrados de la misma universidad. Es Consultor Independiente en temas de Arbitraje Internacional y Política de Comercio Exterior e Inversión Extranjera. Es Profesor de la Universidad de los Andes y la Universidad El Bosque.

Hernández-Zambrano, David (Colombia)

Filósofo (Universidad del Rosario). Doctor en derecho de la Universidad de Tilburg (Países Bajos). Profesor de Docencia de la Escuela de Ciencias Humanas e Investigador del Centro de Formación en Ética y Ciudadanía (*Phronimos*) de la Universidad del Rosario (Colombia).

López-Castro, Yira (Colombia)

Abogada y Doctora en Derecho (Universidad del Rosario). Profesora de Carrera Académica, Universidad del Rosario, Grupo de Investigación en Derecho Privado, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia).

Martínez-Sánchez, Wilson Alejandro (Colombia)

Abogado de la Universidad del Rosario. Doctor y máster en Derecho Penal y Ciencias Penales (Universidad Pompeu Fabra). Especialista en Investigación Criminal. Investigador Invitado al Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Albert-Ludwig en Freibug i Br (Alemania). Investigador visitante en el Instituto Max Plank para el Derecho Penal Extranjero y

Derecho Penal Internacional Becario del Servicio de Intercambio Académico Alemán (*Deutscher Akademischer Austauch Dienst*-DAAD). Profesor Asociado de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Penal, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Exvicefiscal General de la Nación. Ex Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial. Ex Procurador Delegado para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad.

Olasolo, Héctor (España/Colombia)

Ver sección de directores académicos.

Prieto-Ríos, Enrique (Colombia)

Profesor Asociado de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Doctor en Derecho de Birkbeck, Universidad de Londres (Reino Unido). Máster en Derecho Internacional y abogado de la Universidad del Rosario.

Rincón-Cárdenas, Erick (Colombia)

Abogado de la Universidad del Rosario (Colombia). Postgrados en Derecho Financiero y Derecho Contractual de la Universidad del Rosario. Diplomado en Comercio Electrónico Internacional de la Universidad Externado de Colombia. Diploma de Estudios Avanzados D.E.A. y Maestría en Derecho Mercantil de la Universidad Alfonso X (España). Doctor en Derecho de la Universidad Europea de Madrid (España). Profesor Asociado de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Privado, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Es presidente de la Asociación Colombia Fintech y de la Alianza Iberoamericana Fintech. Cuenta con un ejercicio profesional de más de 20 años de experiencia en el campo del Derecho Financiero y las Tecnologías de la Información.

Rodríguez Rodrigo, Juliana (España)

Profesora Titular, acreditada a Catedrática de Derecho Internacional Privado, de la Universidad Carlos III de Madrid.

Romero Morales, Juan José (Colombia)

Ver sección de coordinadores.

Salcedo Maldonado, Mauricio Andrés (Colombia)

Abogado de la Universidad de los Andes (Colombia). LLM de la Universidad de Georgetown (EE.UU.). Doctor por el Graduate Institute (Suiza). Es Director de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia Ha sido Consejero Comercial de Colombia en Suiza y Representante Adjunto de Colombia ante la OMC. Profesor de la Universidad de los Andes y de la Universidad Externado. Durante 17 años ha llevado la representación judicial de Colombia ante la OMC, la CAN y los mecanismos de solución de disputas bilaterales de los tratados comerciales.

Tamayo-Álvarez, Rafael (Colombia)

Profesor de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Doctor en Derecho de la Universidad de los Andes.

Velásquez Medina, Gabriela (Colombia)

Ver sección de coordinadores.

Luisa Villarraga Zschommler (Colombia)

Ver sección de coordinadores.

Abreviaturas

AFI	*Alliance for Integrity*
AFIDRO	Asociación de Laboratorios y Farmacéuticos de Investigación y Desarrollo
AI	Inteligencia artificial
AII	Acuerdos Internacionales de Inversión
AMID	Asociación Mexicana de Industrias Innovadoras de Dispositivos Médicos
AML	Antilavado de dinero
ANDI	Asociación Nacional de Empresarios de Colombia
BCBS	Comité de Supervisión Bancaria de Basilea
BCT	Tecnología Blockchain
BLab	Laboratorio de Comportamiento Ético
BID	Banco de Pagos Internacionales
BIDAL	Bienes Incautados y Decomisados para América Latina
BM	Banco Mundial
BMZ	Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo de Alemania
CFT	Contra la Financiación del Terrorismo
CHN 1965	Convenio sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial
CICAD	Comisión Interamericana para el Control del Abuso de las Drogas
CICC	Convención Interamericana contra la Corrupción
CICIG	Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

CNUDOT	Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional
CNUTIESP	Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas
COMBJIB	Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos
COT	Crimen Organizado Trasnacional
DLT	Tecnología de libro mayor descentralizado
DOJ	Departamento de Justicia de los Estados Unidos
ELS	Escala de Liderazgo Ético
FCPA	Ley contra las prácticas corruptas en el extranjero
FIFA	Federación Internacional de Fútbol Asociación
FMI	Fondo Monetario Internacional
FSB	*Financial Stability Board*
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
GAFIC	Grupo de Acción Financiera Internacional del Caribe
GAFILAT	Grupo de Acción Financiera Internacional para América Latina
GAFISUD	Grupo de Acción Financiera de Sudamérica
GLOBE	Liderazgo Global y Efectividad Organizacional
HCCH	Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado
IEM	Informe de Evaluación Mutua
IoT	Internet de las cosas
ISO	Organización Internacional de Estandarización
KRI	Indicadores de riesgo claves
KYC	Conozca a su Cliente (por sus siglas en inglés)
KYD	Conocer sus datos (por sus siglas en inglés)
LA/FT	Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo

LCJIMC	Ley de cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
MACN	Maritime Anti-Corruption Network
MESICIC	Mecanismo de seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ODS	Objetivo de Desarrollo Sostenible
OEA	Organización de Estados Americanos
OTP	*One Time Password*
PACI	*Partnering Against Corruption Initiative*
PEP	Personas políticamente expuestas
PoW	Prueba de trabajo
PTEE	Programas de transparencia y ética empresarial
PYME	Pequeñas y medianas empresa
RBA	Enfoque Basado en Riesgos
RGPD	Reglamento General de Protección de Datos
RSE	Responsabilidad Social Empresarial
RTA	Red de Transparencia y Acceso a la Información Pública
SAR'S	Monitoreo transaccional para detectar operaciones sospechosas
SEC	Comisión de Valores e Intercambios
TCE	Tratado de la Carta de la Energía
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJE	Trato justo y equitativo
UE	Unión Europea
UNODC	Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen
UPB	Comportamiento antiético pro-organización

Prólogo

Es un placer prologar la presente obra colectiva, titulada "las 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". La obra ha sido dirigida académicamente por Héctor Olasolo, profesor titular de nuestra Facultad de Jurisprudencia, y en ella han participado varios profesores e investigadores de los grupos de derecho privado y derecho internacional de la Facultad.

El trabajo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación 70817 sobre "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", que ha sido 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 (Colombia).

El Proyecto forma parte del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Minciencias), titulado "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".

El Programa, que ha tenido a Héctor como investigador principal, ha sido desarrollado, junto con sus tres Proyectos, entre agosto de 2020 y febrero de 2024, a través de una alianza entre las Facultades de Jurisprudencia y de Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos (FEIPU) de la Universidad del Rosario y la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad de Javeriana.

La investigación que se presenta en este prólogo parte de reconocer que, aunque el debate anticorrupción se ha centrado mayormente hasta el momento en la corrupción que afecta a entidades

públicas, la corrupción en el sector privado también es muy significativa, siendo el crimen organizado transnacional (COT) uno de sus principales promotores. Además, a pesar de los problemas que sigue planteando su medición, se ha constatado que el problema es mayor en aquellos países en que por falta de regulación, o de aplicación, no se persiguen penalmente las prácticas más graves de corrupción entre privados.

Con base en lo anterior, la obra se divide en cinco partes principales: (a) las respuestas desde el liderazgo ético y las acciones colectivas para la trasparencia en los negocios (parte 1); (b) las respuestas desde los mecanismos de recuperación de activos ilícitos, cooperación internacional en materia civil y reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes (parte 2); (c) las respuestas desde las nuevas tecnologías, las estrategias regulatorias de los mercados ilícitos y la tributación de los ingresos derivados de actividades al margen de la ley (parte 3); (d) las respuestas desde el arbitraje de inversión (parte 4); y (e) conclusiones y recomendaciones (parte 5).

La primera parte comienza con el análisis de Martínez-Sánchez sobre la prevención de la corrupción empresarial a través de los programas de cumplimiento, y la importancia que tiene en la actualidad el liderazgo ético para su aplicación efectiva. Para ello se parte del análisis del origen histórico de los programas de cumplimiento normativo (principalmente en EE.UU. con la aprobación de la *Foreign Corrupction Practices Act* (1977)) como herramienta de control corporativo, involucrando a oficiales de cumplimiento y auditorías internas para supervisar su aplicación. Posteriormente, en la década de 1980, la lucha contra el narcotráfico fortaleció los controles financieros en las entidades financieras, mientras que en los años 90 el enfoque se centró en el lavado de activos, dando lugar al Comité de Supervisión Bancaria de Basilia (CSBB), que adoptó estándares de debida diligencia y un enfoque basado en riesgos. Finalmente, tras la crisis financiera de 2008, el CSBB ha reorientado su actuación conforme a un nuevo enfoque basado en la micro y macro prudencia con el fin de flexibilizar la aplicación de ciertos principios.

En este contexto, Martínez-Sánchez hace énfasis en la evolución de las aproximaciones anticorrupción basadas en la transparencia, la rendición de cuentas y la introducción de desincentivos, desta-

cando el cambio hacia una cultura ética empresarial como principal herramienta para combatir la corrupción privada. De esta manera, el liderazgo ético, que supera las antiguas políticas transaccionales, constituye un elemento central para transformar la cultura ética empresarial y con ello la conducta individual y colectiva de los miembros de la organización en todos sus niveles.

La primera parte del volumen se completa con el trabajo de Hernández-Zambrano & López-Castro, quienes, en el capítulo 2, proponen abordar la corrupción dejando a un lado el debate sobre su naturaleza ontológica, para centrarse en incidir sobre sus principales características (como su alcance transnacional y la necesidad de coordinación entre los sectores público y privado para enfrentarla eficazmente), razón por la cual abogan por estrategias que involucren y coordinen ambos sectores, como la intervención estatal retroalimentada por información privada. Además, consideran que las acciones colectivas pueden ser herramientas idóneas para combatir la corrupción transnacional en el ámbito empresarial porque, aunque presentan desafíos (como el problema de los "*free riders*"), tienen la ventaja de superar las soluciones exclusivamente represivas basadas en incentivos egoístas, para asignar responsabilidad a quienes tienen poder e influencia para transformar situaciones concretas.

En este sentido, los autores exploran diversas formas de acciones colectivas, como los códigos de ética sectoriales, los pactos empresariales de transparencia y anticorrupción, los pactos de integridad en la contratación y las experiencias de autorregulación. Detallan que estos pactos tienen objetivos específicos, como aumentar la competencia en la contratación pública o proteger la libre competencia en sectores determinados. Además, analizan acciones colectivas internacionales como la *Alliance for Integrity* (AFI), el *Partnering Against Corruption Initiative* (PACI), y la *Maritime Anti-Corruption Network* (MACN), destacando la importancia de la retroalimentación empresarial. Con respecto a América Latina, destacan las iniciativas en el sector farmacológico, mientras que a nivel nacional subrayan el desarrollo que han tenido los pactos empresariales sectoriales en Colombia. Ante estas experiencias, los autores concluyen que en un mundo globalizado donde el fenómeno de la corrupción asociada al COT es tan complejo de abordar, el mundo corporativo, a través de las

acciones colectivas de transparencia en los negocios, puede contribuir también al combate contra la corrupción al comprender con profundidad las características y riesgos que presenta, especialmente en el sector privado.

El capítulo 3 da inicio a la segunda parte del volumen. En el mismo, Martínez-Sánchez examina cómo los mecanismos de recuperación de activos ilícitos, como los distintos tipos de decomiso y la extinción de dominio, son fundamentales para combatir la corrupción ligada al COT. Así mismo, el autor pone particular énfasis en como la acción de extinción de dominio en Colombia es única debido, entre otras, a las siguientes características: su naturaleza constitucional (art. 34), su independencia de la responsabilidad penal al no requerir una declaración previa de este tipo de responsabilidad y su carácter jurisdiccional y público. Además, subraya la importancia de la buena fe exenta de culpa para quienes alegan la titularidad de derechos reales en el proceso.

En su estudio, Martínez-Sánchez analiza como a nivel internacional se ha producido una evolución desde la preocupación inicial por el narcotráfico en la década de 1980 hasta el énfasis en las medidas anticorrupción característico de los tratados internacionales adoptados en el periodo 1996-2005. Con posterioridad, organizaciones como el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y la Organización de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) han continuado promoviendo el desarrollo de estas medidas (destacando los mencionados mecanismos de recuperación de activos), que han sido incorporadas a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Según el autor, si bien en América Latina se observa también una tendencia hacia la implementación de la normativa internacional anticorrupción en materia de decomiso y extinción de dominio, no es menos cierto que se pueden identificar desafíos importantes para su aplicación práctica, especialmente en materia de coordinación interinstitucional y cooperación internacional, siendo esenciales los esfuerzos conjuntos para abordar los fenómenos de la corrupción y el COT.

En estrecha relación con lo planteado por Martínez-Sánchez, Cebrián Salvat aborda en el capítulo 4 la importancia de la cooperación jurídica internacional en materia civil para combatir la corrupción

vinculada al COT en los países latinoamericanos, destacando que, además del derecho penal, el derecho privado, especialmente el civil, ofrece soluciones, utilizando acciones civiles para resarcir daños, de manera que la responsabilidad civil derivada del delito se presenta como una herramienta clave para la restitución de bienes y la compensación por perjuicios. De esta manera, y con base en una concepción estricta de la cooperación que la limita a la obtención de pruebas y la notificación de documentos, la autora analiza la delimitación del alcance de la expresión "materia civil", para, a continuación, estudiar la regulación de la cooperación jurídica internacional en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, México y Perú, con base en los tratados bilaterales y multilaterales suscritos por estos países.

En su estudio, Cebrián Salvat hace énfasis en cómo se construye el sistema de jerarquía normativa en la región, destacando criterios como el del art. 30 de la Convención de Viena de 1969 y el principio de eficiencia máxima. Además, revisa el Convenio de La Haya de 1965 sobre notificación de documentos en materia civil y comercial, y el Convenio de La Haya de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero. Con base en lo anterior, subraya para concluir la gran complejidad del panorama legislativo de la cooperación en materia civil en América Latina, lo que, en su opinión, no favorece la lucha contra la corrupción asociada al COT.

La segunda parte de la obra finaliza con el capítulo 5, en el que Rodríguez Rodrigo aborda la cuestión del reconocimiento y ejecución de las resoluciones firmes en materia civil en el contexto de la lucha contra la corrupción asociada al COT, destacando la importancia de la cooperación internacional para la recuperación de activos ilícitos vinculados al COT (sobre todo a través de los decomisos), y planteando, en este contexto, la pregunta sobre el reconocimiento en terceros países de las decisiones judiciales civiles relacionadas con procedimientos penales por corrupción.

A este respecto, la autora destaca en el ámbito latinoamericano el Acuerdo entre el MERCOSUR y Chile, Bolivia y Perú (2009), regulando el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales en materia civil, comercial, laboral y administrativa. Así mismo, también hace referencia a la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros

(1979)[1], y al Código Bustamante (1928)[2], si bien, a diferencia, del primero, estos dos últimos tratados no mencionan los mecanismos de reconocimiento o ejecución. En cuanto al ámbito nacional, Rodríguez Rodrigo, tras analizar la legislación interna de una serie de países que son especialmente relevantes en América Latina, como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, Estados Unidos, México y Perú (además de Italia por su importancia en materia de lucha contra el COT), subraya:

1. La importancia que todavía conserva en la mayor parte de los países latinoamericanos (incluyendo Colombia) el principio de reciprocidad como condición previa para ejecutar las resoluciones dictadas en terceros países con los que no tienen convenio internacional, si bien se aprecia al mismo tiempo una progresiva pérdida de relevancia de este principio.

2. La posibilidad en países como Brasil y México de instar al reconocimiento y la ejecución a través del exhorto.

En contraste con lo anterior, Rodríguez Rodrigo destaca como en el ámbito de la Unión Europea (UE) se ha consolidado el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, siendo el Reglamento 1215/2012 una norma especialmente relevante para el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales civiles relacionadas con la corrupción transnacional. Además, como señala la autora, algunos de los desarrollos más importantes previstos en este Reglamento, han sido también recientemente incorporados en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial, adoptada en 2019 en el

---

1 Esta convención, que ha sido suscrita por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, busca dar validez extraterritorial a sentencias y laudos arbitrales en procesos civiles, comerciales y laborales, así como a sentencias penales en relación con la indemnización por los perjuicios derivados del delito.

2 El Código Bustamante (1928), suscrito por Bahamas, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela, regula la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros en materia civil y penal, en lo referente a la responsabilidad civil y los efectos sobre los bienes del condenado.

seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, razón por la cual Rodríguez considera que parece recomendable que los países latinoamericanos se incorporen a la misma, como ya han hecho la UE y EE.UU.

La tercera parte del volumen comienza con el análisis realizado por Rincón-Cárdenas en el capítulo 6 de las herramientas anticorrupción que pueden derivarse de los nuevos servicios *Fintech*, *Regtech*, KYC, AML/CFT y *Blokchain* (BCT), así como de las nuevas acciones de transparencia, en el sector financiero. Para el autor, a pesar de los desafíos y riesgos asociados que deben ser abordados para maximizar su eficacia, pueden constituir un mecanismo clave en la lucha contra el COT y la corrupción que promueve.

Como señala Rincón-Cárdenas, las Fintech son herramientas avanzadas cuyo objetivo consiste en prestar servicios financieros a consumidores y empresas, sin que para ello se tenga que ser una entidad bancaria. Actualmente, las Fintech componen una de las bases del sistema financiero moderno, ofreciendo, entre otros servicios, el uso de billeteras digitales, la creación de cuentas bancarias a través de plataformas digitales, y la compra y venta de seguros online, por lo cual hacen parte del día a día de gran parte de la población. A la luz de lo anterior, y tras destacar la importancia de los servicios *Fintech* para el desarrollo del sistema financiero moderno, y sus efectos positivos en particular en la inclusión financiera, el autor identifica los riesgos que generan en los ámbitos del manejo de datos y la ciberseguridad, razón por la cual el GAFI ha emitido en los últimos años una serie de pautas para enfrentar estos riesgos, subrayando, entre otras cosas, la necesidad de: (a) programas éticos; (b) identificar las fuentes de riesgo; y (c) un esfuerzo de prevención continuo.

Por su parte, las tecnologías *Regtech*, que constituyen una respuesta al crecimiento de la complejidad regulatoria impulsada por las entidades financieras tradicionales, presentan, a través de la inteligencia artificial, grandes posibilidades de procesamiento de información, lo que, como explica Rincón-Cárdenas, permite, entre otras cosas: (a) monitorear transacciones, en tiempo real, y alertar de cualquier conducta sospechosa; (b) analizar los programas de cumplimiento, la historia de las entidades financieras y las fuentes de riesgos a las que están expuestas para sugerir los puntos en los que deberían en-

focarse para prevenir las materialización de los riesgos analizados; y (c) contrastar la información procesada con las bases de datos existentes con el fin de identificar posibles infracciones de las políticas de conocimiento del cliente (KYC), notificar del error y corregirlo en tiempo real. Sin embargo, también presentan importantes retos que dificultan su implementación y desarrollo, entre los que destacan: (a) la falta de conocimiento y actualización de algunos Estados; (b) la dependencia de los datos (muchas veces personales) para su funcionamiento óptimo (lo que reduce, en gran medida, su operabilidad); y (c) la falta de acceso a este tipo de tecnologías por parte de supervisores, reguladores y el mismo aparato estatal. Por ello es necesario, según el autor, que el sector financiero y los Estados coordinen sus esfuerzos para poder superar estos problemas, lo que permitiría a las tecnologías *Regtech* realizar una contribución eficaz a la lucha contra la corrupción y el COT.

Finalmente, Rincón-Cárdenas centra su atención en la tecnología BCT, analizando las distintas categorías de redes BCT existentes y explicando su funcionamiento, incluyendo la descripción de los modelos de consenso como la "prueba de trabajo" y la "prueba de participación". El autor destaca la capacidad de esta tecnología para aumentar la transparencia y la responsabilidad de quienes participan en las redes BCT, y por tanto para luchar de manera más efectiva con las dinámicas de corrupción (incluyendo aquellas promovidas por el COT), identificando al mismo tiempo importantes desafíos, como la tensión con las leyes de protección de datos y la necesidad de minimizar estos últimos para garantizar su sostenibilidad en el tiempo, dados los importantes recursos consumidos por la minería de datos. A estos hay que sumar además los riesgos derivados de las estrategias utilizadas por el cibercrimen organizado para conseguir contraseñas (*phishing*, uso de *malware*, infiltración a servidores para utilizar los sistemas de organizaciones importantes o ejecución de *scripts* en ciertos sitios web para extraer automáticamente datos cuando los usuarios acceden a los mismos).

El capítulo 7 completa la tercera parte de la obra. En el mismo, Salcedo Maldonado & Gómez Moreno abordan las respuestas a los problemas de corrupción, COT y evasión de impuestos en el comercio ilícito de oro y drogas, destacando la estrecha relación entre los

mercados ilícitos, el COT y la corrupción pública y privada (especialmente en Colombia, donde el oro y los narcóticos son bienes clave), y subrayando en particular que tanto el desarrollo de complejas estructuras criminales (cuya enfrentamiento requiere un gran gasto público) como las dinámicas de corrupción para garantizar sus operaciones son financiadas por los ingresos generados por las actividades ilícitas. Además, la clandestinidad en la que se desarrollan las operaciones de compraventa de oro, drogas y otros bienes y servicios prohibidos, supone la pérdida de ingresos tributarios por la dificultad de recaudar impuestos de quienes generan ingresos desde la ilegalidad, de manera que, a pesar de la enorme riqueza que obtienen, estos sectores raramente contribuyen a los ingresos estatales. Según los autores, todo esto es el resultado de haber centrado su abordaje en un enfoque principalmente normativo, ya sea de naturaleza represiva (penal) o regulatoria (administrativa).

En este contexto, Salcedo Maldonado & Gómez Moreno proponen enfrentar estos fenómenos adoptando una estrategia que trate realmente de limitar la capacidad financiera de dichas organizaciones para financiar las prácticas corruptas que promueven, y, al mismo tiempo, generar ingresos tributarios al margen de las consecuencias penales y/o administrativas que puedan tener sus actividades ilícitas (de manera que la aplicación normativa venga acompañada de otro tipo de estrategias de política pública que desincentiven la comercialización al margen de la ley, lo cual ha tenido un impacto positivo en países como Sierra Leona y Angola a través de iniciativas como la del Proceso de Certificación Kimberley en relación con el comercio de diamantes).

Para ello, los autores proponen combinar el recurso a las nuevas tecnologías, y en particular al BCT, con la adopción de nuevas medidas regulatorias, que podrían incluir alguna de las siguientes tres opciones alternativas que, en buena medida, han sido ya adoptadas respectivamente en Ecuador, Filipinas y Brasil: (a) nacionalizar completamente el mercado del oro, convirtiendo al Estado, a través del Banco de la República o una empresa industrial y comercial del Estado, en el único comprador de oro en el país (modelo ecuatoriano); (b) establecer asociaciones público-privadas entre el Estado y las empresas mineras para el refinamiento y transformación del oro, así

como su venta en el mercado internacional (experiencia filipina); y (c) mantener un mercado libre, pero con una mayor participación estatal y un nivel sustancialmente mayor de información (sistema brasileño).

De esta manera, y con independencia de las nuevas medidas regulatorias finalmente adoptadas, los autores recomiendan utilizar la tecnología BCT a través de *smart contracts* que permitan certificar el cumplimiento de las medidas impuestas por el Estado. Así, aplicando certificaciones basadas en *blockchain* a lo largo de la cadena productiva y limitando la posibilidad de comercialización a la no alteración, trazabilidad y transparencia de los certificados, se podría limitar, en gran medida, la posibilidad de comerciar por fuera de la ley, y se fomentaría la exigencia de estos certificados por los órganos públicos de control y los actores privados que participan en el mercado.

Además, según Salcedo Maldonado & Gómez Moreno, esto debería venir también acompañado de una modificación en la legislación tributaria para que, como ya sucede en Canadá y EE.UU., se graven los ingresos generados por este tipo de actividades ilícitas (y así aliviar el déficit fiscal existente en la actualidad en Colombia), con independencia de las responsabilidades de naturaleza penal, civil o administrativa que puedan asimismo generar.

La cuarta parte del volumen está conformada por el capítulo 8, que Tamayo-Álvarez & Prieto-Ríos dedican al tratamiento de la corrupción en el arbitraje de tratados de inversión. En el mismo, los autores abordan una particular manifestación de la corrupción transnacional: la captura corporativa del Estado, entendida como la influencia de ciertas empresas (tanto nacionales como transnacionales) en las decisiones políticas, especialmente en asuntos regulatorios, generando corrupción, como un fenómeno crucial para entender las dinámicas de corrupción vinculadas al COT. De ahí la importancia de analizar la ilegalidad de ciertos proyectos de inversión financiados con capital extranjero para mejorar las estrategias de combate a la corrupción. Todo ello teniendo en cuenta que el derecho internacional de la inversión extranjera no protege las inversiones afectadas por actos ilegales, y mucho menos por actos de corrupción, tal y como se desprende de la evolución del principio de buena fe y de la doctrina de las “manos limpias”.

Tamayo-Álvarez & Prieto-Ríos analizan, en primer lugar, la definición del concepto de inversión por el CIADI, y cómo la afectación de las inversiones extranjeras por actos ilícitos o corruptos, puede utilizarse por los Estados para impugnar la jurisdicción de los tribunales arbitrales recogida en los tratados de inversión. En segundo lugar, estudian como, en ocasiones, el análisis de la ilicitud de los actos de los inversionistas se realiza en la etapa de fondo del procedimiento arbitral (destacando casos emblemáticos como *World Duty Free v. Kenia, Glencore v.* Colombia y Unión Fenosa v. Egipto), con base en un análisis de diligencia debida (si bien entienden que este enfoque puede resultar contraproducente porque tiende a presentar las conductas ilícitas/corruptas de los inversionistas extranjeros como si se tratase de simples faltas de cuidado en el desarrollo de las actividades económicas).

Por último, los autores reflexionan sobre los desafíos que presenta en la actualidad el tratamiento de la corrupción en el arbitraje de tratados de inversión, incluyendo, entre otros, la confusión entre actos ilícitos y prácticas políticas legítimas y la complejidad probatoria en casos de corrupción. Así mismo, abordan la tendencia de la práctica arbitral a reconocer los alegatos hechos por los Estados (los cuales tienden a enfatizar el papel de los inversionistas en los actos de corrupción, pero dejan de lado a los funcionarios públicos que participaron en los mismos), por lo que, en su opinión, se requiere un tratamiento más integral de los casos en los que se plantee la ilegalidad de una inversión debido a actos de corrupción, lo que, unido a una deseable publicidad de los fallos, debería generar suficiente presión en los respectivos Estados para que lleven a cabo actuaciones dirigidas a sancionar a los funcionarios públicos e inversionistas que se encuentren bajo su jurisdicción.

La obra finaliza con una quinta parte que presenta en los capítulos 9 y 10 las principales conclusiones alcanzadas, así como toda una serie de recomendaciones para los ámbitos latinoamericano y colombiano, que estoy convencida que serán del mayor interés para los académicos y profesionales interesados en los distintos temas que han sido objeto de análisis.

Por ello, llegados a este punto, no puedo sino felicitar a los autores por la sólida e innovadora investigación realizada, e invitar al

lector a que se sumerja en una lectura tan interesante y bien fundamentada como la que aquí se presenta.

En Bogotá (Colombia), a 30 de abril de 2024.

Laura Victoria García Matamoros
Decana y Profesora Titular de Carrera Académica,
Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario (Colombia)

Presentación del Programa de Investigación 70593, la Red sobre *Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional* y su Grupo de Derecho Privado, Cooperación Internacional en Materia Civil, Regulación de Mercados Ilícitos y Arbitraje de Tratados de Inversión

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 Suelt 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 públi-

co 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-evoluctiva-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.iberoamericaninstituteofthehague.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.iberoamericaninstituteofthehague.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.iberoamericaninstituteofthehague.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.iberoamericaninstituteofthehague.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-fiinanciero-y-cambiario.
- Seminario Internacional 9: Definición, Manifestaciones, Causas y Consecuencias de la Corrupción y el Crimen Organizado Transnacional: https://www.iberoamericaninstituteofthehague.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.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/

red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-10-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-casos-estudios-de-colombia-y-la-amazonia.

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

www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-17-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-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.iberoamericaninstituteofthehague.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.iberoamericaninstituteofthehague.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.iberoamericaninstituteofthehague.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.iberoamericaninstituteofthehague.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 CMCON durante la ejecución del Proyecto 71861.

Con el fin de proporcionar una aproximación que permita comprender las complejas dinámicas organizativas de la ciudad- puerto desde una perspectiva de sistemas sociales y la incidencia del fenómeno de la corrupción en el narcotráfico marítimo, el Proyecto 71861 ha elaborado un modelo de simulación mediante el software NetLogo 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 compresión 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, comprehensivos, detallados e interdisciplinares (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 anticorrupción en materia de asuntos financieros: Fintech, Regtech, KYC, AML/CFT, Blokchain 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 trasparencia 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 DE DERECHO PRIVADO, COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL, REGULACIÓN DE MERCADOS ILÍCITOS Y ARBITRAJE DE TRATADOS DE INVERSIÓN

La presente obra colectiva ha sido elaborada por el grupo de investigación de la Red sobre derecho privado, cooperación internacional en materia civil, regulación de mercados ilícitos y arbitraje de tratados de inversión (el Grupo), en ejecución del Proyecto 70817 sobre respuestas a la corrupción asociada al COT.

El Grupo es coordinado por Héctor Olasolo (España/Colombia), quien dirige a su vez el Programa 70593 y el Proyecto 70817. Así mismo, el Grupo ha contado con la colaboración en la coordinación administrativa de los jóvenes investigadores y consultores colombianos de la Universidad del Rosario, Juan José Romero Morales, Gabriela Velásquez Medina y Luisa Villarraga Zschommler, así como de la estudiante de jurisprudencia y monitora de la Clínica Jurídica Internacional de la mencionada universidad, María Juliana Conde Arias.

El Grupo está además conformado por los siguientes investigadores que participan como autores:

1. Cebrián Salvat, María Asunción (España): Universidad de Murcia (España)
2. Gómez Moreno, Juan Pablo (Colombia): Universidad de los Andes y Universidad del Bosque (Colombia)
3. Hernández-Zambrano, David (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia)

4. López-Castro, Yira (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia)
5. Martínez-Sánchez, Wilson Alejandro (Colombia): Universidad del Rosario (sede Colombia)
6. Prieto-Ríos, Enrique (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia)
7. Rincón-Cárdenas, Erick (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia)
8. Rodríguez Rodrigo, Juliana (España): Universidad Carlos III (España)
9. Salcedo Maldonado, Andrés Mauricio (Colombia): Universidad de los Andes y Universidad Externado (Colombia).
10. Tamayo-Álvarez, Rafael (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia)

Desde su establecimiento en agosto de 2020, el Grupo ha realizado varios 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 9 de noviembre de 2022 se celebró un seminario internacional virtual abierto (cuya grabación se puede seguir en el enlace que aparece *supra*: Seminario Internacional 11) para dar a conocer los resultados de las investigaciones del Grupo y avanzar las primeras conclusiones. En el seminario se abordaron las siguientes temáticas:

– Panel 1: Pactos empresariales de transparencia y anticorrupción.
– Panel 2: Evolución de los programas de cumplimiento para la prevención de la corrupción empresarial: del control normativo al liderazgo ético.
– Panel 3: Ilicitud, corrupción y arbitraje de inversiones.

Además, las conclusiones preliminares y finales del Grupo han sido expuestas por Héctor Olasolo, en diversos seminarios internacionales, incluyendo: (a) el III (2021), IV (2022) y V (2023) Congre-

sos 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 Internacional[2], celebrado el 8 de junio de 2023 en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas.

En Bogotá (Colombia), a 20 de enero de 2024.

Héctor Olasolo, Juan José Romero Morales, Gabriela Velásquez Medina, Luisa Villarraga Zschommler & María Juliana Conde Arias

---

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

2 Para mayor información sobre la X Semana Ibero-Americana de la Justicia internacional, *vid.*: https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/actividades/seminario-de-pensamiento-iberoamericano.

1. LAS RESPUESTAS DESDE EL LIDERAZGO ÉTICO Y LAS ACCIONES COLECTIVAS PARA LA TRASPARENCIA EN LOS NEGOCIOS

Capítulo 1

Los programas de cumplimiento para la prevención de la corrupción empresarial: del control normativo al liderazgo ético

WILSON ALEJANDRO MARTÍNEZ-SÁNCHEZ*

1. INTRODUCCIÓN: LOS ORÍGENES

No es sencillo afirmar cuándo surgen realmente los programas o planes de cumplimiento empresarial. Se sabe que la teoría moderna de la administración de empresas, impulsada por autores como Peter Druker, llevaron en la década de los 50 a la departamentalización de las organizaciones, dividiéndolas en áreas especializadas que se coordinan mediante una gerencia general (Drucker, 2011). Es seguro que ya en ese entonces, la idea de un área o departamento especializada en asegurar el cumplimiento de la ley hacía parte de la teoría moderna de la administración de empresas.

La literatura especializada en la materia suele referir la década de los 70, como el periodo de surgimiento y desarrollo de las áreas

* Abogado de la Universidad del Rosario. Doctor y máster en Derecho Penal y Ciencias Penales (Universidad Pompeu Fabra). Especialista en Investigación Criminal. Investigador Invitado al Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Albert-Ludwig en Freiburg im Breisgau (Alemania). Investigador visitante en el Instituto Max Plank para el Derecho Penal Extranjero y Derecho Penal Internacional Becario del Servicio de Intercambio Académico Alemán (Deutscher Akademischer Austauch Dienst- DAAD). Profesor Asociado de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Penal, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Exvicefiscal General de la Nación. Ex Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial. Ex Procurador Delegado para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad.

y los programas de cumplimiento corporativos como los conocemos actualmente. Matthew Anderson, por ejemplo, en su libro sobre la historia del comercio justo en la Gran Bretaña, subraya esta década como una de la de mayor crecimiento de la tendencia empresarial hacia el comercio justo, precisamente gracias a la aparición en Estados Unidos de una regulación que exigía a las grandes corporaciones implementar programas contra la corrupción internacional (Anderson, 2015).

En efecto, la mayoría de los autores que se han ocupado de este tema suelen mencionar la Ley contra las prácticas corruptas en el extranjero (*Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA), sancionada en 1977 por el Congreso de los Estados Unidos bajo la administración de Jimmy Carter, como un hito en el nacimiento del cumplimiento (*compliance*) corporativo como lo conocemos hoy. Desde sus inicios, la FCPA exigió a todas las empresas estadounidenses que tuvieran operaciones en jurisdicciones extranjeras, directamente o a través de subordinadas (sucursales, filiales, subsidiarias, etc.), implementar programas dirigidas a asegurarse de cumplir la ley en aquellos lugares y no realizar prácticas corruptas (DOJ, 2022; DOJ, 2020).

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos (*U.S. Department of Justice* – DOJ) y la Comisión de Valores e Intercambios (*Security and Exchange Commission* – SEC) fueron las autoridades escogidas para regular, supervisar y asegurar el cumplimiento de esa ley (DOJ, 2020). Gracias al trabajo de estas autoridades, un gran número de empresas estadounidenses empezó a diseñar e implementar programas de cumplimiento, para cerciorarse de que sus empresas subordinadas en el extranjero no solo cumplieran la ley vigente en su jurisdicción, sino también que no ejecutaran actos de corrupción.

Los programas de cumplimiento que nacieron como consecuencia de la FCPA fueron diseñados e implementados como herramientas de control corporativo. Los oficiales de cumplimiento se dedicaban fundamentalmente al control normativo, consistente en monitorear los cambios legislativos en las jurisdicciones donde la organización tenía presencia, y en requerir a los representantes allí para que ajustaran el funcionamiento a los cambios normativos. Para tal efecto, los oficiales de cumplimiento enviaban requerimientos de información, solicitaban soportes o pruebas de los ajustes realizados y se apoyaban

fuertemente en las áreas de auditoría interna, para cerciorarse de que realmente se estaba cumpliendo la normatividad local. Además, los oficiales de cumplimiento revisaban los códigos, manuales y protocolos de funcionamiento de las empresas subordinadas, para asegurarse que cumplieran con la regulación local.

En ese momento, a finales de la década de los 70 y la primera mitad de la década de los 80, la preocupación de la FCPA era el cumplimiento de la ley extranjera en sus jurisdicciones y prevenir el soborno a funcionarios públicos de esos territorios. Por esa razón, los programas de cumplimiento se diseñaron como herramientas se supervisión, monitoreo y control a los directores, administradores y representantes de las empresas estadounidenses en el extranjero.

2. LA PREOCUPACIÓN POR EL LAVADO DE ACTIVOS

Desde que en la década de los 80 se priorizo en la comunidad internacional la guerra contra las drogas ilícitas, la prevención del lavado de activos a través del sistema financiero se convirtió en uno de los principales elementos de la estrategia para desarticular las mafias del narcotráfico. La comunidad internacional y las autoridades nacionales incrementaron sus controles sobre las instrucciones financieras, y fortalecieron la regulación que les exigía adoptar programas de cumplimiento antilavado.

Podría decirse, que durante la década de los 90, la atención de las áreas de cumplimiento de las instituciones financieras estuvieron más preocupadas por la prevención del lavado de activos, que por el control de la corrupción corporativa. Esto llevó, a que las áreas de cumplimiento de las instituciones financieras desarrollaran otro tipo de capacidades institucionales que no tenían hasta entonces. El conocimiento del cliente (*know your customer* – KYC) y el monitoreo transaccional para detectar operaciones sospechosas (*suspicious activity reports* – SAR's) produjeron una transformación muy importante en el centro de atención y en la forma de funcionar de las áreas de cumplimiento de las instituciones financieras.

El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (*Basel Committee on Banking Supervision* —BCBS—) jugó un papel muy importante en la segunda mitad de la década de los 90, ya que marcó la pauta de la evolución de esos programas de cumplimiento antilavado en todo el mundo. En efecto, el BCBS fue establecido en 1975 como un organismo multilateral integrado por los presidentes de los bancos centrales de los países miembros del G-10. Actualmente, el BCBS está integrado por Alemania, Arabia Saudí, Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, China, España, Estados Unidos, Francia, Hong Kong SAR, India, Indonesia, Italia, Japón, Corea, Luxemburgo, México, Holanda, Reino Unido, Rusia, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza, y Turquía (BIS, 2012). El mandato de este organismo es emitir reglas y estándares para la regulación prudencial de la actividad bancaria. Además, constituye un importante foro para la cooperación internacional y el intercambio de experiencias en esa materia. En ese sentido, la misión del BCBS es "mejorar la regulación, la supervisión y las prácticas bancarias en todo el mundo con el fin de afianzar la estabilidad financiera" (BIS, 2018).

El Banco de Pagos Internacionales (*Bank for International Settlements* —BIS—) tiene la Secretaría permanente de ese organismo, por lo que éste es el encargado de convocar a sus miembros a las reuniones y ejecutar las decisiones que toma la asamblea de miembros.

El principal estándar internacional producido por el BCBS está recogido en el documento titulado Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz, que fue publicado inicialmente en 1997. Desde su publicación, este documento ha sido utilizado por muchos países como un estándar para evaluar la calidad de los sistemas de supervisión bancaria y para definir el nivel básico de solidez que deben tener las prácticas de supervisión por parte de las autoridades regulatorias nacionales. El estándar contenido en ese documento también es aceptado, aplicado y exigido por organismos financieros multinacionales, como el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM), en el marco del Programa de Evaluación del Sector Financiero, que se ocupa de evaluar la efectividad de los sistemas y prácticas regulatorias y de supervisión de los países (BIS, 2012).

El estándar previsto en el documento titulado Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz ha sido revisado en 2006 y en

2012, y actualmente constituye el estándar internacional más ampliamente aceptado y exigido por una gran cantidad de países, en materia de regulación y supervisión bancaria.

La importancia del BCBS en materia de prevención del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (LA/FT) ha sido enorme. Este Comité se ha reunido al menos en tres importantes oportunidades, para fijar estándares de prevención de estos delitos en la actividad bancaria.

2.1. Enfoque de auditoría: Comité de Basilea I

En diciembre 1988, y como consecuencia del acuerdo alcanzado en Basilea entre los miembros del Comité (los bancos centrales de Alemania, Bélgica, Canadá, España, EE. UU., Francia, Italia, Japón, Luxemburgo, Holanda, el Reino Unido, Suecia y Suiza), se publicó el documento titulado Prevención del Uso del Sistema Bancario para Propósitos de Lavado de Activos (BCBS, 1988). En ese documento se estableció que los bancos debían implementar medidas de control apropiadas para prevenir el lavado de activos a través del sistema financiero. Las medidas de control a que hace referencia ese documento son: el conocimiento del cliente; el estricto cumplimiento de la ley en cada operación con altos estándares de integridad; cooperación absoluta con las autoridades; la adopción de políticas internas en las que se reconociera formalmente la adhesión a los principios de prevención consignados en esa declaración (BCBS, 1988).

La forma de verificar el cumplimiento de esos estándares por parte de las instituciones bancarias, por parte de los supervisores y reguladores, era aplicando las metodologías y técnicas de auditoría generalmente aceptadas. Por esta razón, la forma en que se ejerció la regulación y supervisión por parte de las autoridades bancarias nacionales en los términos de los acuerdos de Basilea I se conoce como: enfoque de auditoría. Que consistía fundamentalmente en aplicar a los bancos auditorías a una muestra aleatoria y representativa de sus operaciones, para verificar que las políticas, reglamentos y procedimientos adoptados por la entidad en materia de KYC y de prevención del lavado de activos se estuvieran comprimiendo.

No obstante, estas metodologías han evolucionado de manera sustancial. El BCBS ha producido, revisado y actualizado varios documentos, que definen y explican metodologías estándar para llevar a cabo las labores de supervisión a cargo de las autoridades reguladoras. Este es el caso, por ejemplo, del documento titulado Conduciendo una autoevaluación del supervisor —aplicación práctica— (BIS, 2001) o del documento Metodología de los principios básicos (BIS, 2006a). Estos documentos se han venido actualizando y enriqueciendo con cada revisión, y actualmente constituye el estándar aplicado por los supervisores de muchos países para cumplir su función con arreglo a los más altos estándares internacionales.

2.2. El enfoque de riesgo: Comité de Basilea II

En junio de 2004, los miembros del BCBS alcanzaron un nuevo acuerdo sobre el estándar internacional que deberían aplicar los reguladores y supervisores bancarios nacionales, sobre los requerimientos de capital y de otra naturaleza que fuesen necesarios, para proteger a las entidades financieras frente a los riesgos financieros y operativos a los que están expuestos. El acuerdo alcanzado quedó recogido en un documento titulado Convergencia internacional de medidas y normas de capital (BIS, 2004), que entre otras cosas contiene la explicación de la propuesta de adopción de la administración con enfoque basado en el riesgo en la actividad financiera.

En lo que hace al tema de este trabajado, el Comité había publicado en 2003 un documento titulado Administración del riesgo consolidado de conocimiento del cliente (BIS, 2003a), el cual abre el paso a la adopción del enfoque basado en el riesgo en la prevención del LA/FT. De hecho, en junio de 2003 el BCBS emitió una nota conjunta con la asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS) y la Organización Internacional de Comisiones de Seguros (IOSCO), que ya hablaba explícitamente de que las entidades bancarias y aseguradoras debían hacer una evaluación de riesgo LA/FT, como paso previo para el diseño e implementación de las medidas de prevención consagradas en Las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) (BIS, 2003b).

Estos documentos anticiparon el enfoque basado en el riesgo que fue desarrollado, de manera más explícita y completa, en la revisión de los Principios básicos para una supervisión bancaria eficaz (BIS, 2006a). Este documento ya desarrolla como principios (estándares) internacionales de supervisión bancaria, la gestión específica de seis (6) tipos de riesgo: riesgo de crédito, riesgo país y de transferencia, riesgo de mercado, riesgo de liquidez, riesgo operacional y riesgo de cartera. Adicionalmente, el BCBS elevó a nivel de principio la obligación de los bancos de prevenir la "utilización abusiva de servicios financieros", el cual está íntimamente ligado al riesgo operacional y a los criterios previamente establecidos en 2003 sobre la debida diligencia en el KYC para mitigar diversos riesgos, entre ellos el de LA/FT (BIS, 2006a).

El impacto de la adopción del enfoque basado en el riesgo en la prevención del LA/FT fue enorme, específicamente en dos aspectos. Por un lado, en lo que hace a la naturaleza, alcance y características de las medidas que deben adoptar los bancos, para la prevención del LA/FT. Y, por otro lado, en lo que hace a la naturaleza, alcance y características de la actividad de supervisión de las autoridades reguladoras.

Frente a lo primero, el enfoque basado en el riesgo supuso que, en lo sucesivo, los bancos y otras entidades financieras obligadas a adoptar sistemas ALA/CFT no podrían limitarse simplemente a adoptar de manera ciega las medidas de prevención indicadas en la regulación nacional. Ahora, estas entidades debían realizar evaluaciones de riesgo para identificar y medir sus propias amenazas y vulnerabilidades, con miras a implementar controles a la medida de sus características y necesidades, para la mitigación del riesgo. En este sentido, el enfoque basado en el riesgo trajo consigo el impulso al modelo de autorregulación regulada en materia de prevención del LA/FT, pues ahora las entidades deberían desarrollar autorregulaciones ajustadas a las características de sus propios riesgos, teniendo como marco de referencia mínimo las medidas obligatorias previstas en la regulación nacional.

En cuanto a lo segundo, las autoridades reguladoras debieron migrar de modelos de supervisión con enfoque auditoría, a la supervisión con enfoque de riesgo (Ustáriz, 2003). En consecuencia, estas

autoridades ya no podrían limitarse a aplicar las técnicas de auditoría generalmente aceptadas (toma de muestras representativas y aleatorias de operaciones para verificar la aplicación de los controles exigidos en la regulación o autorregulación aplicables). En lo sucesivo, las autoridades de supervisión también deberían exigir a las entidades una evaluación de riesgo, y supervisar que esas evaluaciones fueran realizadas de manera rigurosa y aplicadas en el diseño e implementación de controles eficaces ALA/CFT.

2.3. El enfoque de micro y macro prudencia: Comité de Basilea III

Teniendo como telón de fondo y prolegómeno la crisis financiera mundial de 2008, el BCBS llevó a cabo una reunión general el 16 de diciembre de 2010. El objetivo de esa reunión era discutir la necesidad de medidas adicionales a las acordadas en los comités de Basilea I y II, para evitar que un hecho como la crisis de las hipotecas sub prime pudiera volver a socavar la estabilidad del sistema financiero internacional. En esa medida, los acuerdos alcanzados como consecuencia del Comité de Basilea III no sustituye los estándares fijados en los dos comités precedentes, sino que los complementa.

Uno de los principales acuerdos alcanzados en el Comité de Basilea III fue el mandato impartido al Grupo de Principios Fundamentales del BCSC de revisar los Principios básicos para una supervisión bancaria eficaz que habían sido expedidos originalmente en 1997 y revisados en 2006 (BIS, 2012). En líneas generales, el resultado del trabajo fue la revisión de los veintinueve principios establecidos como estándar, para darles flexibilidad y permitir que se ajusten de mejor manera a las características de los sistemas regulatorios y de supervisión de los distintos países.

Uno de los puntos más importantes de la revisión de los principios fue la introducción de un modelo ajustado y reforzado de la gestión del riesgo. En esencia, la versión revisada de los Principios básicos para una supervisión bancaria eficaz establece desde su introducción, que la gestión del riesgo en la actividad bancaria debe considerar la necesidad de alternar las visiones de macro y micro prudencia. Este nuevo modelo consiste en que las entidades bancarias deben desarrollar dos capacidades que deben ejercerse simultá-

neamente: a) la capacidad de identificar, medir y mitigar las amenazas y vulnerabilidades generales que conforman los riesgos a los que están expuestas de manera global; y b) la capacidad de identificar y hacer seguimiento a las operaciones o transacciones expuestas a altos niveles de riesgo, para detectar señales de alerta que le permitan actuar en orden a impedir la materialización del riesgo existente (BIS, 2012).

En lo que hace al tema de este trabajo, el BCBS publicó en 2014 el que constituye actualmente su principal estándar en materia ALA/CFT. Se trata del documento titulado Guía para la sólida administración del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo (BIS, 2017), que ha sido revisado y complementado en 2016 y 2017. Este documento fue elaborado con el propósito de alinear los Principios básicos para una supervisión bancaria eficaz del BCBS y Las 40 Recomendaciones del GAFI. El objetivo era aterrizar las recomendaciones del GAFI, en un estándar más detallado para la supervisión bancaria en materia específicamente de prevención del LA/FT. Esta guía ya contiene previsiones en temas como: (a) la evaluación, comprensión, administración y mitigación del riesgo LA/FT; (b) la política de KYC y su aceptación por parte de éste; (c) la identificación, verificación y perfilamiento (segmentación) del beneficiario final de operaciones; (d) el monitoreo transaccional; (e) la administración de información; (f) el reporte de operaciones sospechosas; (g) el congelamiento de activos; (h) la administración del riesgo LA/FT en grupos y conglomerados financieros inter y transnacionales; e (i) el rol del supervisor financiero.

La Guía para la sólida administración del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo debe ser leída y aplicada de manera armónica y consistente con otro importante documento producido por el BCBS: El cumplimiento y la función de cumplimiento en los bancos (BIS, 2005). Este último documento define, conceptualiza y caracteriza la función de cumplimiento en las entidades bancarias. Además, estos documentos deben ser interpretados de forma sistemática con los estándares de supervisión financiera previstos en los documentos titulados Conduciendo una autoevaluación del supervisor —aplicación práctica— (BIS, 2001) y Metodología de los principios básicos (BIS, 2006a).

3. EL RETORNO A LA PREOCUPACIÓN POR LA CORRUPCIÓN CORPORATIVA

La Convención Interamericana contra Corrupción fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) el 29 de marzo de 1996 (OEA, 1996). La Convención contra el Soborno Activo Trasnacional de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico fue adoptada por la Asamblea de Estados parte de ese organismo el 21 de noviembre de 1997(OCDE, 1997). Y a Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, que es actualmente el instrumento internacional más universal en la materia, fue adoptada el 31 de octubre de 2003 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU, 2003).

Estos tres son los instrumentos internacionales más importantes en la lucha contra la corrupción y, como puede verse, datan de finales del siglo pasado y comienzos de éste. Sin embargo, sólo hasta hace un par de años, la lucha contra la corrupción ha empezado a ocupar los primeros lugares en la agenda de casi todos los países de América Latica, debido a los recientes escándalos que han sacudido a la región. Tomemos, por ejemplo, el caso de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG, por sus siglas en español); la Misión de Apoyo contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras (MACCIH, por sus siglas en español); el caso Martinelli en Panamá; los casos Lava Jato y Odebrecht en Brasil, uno de los cuales llevó al encarcelamiento del ex presidente de Brasil, Luis Ignacio Lula da Silva; la caída del presidente Pedro Pablo Kuczynski en Perú; la orden de aprehensión emitida contra el expresidente de Ecuador, Rafael Correa; la investigación abierta contra Cristina Kirchner en Argentina por corrupción; por no hablar de todos los escándalos de corrupción en Colombia y Venezuela. De cara a esta triste realidad, los tres organismos internacionales —la OEA, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la ONU— han intensificado sus esfuerzos por lograr la implementación completa de las convenciones mencionadas, y por brindar asistencia técnica a los países de América Latina en su lucha contra este flagelo.

Si se leen con atención las convenciones internacionales contra la corrupción, y todos los demás documentos producidos para pro-

mover su aplicación en los países de la región, puede apreciarse con claridad que los organismos internacionales recomiendan a los países adoptar la misma estrategia: un enfoque holístico soportado en los pilares de la prevención y la represión.

En lo que hace a la represión, los organismos internacionales recomiendan a los países adoptar una serie de medidas dirigidas a castigar a los responsables de actos de corrupción. Tales medidas comprenden acciones como: creación de delitos específicos de corrupción, creación de fiscales y jueces especializados anticorrupción, imposición de penas disuasorias, crear un régimen de responsabilidad disuasorio para las personas jurídicas, fortalecer los mecanismos de asistencia y cooperación internacional como la extradición, mejorar las capacidades para la persecución de activos robados mediante actos de corrupción, etc.

En lo que hace a la prevención, los organismos internacionales han recomendado a los países un paquete de medidas que comparten una visión común: el enfoque basado en el riesgo. La recomendaciones y estándares internacionales en materia de prevención de la corrupción consisten en que los países deben exigir a las entidades públicas y a las empresas privadas de ciertos sectores, la adopción de sistemas de gestión del riesgo de corrupción. Estos sistemas de gestión del riesgo de corrupción se han popularizado en la región bajo diferentes denominaciones: programas de cumplimiento anticorrupción, planes anticorrupción, programas de ética empresarial etc. Muchos países de la región, como Colombia, Perú, Chile o México, han emitido normas en las que se crea la obligación de adoptar esos sistemas de gestión de riesgo de corrupción. Incluso, la Organización Internacional de Estandarización (ISO) emitió una norma técnica para el diseño e implementación de esos sistemas: la norma ISO 37001 —sistema de gestión antisoborno— (ISO, 2016).

La efectividad de los sistemas de gestión de riesgo de corrupción para combatir el flagelo no es absoluta. Los sistemas de gestión de riesgo de corrupción ayudan a mitigar el riesgo, pero no blindan la organización contra la posibilidad de que se presenten casos de corrupción. Sin importar cuán robusto sea el sistema de gestión de riesgo de corrupción, siempre existirá un riesgo residual de corrupción

que ninguna organización puede reducir a cero (Martínez-Sánchez, 2019).

De cara a esa realidad ha surgido la inquietud, sobre qué otras alternativas existen para prevenir la corrupción en las organizaciones. La literatura sobre este tema es inabarcable. La prevención de la corrupción ha sido investigada históricamente desde muy diversas perspectivas. Algunas de las perspectivas más influyentes en la literatura precedente son las siguientes.

4. PERSPECTIVAS EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN CORPORATIVA

4.1. El enfoque de control

Uno de los enfoques más difundidos es el del control de la corrupción, que se basa en los aportes de Robert Klitgaard (1988). Este autor es recurrentemente citado por sus aportes en la construcción de una teoría para controlar la corrupción. Klidgaard sostuvo que la corrupción era posible en circunstancias en que se cumplían tres condiciones: monopolio de la decisión; discrecionalidad; y opacidad de la decisión. Estas condiciones que posibilitan la corrupción fueron sintetizadas por el con la fórmula: C=M+D-A. Donde: C=corrupción; M=monopolio de la decisión; D=discrecionalidad; y A=falta de transparencia.

Este enfoque ha sido recurrentemente utilizado por algunos organismos internacionales como Transparencia Internacional, *Open Government Partnership* o la Red de Transparencia y Acceso a la Información Pública (RTA), quienes recomiendan fuertemente a los países adoptar medidas de transparencia que permitan un mayor control de las acciones públicas, no solo por parte de los órganos de control y las autoridades de supervisión, sino también por parte de las organizaciones de la sociedad civil. La lógica de esta recomendación es que el aumento de los estándares de transparencia reduce la corrupción, porque expone a los sujetos de riesgo a un escrutinio en el que se reduce significativamente la probabilidad de impunidad.

A pesar de la importancia de su aporte, el enfoque de Klidgaart tiene un problema: no siempre que una persona se encuentra en las condiciones descritas en su ecuación se produce un acto de corrupción. Dicho en otras palaras: hay casos en los cuales se cumplen las tres condiciones indicadas por Klidgaart para posibilitar la corrupción, y aun así el acto de corrupción no se produce. Al parecer, hay personas que toman la decisión de obrar correctamente, a pesar de tener el monopolio de la decisión, de tener absoluta discrecionalidad y de que no están sujetos a rendición de cuentas o a control por parte de alguien.

En esos términos surge la pregunta: ¿Qué lleva a una persona a tomar la decisión de realizar una acción corrupta, cuando están dadas las condiciones que posibilitan la corrupción según Klidgaart?

4.2. La perspectiva del homo economicus

Una posible respuesta a esta pregunta parece apuntar a que la decisión de cometer el acto de corrupción está determinada por la existencia de ciertos incentivos. El estudio de esos incentivos se ha abordado desde diversas perspectivas, pero hay dos que son particularmente fuertes en la literatura: la teoría de la elección racional y la teoría del comportamiento de rebaño.

La primera de ellas parte de la premisa de que la persona que comente el acto de corrupción es un sujeto racional, que aplica la racionalidad económica para tomar la decisión. Siguiendo la teoría del *homo economicus* que data de los comienzos de la teoría económica clásica de Jeremy Bentham (1830) y John Stuart Mill (Persky, 1995), esta perspectiva supone que el sujeto tratará de minimizar las pérdidas y maximizar la utilidad al momento de tomar la decisión de cometer un acto de corrupción. Dicho en otras palabras, la decisión de cometer el acto de corrupción sería el resultado de un análisis costo-beneficio, en el que el sujeto pondera la utilidad esperada (beneficio obtenido —por ejemplo, el valor del soborno—) contra el costo esperado (castigo esperado —por ejemplo, años de prisión—), y el resultado de ese ejercicio determina la existencia o no del incentivo para cometer el acto de corrupción.

Esta perspectiva ha influenciado fuertemente los estudios que apuntan a desincentivar la corrupción corporativa aumentando el castigo (costo esperado), introduciendo esquemas de recompensa o aumentando la probabilidad de detección (Marjit & Shi, 1998). En la práctica, la política criminal en muchos países, entre los que se cuenta Colombia, han adoptado este enfoque para justificar las medidas para combatir la corrupción consistente en el aumento de penas y reducción de los beneficios penitenciarios. Con este tipo de medidas se pretende desincentivar la corrupción, aumentando significativamente los costos esperados de la decisión. Lo mismo ocurre con las medidas de persecución de activos provenientes de la corrupción, con los cuales se pretende reducir la utilidad esperada y desincentivar la decisión.

4.3. La perspectiva de la economía conductual

Los estudios de economía conductual realizados por Richard Thaler (Thaler & Sunstein, 2008) han permitido cuestionar la teoría del *homo economicus*, sobre la base de que muchas de las decisiones que toman los actores económicos no son racionales, y la determinación de la probabilidad es justamente una de ellas.

Los estudios de Thaler han mostrado que muchas de las predicciones de los agentes económicos sobre eventos futuros están determinados esencialmente por la percepción subjetiva de la realidad, que por procesos rigurosamente racionales de cálculo. Por ejemplo, cuando una comunidad ha sufrido recientemente un desastre natural, las personas tienden a sobre estimar la probabilidad de que un evento de ese tipo vuelva a ocurrir, aun cuando los cálculos estadísticos digan otra cosa. Es por eso por lo que el riesgo (incluido el riesgo de corrupción) tiende a ser un elemento sesgado frecuentemente por la percepción.

En efecto, desde la perspectiva de la economía del comportamiento, Thaler sostiene que aun cuando una buena parte del proceso mental realizado por los individuos para la toma de sus decisiones es de naturaleza racional, un porcentaje de ella está fuertemente determinada por las emociones y las percepciones subjetivas que en la mayoría de los casos no son conscientes. Estas emociones y percep-

ciones subjetivas implícitas de manera inconsciente actúan como un "empujoncito" (*nudge*), que determina la toma de cierta decisión en el sujeto.

Una importante aplicación práctica de esta teoría se encuentra en el área de marketing. Una importante corriente del marketing moderno sostiene que el proceso de toma de la decisión de compra por parte del consumidor es de naturaleza racional, y consiste en un análisis costo beneficio en el que se tienen en cuenta variables como el precio, la cantidad, la calidad, las ventajas comparativas del producto etc. Sin embargo, cuando el consumidor se enfrenta a la decisión de escoger entre productos de similares características, los factores emocionales entran a jugar un papel determinante en la toma de la decisión. Y son pequeños factores psicológicos de naturaleza emocional, a veces inconscientes para el consumidor e imperceptibles para los observadores, los que determinan su decisión de compra en favor de una u otra opción. A este factor es al que Thaler denomina *nudge*.

En el terreno de la lucha contra la corrupción, las percepciones que tiene el sujeto sobre las variables que pueden afectar su decisión son importantes, y actúan como el pequeño empujón que podría llevar a una persona a tomar la decisión de cometer el acto de corrupción. En efecto, Klitgaard (1988) sostiene que existen tres factores que promueven la corrupción: el monopolio de la decisión, la discrecionalidad de la decisión y la opacidad de la decisión. Sin embargo, como ya se explicó, esta teoría no explica porque hay casos en los que una persona que se encuentra en una situación ideal para cometer el acto de corrupción decide no hacerlo. La respuesta a esa pregunta podría encontrarse en la teoría del empujoncito de Thaler, en el sentido de que son factores subjetivos y emocionales imperceptibles e inconscientes los que determinarían la decisión del sujeto de cometer o no el acto de corrupción.

Entre esos factores podría mencionarse, quizás como uno de los más determinantes, la percepción del sujeto sobre la probabilidad de ser descubierto. La probabilidad de detección no es calculada de forma racional por el sujeto que se encuentra en la situación ideal, para cometer el acto de corrupción. Sin embargo, él toma en cuenta esa probabilidad a partir de una estimación que se basa en su percepción

de la posibilidad de ser detectado. Diversos factores, su percepción sobre la seguridad en su entorno, el anonimato o la percepción sobre la impunidad, pueden determinarlo a sentirse cómodo y confiado para cometer el acto de corrupción. Dichos factores son el empujoncito que hace la diferencia entre el comportamiento ético y el corrupto.

Esta perspectiva fue desarrollada por el propio Richard Thaler, en un artículo publicado con otros ocho coautores (Benartzi *et al.*, 2017), titulado "¿Deberían los gobiernos invertir más en empujoncitos?" (*Should governments invest more in nudging*?). En ese artículo se afirma que la intervención de las autoridades mediante empujoncitos a los ciudadanos es más favorable que la intervención a través de medidas tradicionales, para lograr el cumplimiento de la ley. Por ejemplo, allí se menciona que la intervención mediante empujoncitos para reducir la evasión de impuestos tiene menores costos y mejores resultados, que las medidas tradicionales. En ese sentido, el articulo concluye que la intervención mediante empujoncitos para el cumplimiento de la ley debería adoptarse como un enfoque generalizado en la política pública.

4.4. La perspectiva del comportamiento de rebaño

Otra importante perspectiva del tema parte de la premisa de que los individuos toman sus decisiones de acción influidos por las expectativas. Los trabajos sobre ética empresarial y corrupción realizados por Cristina Biccheri (1997), basada en la teoría de la decisión desde la perspectiva de la psicología conductual y en la teoría de la probabilidad de inducción, han concluido que los individuos deciden los cursos de acción a seguir basados en dos tipos de expectativas: las expectativas normativas, que están dadas por las reglas de comportamiento previstas en las normas aplicables; y la expectativas cognitivas, que están dadas por las conclusiones (inducción) a la que llegan sobre lo que es el comportamiento normal, después de observar cómo se comportan los demás.

Los estudios realizados por Bicceri y su equipo desde el Laboratorio de comportamiento ético (*Behavioral Ethics Lab*) de la Universidad de Pensilvania (USA) ha demostrado que los individuos se guían en

la mayoría de los casos por las expectativas cognitivas de comportamiento, en lugar que por las expectativas normativas. De ello se concluye que en materia de ética existe un comportamiento de rebaño, consistente en que los individuos tienden a imitar el comportamiento que ellos perciben como "normal" en los demás a su alrededor. Luego, si las personas en el entorno tienden a quebrar las normas, lo más seguro es que el sujeto tienda a quebrarlas también, porque percibe ese comportamiento como normal y aceptado socialmente, aun cuando esa conducta esté prohibida en las normas jurídicas o corporativas.

El problema de esta perspectiva es que, aunque ayuda a entender la mecánica psicológica de la decisión de incumplir la ley, se queda corta a la hora de proponer una solución. La teoría se limita a sostener que es necesario emprender acciones para transformar la cultura de las organizaciones, de manera que el comportamiento de rebaño incentive al cumplimiento de las reglas de comportamiento. En ese sentido, la conclusión sería la necesidad de desarrollar estrategias dirigidas a acercar las expectativas cognitivas de comportamiento a las expectativas normativas, para que los sujetos sientan la presión social de ajustar su comportamiento a la norma. Sin embargo, muy poco (casi nada) se avanza en la línea de señalar una estrategia efectiva para lograr ese objetivo.

4.5. Cultura ética empresarial

4.5.1. Concepto

El concepto de cultura ética empresarial ha sido objeto de múltiples estudios, la gran mayoría de ellos en el mundo anglosajón. Sin embargo, no existe uniformidad en la literatura sobre la forma de referirse a este tema. Es así como se encuentran estudios que utilizan la expresión cultura ética corporativa (*corporate ethical culture*), cultura ética organizacional (*organizational ethical culture*), cultura ética en los negocios (*business ethical culture*) o simplemente cultura ética (*ethical culture*), para referirse a este tema (Chadegani & Jari, 2016). Por supuesto, existen pequeñas o sutiles diferencias o matices entre cada una de esas expresiones, en lo que hace al contenido o alcance

del tema que se pretende abarcar con cada una de ellas. Sin embargo, todas ellas tienen en común el interés por entender las características que identifican o diferencian a una organización, en lo que hace a la manera en que sus miembros se comportan desde el punto de vista ético.

Uno de los primeros aspectos relevantes que surgen al revisar de manera sistemática la literatura precedente es la diferencia que existe entre los conceptos de cultura y clima éticos (Kaptein, 2008). La cultura ética hace referencia al conjunto de factores que estimulan el comportamiento ético en una organización (Trevino & Youngblood, 1990). El clima ético hace referencia a los factores que determinan qué es un comportamiento correcto en una organización (Cullen, Victor & Bronson, 1993).

La cultura ética empresarial hace referencia entonces, al conjunto de características que identifican y diferencian una organización, en lo que hace a la manera de enfrentar dilemas éticos en cualquier nivel: directivo, administrativo, ejecutivo u operativo. Los valores fundacionales de la organización, los procedimientos de discusión y toma de decisiones, el estilo de liderazgo ético, la tolerancia a la ilegalidad y la injusticia etc., son algunas de las características que determinan la cultura ética de una organización (Trevino & Youngblood, 1990).

El clima ético empresarial tiene que ver con el ambiente generado por la forma en que se relacionan los miembros de una organización, y a la manera en que esa forma de relacionamiento incide en la forma de enfrentar dilemas éticos. La percepción que tienen los miembros de la organización es el factor determinante del clima ético empresarial. Por eso, la percepción sobre la tolerancia de la organización a los comportamientos antiéticos, sobre su capacidad de detección y castigo, sobre la integridad de los directivos, sobre la intensidad de la aceptación o rechazo social de los comportamientos antiéticos, etc., son factores que determinan el clima ético de la empresa (Cullen, Victor & Bronson, 1993).

4.5.2. Modelos de abordaje

En lo que hace a la literatura precedente sobre la cultura ética empresarial, las diferencias realmente importantes entre los estudios precedentes sobre la materia no están entonces en la expresión utilizada para referirse al tema, sino en el enfoque utilizado para abordarlo. Es así como pueden encontrarse en la literatura, al menos seis grandes perspectivas de abordaje:

1. El modelo de ética de valores (Schein & Schein, 2017), que se inspira en la teoría de la cultura desarrollada por Max Weber y la aplica para conceptualizar la cultura empresarial. El acento en este modelo clásico está en los valores que orientan la toma de decisiones en la organización, y en los esfuerzos que deben hacerse para que todos los miembros conozcan, compartan, introyecten y practiquen esos valores.

2. El modelo de la ética de virtudes (Kaptein, 2008). Según este modelo, una virtud es en esencia un hábito; es decir, una forma de comportamiento profundamente arraigada en el inconsciente del sujeto, al punto que ocurre de manera natural, automática, sin esfuerzo alguno. En este modelo el acento no está en los valores, sino en el desarrollo de virtudes por los miembros de la organización. En la formación del hábito de actuar correctamente. Para ello, la organización necesita apropiar ciertos mecanismos que habitúen a sus miembros a obrar correctamente: los conductores éticos (*ethical drivers*). Los conductores éticos son incentivos psicológicos o emocionales que llevan a los miembros de la organización a obrar correctamente en cada situación, y los van habituando de forma progresiva y gradual a esa forma de comportamiento, hasta que el sujeto apropia el hábito y mantiene esa forma de comportamiento, aunque el conductor ético desaparezca.

3. El modelo del Centro para la Cultura Ética en los Negocios (*Center for Ethical Business Culture*) (Ardichvili, Mitchell, & Jondle, 2009). Este modelo pretende un abordaje holístico del estudio de la cultura ética empresarial. Para ello, la divide en dos categorías: la cultura ética formal e informal. La formal tiene que ver con la cultura ética que emerge de los instrumentos

normativos o institucionales formales que regulan el comportamiento de los miembros de la organización, tales como los códigos, las políticas, los reglamentos etc. La informal tiene que ver con la forma en que se comportan los miembros de la organización de forma cotidiana, los rituales, las historias, los héroes etc. En este sentido, Ardichvili *et al.* (2009) sostienen que los estudios precedentes sobre cultura ética empresarial se enfocan en solo uno o dos aspectos de ella, tales como el liderazgo o la toma de decisiones. Ellos pretenden tener un abordaje holístico del tema, mediante la construcción de una lista de factores que determinan la cultura ética de una organización. Estos factores, que son estudiados mediante la metodología de teoría fundada, haciendo análisis cuantitativos y cualitativos de ellos, son los siguientes: la misión y los valores de la organización, el balance en la relación con los grupos de interés, la efectividad del liderazgo, los procesos existentes para mantener la integridad y la perspectiva de largo plazo de los miembros de la organización.

4. El modelo de percepción de cultura ética (Sweeney, Arnold & Pierce, 2010). Este modelo pone el acento en las percepciones. Lo importante es la percepción que tienen los miembros de la organización, respecto de la importancia que tiene actuar correctamente. De acuerdo con este modelo, la percepción está determinada por dos factores: el tono ético que imponen los altos directivos y la presión que ejerce el grupo para obrar correctamente.

5. El modelo de ética cultural corporativa (Schwartz, 2013), que intenta comprender la cultura ética empresarial a tres diferentes niveles: (a) el núcleo de la ética empresarial; (b) el programa de ética empresarial; y (c) el liderazgo ético. La cultura ética de la empresa es el reflejo de los valores que son compartidos por los miembros de la organización, de manera que en el núcleo de la cultura ética empresarial está el set de valores que definen la personalidad axiológica de la organización. La realización efectiva de los valores de la organización requiere de normas, procedimientos e instituciones, los cuales conforman el programa ético de la organización. Y finalmente,

la realización efectiva de los valores mediante la ejecución del programa ético depende del liderazgo ético de los directivos de la organización.

6. El modelo PP de ética empresarial (Chadegani & Jari, 2016), que entiende la cultura ética de una organización como el resultado de dos grandes factores determinantes: los elementos que promueven el comportamiento ético y los elementos que previenen el comportamiento antiético. Las organizaciones suelen crear dispositivos que promueven el comportamiento ético, como sus cartas de valores, sus códigos de conducta, el liderazgo ético de sus directivos etc. Adicionalmente, las organizaciones también tienen dispositivos para controlar la conducta antiética, como los sistemas de auditoría, los programas de cumplimiento, etc. La convergencia de esos dos factores determina la cultura ética de la organización.

4.5.3. Enfoques de intervención

De otra parte, los estudios previos en la materia también permiten apreciar la existencia de al menos dos enfoques distintos, para abordar el problema de cómo mejorar la ética empresarial; o, dicho de otra manera, como elevar los estándares de comportamiento ético de los miembros de una organización (Baker, Hunt & Andrews, 2006).

El primer enfoque, que es el más tradicional, es el individual (Singhapakdi, Vitell & Kraft, 1996; Trevino & Youngblood, 1990). El enfoque individual se centra en actuar sobre cada miembro de la organización, para lograr la introyección de los valores o la formación de las virtudes éticas en ellos. Es un enfoque transformacional, puesto que busca transformar a los miembros de la organización, en el sentido de convertirlas en personas más éticas. La tendencia más reciente en este enfoque apunta a desarrollar estrategias desde la administración del recurso humano (Hatcher & Aragon, 2001; Hatcher & Aragon, 2000a; Hatcher & Aragon, 2000b). Las áreas de recursos humanos son esenciales en la estrategia de intervención individual, para crear y consolidar una cultura ética empresarial. Especialmente, mediante programas o políticas de formación de la dimensión ética del talento humano.

El segundo enfoque es el situacional, que se concentra en la creación de las condiciones que promueven el comportamiento ético o previenen el comportamiento antiético. Este enfoque no apunta a transformar los miembros de la organización para convertirlos en personas más éticas, sino a crear un marco de referencia conductual que determine a los sujetos a obrar correctamente, independientemente de sus creencias, opiniones o hábitos. En el enfoque situacional se encuentran al menos tres perspectivas de abordaje:

1. La perspectiva del sistema de castigos y recompensas (Ferrell & Gresham, 1985), que busca la creación de incentivos (recompensas) y desincentivos (castigos) para promover el comportamiento ético de los miembros de las organizaciones. Esta perspectiva se centra en la lógica de la racionalidad económica, que presupone que el agente toma decisiones basado en una evaluación costo beneficio, en el que la recompensa es un beneficio esperado que incentiva el comportamiento ético y el castigo es un costo esperado que desincentiva el comportamiento desviado. Los códigos disciplinarios en las organizaciones son la herramienta más comúnmente utilizada por esta perspectiva.

2. La perspectiva del aprendizaje social (Trevino & Youngblood, 1990), que se basa en la premisa de que tanto el comportamiento ético como el desviado son aprendidos por el individuo y que el contexto social juega un papel determinante en ese aprendizaje. Desde esta perspectiva, el control situacional del comportamiento desviado requiere la aplicación de metodologías y técnicas orientadas a que los individuos no solo adquieran la sensibilidad y el conocimiento necesario para diferenciar el comportamiento ético del desviado, sino que además apunta a desarrollar las habilidades y competencias necesarias para resolver apropiadamente los problemas o dilemas éticos inherentes a ciertas situaciones; y

3. La perspectiva de la cultura ética (Babin, Boles & Robin, 2000; Chonko, & Hunt, 2000; Hunt, Wood & Chonko,1989; McCabe, Treviño & Butterfield, 2001), que toma como punto de partido la noción de cultura y resalta la importancia de los valores compartidos por los miembros de la organización, como base

> para explicar el comportamiento ético y el desviado. Desde esta perspectiva, toda organización tiene valores (o disvalores) que determinan los procesos de toma de decisión y la forma de comportarse de los miembros de la organización. Los valores compartidos por los miembros de la organización dan sentido a la forma en que se comportan, por lo que la distorsión en los valores es determinante para explicar el comportamiento desviado.

La tendencia más común en este enfoque apunta a desarrollar estrategias desde marketing ético (Hunt, Wood & Chonko, 1989; Hunt, Chonko & Wilcox, 1984; Hunt & Vitell, 1986; Hunt, 1990). Hunt & Chonko han publicado varios artículos, sobre la posibilidad de aplicar las estrategias y técnicas del marketing social y del marketing cultural, para crear y cultivar una cultura de comportamiento ético en la organización.

El concepto de marketing social no es novedoso, ya que sus orígenes se remontan a los años 70, cuando empezaron las primeras aproximaciones teóricas para transformar los hábitos de los consumidores hacia modelos de consumo socialmente responsables a través de estrategias de marketing. Desde su aparición, el concepto de marketing social ha evolucionado hasta el punto en que se encuentra hoy, en el que su definición no es clara ni pacífica en la literatura, por incorporar diversidad de elementos que lo hacen difuso (Roncancio, 2012). No obstante, lo que sí se puede decir es que el marketing social tiene una clara y marcada tendencia hacia el uso de las técnicas del marketing para la transformación moral de la sociedad. Por esta razón, algunos autores consideran que este es el tipo de marketing que puede aplicarse en las entidades públicas.

El concepto de marketing cultural, por su lado, apunta al uso de las estrategias del marketing tradicional para provocar efectos transformacionales en la cultura de una comunidad (Roncancio, 2012). En trabajos de autores como García Canclini (2012) se puede apreciar la utilidad que ofrecen las estrategias del marketing tradicional, para entender y modificar los elementos culturales del consumo, para dirigirlos hacia modelos social y ambientalmente más responsables.

El marketing social y el cultural comparten su objetivo de modificar el comportamiento de los individuos. La diferencia radica en la forma escogida para hacerlo: mientras el énfasis del marketing cultural está en la promoción de un sistema de valores específico que oriente el proceso de toma de decisión y, por tanto, el comportamiento de los individuos, el marketing social tiene un alcance más amplio, ya que echa mano de métodos y técnicas propias del marketing tradicional, como por ejemplo la provenientes de la psicología conductual.

La utilización de las estrategias y técnicas del marketing social y cultural, para crear una cultura ética en la organización resultaría factible, como una manifestación de lo que se ha denominado "marketing hacia adentro" o "marketing interno" (Foreman & Money, 1995; Greene, Walls & Schrest, 1994; George, 1990).

4.5.4. La importancia del entorno

La mayoría de los estudios previos sobre cultura ética empresarial están limitados por una perspectiva interna de la organización. Como puede apreciarse en los modelos de abordaje explicados, todos ellos se ocupan de identificar los factores internos de la organización que determinan su cultura ética. Sin embargo, contrario a la asunción general, la cultura ética de una organización no depende solo de factores internos, ya sean individuales o situacionales, sino también del entorno de la organización. Esto es, de la manera en que la organización se relaciona con los grupos de interés (*stakeholders*), con sus proveedores, con la comunidad, entre otros (Knights & O'Leary, 2006).

Visto desde la perspectiva de la teoría general de sistemas, la organización no es un sistema aislado, sino que está en un ecosistema que conforma su entorno. Entre la organización y su entorno hay un intercambio de información y otros elementos que inciden en la cultura ética empresarial. Por esta razón, entender la cultura ética existente en el entorno de la organización es esencial, para comprender la cultura ética de la organización.

5. EL LIDERAZGO ÉTICO COMO PRINCIPAL RECURSO CONTRA LA CORRUPCIÓN CORPORATIVA

Algunos autores afirman, que las primeras referencias a la relación entre ética y liderazgo se deben a Chester Barnand, quien en su obra titulada "Las funciones del ejecutivo" (1968) sostuvo que el liderazgo tiene una dimensión ética o de responsabilidad que le es inherente. No obstante, otros autores consideran que fue Bowen en 1953, quien, al abrir el debate sobre la Responsabilidad Social Empresarial (RSE), puso realmente en el centro de gravedad la reflexión sobre la ética en el liderazgo (Aronson, 2001). Esta discusión fue fuertemente avivada por Milton Friedman (1970), quien hizo importantes críticas al concepto de RSE, por considerar que las empresas son entidades autocontenidas y que los problemas de la sociedad o de la comunidad caen por fuera de su alcance. Dicho en otras palabras, que la solución de los problemas sociales es responsabilidad del Estado y no de las empresas, y que enfocarse en acciones de RSE puede llevar a que las empresas pierdan su foco y reduzcan su productividad, lo que lleva a la reducción del empleo y otras variables macroeconómicas importantes para el desarrollo económico de las naciones. Recientemente se han hecho investigaciones que han cuestionado seriamente la validez de esta posición (Wang, Tong, Takeuchi & George, 2016).

Más allá de la pregunta por a quién puede atribuirse la paternidad del concepto de liderazgo ético, lo cierto es que, después del debate Bowen/Friedman, múltiples autores se han ocupado de entender la dimensión ética del liderazgo, hasta llegar a acuñar la expresión "liderazgo ético", para referirse a ese tipo de liderazgo enfocado en fomentar el comportamiento ético de los seguidores (Ruiz, 2014). Entre los autores más reconocidos en esta materia se encuentran Burns (1978), Zaleznik (1977), Greenleaf (1991), Heifetz (1994) y Sonnenfeld (2013).

De todos los mencionados, el trabajo de Burns (1978) respecto del liderazgo transformacional (diferente al transaccional) parece ser el que más ha influenciado la literatura revisada, por cuanto la posición mayoritaria es que el liderazgo ético responde de manera más precisa que cualquier otro a ese tipo de liderazgo (Brito, 2016; Mayer *et al.*,

2009; Toor & Ofori, 2009; Vásquez & Vásquez, 2006; Aronson, 2001). Por ejemplo, Mayer, Kuenzi, Greenbaum, Bardes & Salvador (2009) llevaron a cabo una investigación sobre la manera como fluye el liderazgo ético en las organizaciones, desde los gerentes de más alta jerarquía hacia los trabajadores rasos. En esa investigación se concluyó, que el líder ético tiene un rol como modelo de comportamiento, de manera que con su ejemplo transmite a sus seguidores la idea de la expectativa de comportamiento ético que se tiene de ellos, lo cual tiene un efecto transformacional en sus vidas (Mayer *et al.*, 2009).

La posición dominante en la literatura es que la esencia del liderazgo ético consiste en producir transformaciones. Y no solo transformaciones en la vida de los seguidores mediante el ejemplo, sino también transformaciones en la cultura organizacional de las empresas (Toor & Ofori, 2009). El verdadero liderazgo ético no es transaccional, puesto que no se trata de como negociar (transar) con los subalternos para que obren de manera ética, sino en cómo se puede transformarlos para que ellos introyecten los valores y los apliquen en todas sus decisiones y comportamientos (Toor & Ofori, 2009).

De otra parte, la revisión de la literatura seleccionada permite apreciar, que la teoría del liderazgo ha evolucionado desde lo que podría llamarse el enfoque antropocéntrico, hacía un enfoque institucionalista. En efecto, las teorías clásicas veían el liderazgo como un rasgo de la personalidad de un sujeto, y se estudiaban las diferentes clases de líderes. En aquella época, la teoría de los rasgos de la personalidad (temperamento y carácter, por ejemplo) eran esenciales para entender el liderazgo, puesto que se pensaba que el liderazgo era un atributo de algunos hombres (*big man theory*), y no de todos. Podría decirse que el liderazgo era percibido como una cualidad innata de ciertos prohombres que estaban predestinados a ello, lo cual llevó al surgimiento de teorías sobre las tipologías de liderazgo, entre las que se encontraban, por ejemplo, los líderes carismáticos (Contreras, Barbosa & Piñeros, 2016). Estas son las teorías a las que denominamos "teorías antropocéntricas del liderazgo".

De otro lado, las empresas han entendido que el liderazgo es una necesidad estructural; que el liderazgo determina la subsistencia del negocio; y que dada su importancia no puede depender de un sujeto o de la personalidad de un directivo. El liderazgo debe ser un

proceso permanente, sistemático e institucionalizado (Ruiz, 2014). Por eso, las empresas necesitan contar con metodologías, técnicas y procedimientos que les permitan promover, desarrollar, mantener y multiplicar el liderazgo en la organización, con independencia de la personalidad de los sujetos que en un momento determinado ejercen la dirección o la gerencia del negocio. Es decir, que la existencia de líderes en la empresa no dependa de la suerte de contar en determinado momento con cierto tipo de sujetos, sino de la certeza del resultado de procesos institucionalizados, sistemáticos y permanentes en la organización (Contreras, Barbosa & Piñeros, 2016). A este enfoque, que percibe el liderazgo como un proceso transversal a todas las áreas de la organización, es al que corresponden las que denominamos "teorías institucionalistas del liderazgo".

5.1. ¿Qué es el liderazgo ético? Teorías antropocéntricas e institucionalistas

La revisión de la literatura seleccionada en el tema de liderazgo ético nos ha permitido apreciar, que un sector mayoritario de autores continúa aferrado al enfoque más antropocéntrico del liderazgo. Brown y Treviño (2005), por ejemplo, definen el liderazgo ético como la demostración, a través del ejemplo, del modelo de comportamiento normativamente apropiado que se espera de los seguidores. De acuerdo con estos autores, el líder ético se comporta de manera ejemplar, porque en su personalidad se encuentran ciertos rasgos que son sobresalientes, que lo definen como líder y que inspiran o motivan a otros sujetos a imitarlo: integridad, altruismo, empatía, responsabilidad, disciplina, entre otros. El líder ético actúa correctamente de manera natural y consistente, porque su conduta es consecuencia de su personalidad, y gracias a ello gana la reputación de persona íntegra que lo legitima a ejercer un liderazgo ético y que lo capacita para motivar o inspirar a otros individuos (Brown & Treviño, 2005).

Conceptos similares de liderazgo ético se encuentran en otros muchos autores. Todos ellos quienes coinciden en ver el liderazgo ético como un rasgo de la personalidad de un individuo (Simonetta, 2017; Mayer *et al.*, 2012; Resick *et al.*, 2006; Piccolo *et al.*, 2010; Mayer

et al., 2009; Aronson, 2001). Un ejemplo muy claro de esta tendencia es el trabajo de Kalshoven, Den Hartog & De Hoogh (2011a), quienes a través de dos estudios múltiples investigaron la relación entre los rasgos de la personalidad y el comportamiento ético del líder. Ellos aplicaron la Escala de Liderazgo Ético (ELS), que también ha sido usada por Brown & Treviño (2006), para medir la personalidad del líder ético utilizando un marco de personalidad de cinco factores. Como resultado de este estudio, rasgos de la personalidad como equidad, disposición para compartir el poder, capacidad de clarificación de roles, amabilidad, conciencia y estabilidad emocional, mostraron tener una alta importancia en la configuración del liderazgo ético. Otros rasgos como la extroversión o la apertura a la experiencia, en cambio, no resultaron ser predominantes en los líderes éticos.

También hay autores que llevan la visión antropocéntrica del liderazgo ético a su máxima expresión, llegando incluso a afirmar que es el gerente el llamado a ejercerlo (Ochoa, 2012). Sin hacer referencia a la postura mayoritariamente aceptada entorno a la distinción que de hecho existe entre el *management* y el liderazgo (Contreras, Barbosa & Piñeros, 2016; Aronson, 2001), Ochoa (2012) propone que todo gerente debe ser al mismo tiempo un líder ético, en orden a lograr las transformaciones importantes que las empresas necesitan para responder a las demandas de responsabilidad social que enfrentan hoy.

Una posición semejante es sostenida por Brown, Treviño & Hartman (2000), quienes concluyen que el liderazgo ético (entendido como la capacidad de influenciar éticamente a los seguidores) depende por completo de la reputación ética de la persona, y que dicha reputación descansa en dos pilares de percepción: que el sujeto sea percibido por sus seguidores como una persona moral; y que al mismo tiempo sea también percibido por los seguidores como un gerente moral. Por consiguiente, no basta ser percibido como una persona moral, para alcanzar el liderazgo ético. Se requiere además que la persona sea percibida como un gerente, y no como uno cualquiera, sino como uno bueno y ético.

Asimismo, entre los artículos revisados llamó especialmente la atención el trabajo de Villoria (2011), por su dirección hacia el servicio público. Para este autor, la administración pública necesita con

urgencia líderes éticos, que encausen el funcionamiento del Estado por caminos más ajustados a los valores inherentes al servicio público. Su visión de este liderazgo reside en la persona del directivo profesional. Esto es, en el sujeto a quien se encarga la dirección de los asuntos del Estado. Por consiguiente, su concepción de liderazgo no solo es antropocéntrica, sino que también se limita a cierto tipo de servidores públicos (los de nivel directivo), con lo que se aparta de otras posturas más modernas que abogan por la promoción de los liderazgos en todos los niveles de la organización (Piccolo *et al.*, 2010).

Otros autores, sin abandonar el enfoque antropocéntrico, van un poco más allá en el reconocimiento de la dimensión organizacional del liderazgo. Es el caso de Correa, Rodríguez y Pantoja (2018), quienes ven el liderazgo ético como una característica de la personalidad de un individuo, pero subrayan que hay factores ambientales, situacionales, organizacionales y culturales que son determinantes en él. De hecho, es interesante la atención que estos autores prestan, ya no a la influencia del líder ético en sus seguidores, sino a la influencia de los seguidores en el líder y de la organización en el líder.

Aún más, la conclusión de la revisión de literatura sobre liderazgo llevada a cabo por Correa, Rodríguez y Pantoja (actualizada a 2017) consiste en que la mayoría de los trabajos publicados sobre la materia se centran en indagar por la relación que existe entre el líder y sus seguidores (enfoque grupal), o entre el líder y la organización (enfoque organizacional). En cambio, la preocupación por indagar las características de la personalidad que definen el líder ético parece ser menor, al igual que el interés por investigar el efecto de la globalización en el liderazgo ético (Correa, Rodríguez & Pantoja, 2018).

Nótese sin embargo que, incluso como producto de una extensa revisión de literatura, Correa, Rodríguez y Pantoja (2018) siguen enmarcados en la visión antropocéntrica del liderazgo ético. Es decir, siguen apreciando este tipo de liderazgo como algo inherente al hombre y no como algo inherente a la organización. Prueba de ello es su recomendación de profundizar en los aspectos "personales del liderazgo ético", porque es en ellos donde se puede entender mejor la motivación y características del comportamiento de los líderes éticos (Correa, Rodríguez & Pantoja, 2018).

Por oposición a ellos, otro sector de la doctrina ha avanzado hacia nociones más institucionalizadas del liderazgo ético. Ruiz (2014), por ejemplo, toma como punto de partida los trabajos previamente publicados por la *European Business Ethic Network*, y a partir de ellos define el liderazgo ético como un conjunto de buenas prácticas de gestión empresarial que añade valor a la organización y, en especial, al capital humano. En ese sentido, el liderazgo ético es percibido como un activo de la organización (Ruiz, 2014).

Los trabajos dirigidos a determinar qué herramientas o procedimientos podrían implementar las organizaciones para promover, mantener y fortalecer el surgimiento del liderazgo ético, de forma sistemática, permanente e institucional, son pocos. A esta misma conclusión llegaron Correa, Rodríguez & Pantoja (2018), quienes no encontraron trabajos en los que se analice cómo puede crearse, preservarse o modificarse los elementos éticos de la cultura organizacional.

5.2. ¿Cuál es método de investigación predominante en el liderazgo ético?

La literatura revisada muestra que hace quince años había muy pocas investigaciones empíricas sobre el liderazgo ético (Brown, Treviño & Harrison, 2005). La mayoría de las publicaciones sobre la materia eran aproximaciones teóricas, que definían y exploraban el liderazgo ético a partir de la revisión y análisis de literatura precedente sobre ética, sobre liderazgo o sobre ética en el liderazgo. Actualmente hay una gran cantidad de investigaciones empíricas, pero casi la totalidad de ellas están determinadas por el enfoque antropocéntrico del liderazgo ético.

En efecto, el enfoque escogido para encarar el liderazgo ético es decisivo en la elección del método de investigación. En consecuencia, debido a que casi todos los artículos revisados parten de una visión antropocéntrica del liderazgo ético, la preferencia por los métodos propios de la psicología es evidente. Es así como estas investigaciones muestran una clara preferencia por el método de encuestas y/o entrevistas estructuradas. Estas investigaciones apuntan a definir el liderazgo ético, consultando a una muestra de individuos (técnica-

mente seleccionada) sobre su percepción acerca de las características personales del líder ético. El objetivo es identificar las habilidades y competencias que debe tener la persona, para que sea percibida como un líder ético.

Una investigación con esta clase de metodología fue adelantada por Brown, Treviño y Harrison (2005), para determinar la definición del concepto de líder ético y su efectividad en la organización. Otros ejemplos son los dos estudios sobre liderazgo ético llevados a cabo por Mayer, Aquino, Greenbaum y Kuenzi (2012), quienes partiendo de las teorías de identidad moral y aprendizaje social llevaron a cabo gran cantidad de encuestas y entrevistas estructuradas para probar y medir la relación entre la fortaleza de la autocomprensión de la persona como un individuo moral y sus habilidades de liderazgo ético (Mayer *et al.*, 2012).

Especialmente interesante es el estudio realizado por Resick, Hanges, Dickson y Mitchelson (2006), quienes llevaron a cabo un análisis de la información recogida mediante la encuesta de Liderazgo Global y Efectividad Organizacional (GLOBE por sus siglas en inglés), para verificar si las cuatro características de la personalidad que la literatura le atribuye al líder ético (carácter/integridad, altruismo, capacidad de motivación colectiva y compromiso) realmente son válidas y aplicables en todas las culturas, o si solo son válidas en la cultura occidental (Resick *et al.*, 2006). El resultado de esa investigación es que, en las culturas comparadas, esas cuatro cualidades son consideradas como propias de la personalidad del líder ético. Sin embargo, se encontró una diferencia de grado, en cuanto a la intensidad que de cada una de esas cualidades se requiere en cada cultura comparada (Resick *et al.*, 2006).

También se encontró en esta línea metodológica de encuestas y entrevistas, la investigación llevada a cabo por Piccolo, Greenbaum, Den Hartog & Folger (2010), para evaluar la existencia de algún tipo de relación entre el liderazgo ético y el objeto esencial del trabajo de los seguidores. Ese estudio concluyó, que el liderazgo ético influye decisivamente en el desempeño de los trabajadores. Estos autores sostienen, con base en la evidencia recogida a través de encuestas con trabajadores de diversas áreas y niveles de una pluralidad de empresas, que la significancia del trabajo y el nivel de esfuerzo requeri-

do, media la relación ente el líder ético y sus seguidores. El análisis de la información indica que el líder ético logra mejorar el desempeño de sus seguidores, en la medida que logre persuadirlos de que su trabajo es significativo para la organización y/o la sociedad, independientemente de la cantidad de esfuerzo que ellos deban invertir en la ejecución de sus tareas. De tal suerte que los trabajadores estarían dispuestos a hacer mayores esfuerzos, si sienten que si trabajo es significativo (Piccolo *et al.*, 2010).

Otros autores han diseñado herramientas de medición del liderazgo ético, como lo es laELS (Brown & Treviño, 2006). Esta escala está acompañada de una herramienta tipo *test* de personalidad, con la cual se busca no solo identificar las personas que tienen cualidades como líder ético, sino medir qué tanto liderazgo ético hay en ellos (Brown, Treviño & Harrison, 2005), o incluso que tan transformacional es el estilo de liderazgo de la persona (Toor & Ofori, 2009).

De manera similar, Kalshoven, Den Hartog & De Hoogh (2011b) lideraron una investigación para validar la efectividad de un instrumento llamado Cuestionario de Liderazgo Ético Multidimensional en el Trabajo[1]. Basados en la teoría clásica del liderazgo ético, estos autores investigaron siete comportamientos típicos de los líderes éticos: equidad, integridad, orientación ética, orientación a las personas, poder compartido, clarificación de roles y preocupación por la sostenibilidad. Para ello tomaron dos muestras de empleados y mediante la aplicación del cuestionario investigaron la relación entre el liderazgo ético y otros tipos de liderazgo. El resultado mostró una estrecha relación entre el liderazgo ético y otros tipos de liderazgo, principalmente los de tipo transformacional, lo que validó la hipótesis de la multidimensionalidad del liderazgo ético.

También debe mencionarse el trabajo de Kalshoven & Boon (2012). Ellos investigaron la relación existente entre el liderazgo ético, la gestión de los recursos humanos (capacitación, seguridad laboral, sistemas de evaluación del desempeño, políticas de incentivos etc.), el bienestar de los trabajadores y la productividad de los

---

1 Este trabajo corresponde a la disertación doctoral no publicada de Kalshoven (2010).

trabajadores. El método utilizado fue el de encuestas dirigidas a 493 empleados y 247 gerentes, de varios países de la Unión Europea (Holanda, Bélgica, Alemania, Austria y Grecia), de las cuales recibieron respuesta del 51% de los empleados y el 47% de los gerentes. El cruce de la información recibida mediante las encuestas les permitió concluir que tanto la gestión de recursos humanos como el liderazgo ético contribuyen al bienestar y la productividad de los trabajadores, pero no al mismo tiempo. Cuando hay bajos niveles de gestión del recurso humano, el liderazgo ético adquiere importancia para mantener el bienestar y la productividad de los trabajadores, o viceversa.

En una línea similar, Kalshoven, van Dijk & Boon (2016) llevaron a cabo una investigación consistente en la aplicación de un cuestionario a 225 empleados, de los cuales obtuvieron la respuesta a 156. El cuestionario tenía como propósito preguntar a los empleados por la relación entre el liderazgo ético y el comportamiento antiético pro-organización (UPB, por sus siglas en inglés). Utilizando una ruta multinivel en MPlus, los investigadores demostraron la existencia de una relación entre el UPB y la autonomía de los trabajadores: cuanto mayor autonomía tiene un empleado, menor es su inclinación al UPB; por el contrario, cuanto menor autonomía tiene, mayor es su tendencia al UPB. Al parecer, la conclusión es que los trabajadores con mayor autonomía se ven en la necesidad de justificar sus decisiones y sus acciones, no sólo ante sus superiores, sino ante ellos mismos y la sociedad, lo que refuerza la motivación al comportamiento ético, independientemente del efecto que ello tenga para la organización. En cambio, los trabajadores con menor autonomía sienten menor necesidad de justificar sus decisiones o acciones, lo que los hace proclives a comportarse de manera antiética en beneficio de la organización.

En la literatura también es posible encontrar aproximaciones metodológicas que intentan medir el liderazgo ético, aplicando herramientas diseñadas para identificar y/o medir el liderazgo transformacional o el liderazgo carismático, por considerar que existe una estrecha relación entre estos y aquel. Por ejemplo, se mencionan la Escala de liderazgo carismático de Conguer & Kanungo (1998); el Cuestionario de medición de liderazgo transaccional y transforma-

cional de Bass (1985); o la Escala de percepción de integridad del líder de Craig & Gustafson (1998) (Aronson, 2001).

En cuanto al enfoque institucionalista, este, por su naturaleza, privilegia otro tipo de metodologías de investigación. Entre ellas se encuentra los estudios de caso, dirigidos a conocer modelos exitosos de liderazgo ético implementados en algunas empresas. Un ejemplo de ello es el trabajo de Brito (2016), quien llevó a cabo visitas a varias empresas para indagar por los motivos que tenían para invertir en mecanismos de fortalecimiento de la ética empresarial, y cómo lo hacían.

No obstante, también es posible hacer investigación con enfoque institucionalista, aplicando el mismo método de encuestas utilizado por las investigaciones de enfoque antropocéntrico. Un ejemplo de ello es el estudio realizado por Mayer, Kuenzi, Greenbaum, Bardes & Salvador (2009), sobre la manera cómo fluye el liderazgo ético en las organizaciones. En este estudio se encuestó a 904 empleados y 195 gerentes, en 195 departamentos de diferentes empresas (Mayer *et al.*, 2009). El resultado del estudio fue que el liderazgo ético fluye de un nivel a otro en la organización. De modo que los gerentes de mayor rango jerárquico no logran ejercer liderazgo ético directo sobre los trabajadores, si no pasan primero por los jefes o supervisores de estos. El liderazgo ético fluye entonces en "cascada", de un nivel a otro. Si los jefes o supervisores no tienen liderazgo ético, los trabajadores no podrán ser influenciados éticamente, aun cuando los gerentes de más alto rango tengan liderazgo ético.

En definitiva, la revisión de literatura realizada indica que el enfoque antropocéntrico del liderazgo ético es predominante, por lo cual la psicología es la ciencia desde la cual ser investiga con mayor frecuencia. Esta circunstancia explica porque razón la mayoría de las investigaciones recurren a la aplicación de herramientas tipo encuesta, entrevista o test, diseñadas en su mayoría para medir rasgos de la personalidad, o para obtener información cualitativa sobre las relaciones entre el líder ético (individuo) y su entorno grupal u organizacional. No obstante, pueden encontrarse algunas pocas investigaciones muy interesantes que, partiendo de conceptos de liderazgo ético de corte antropocéntrico, se ocupan principalmente del tipo de estructura organizacional o funcional que promueve el liderazgo

ético en las empresas. Se trata de investigaciones que, aun viendo el liderazgo ético como un rasgo de la personalidad de un sujeto, están principalmente preocupadas por la dimensión organizacional de ese tipo de liderazgo.

5.3. ¿Qué tan determinante es el entorno en el desarrollo del liderazgo ético?

Otras revisiones de literatura precedentes sobre esta misma materia han concluido, que la mayoría de los trabajos publicados sobre liderazgo ético se centran en la relación que existe entre el líder y sus seguidores (enfoque grupal), o entre el líder y la organización (enfoque organizacional) (Correa, Rodríguez & Pantoja, 2018).

El resultado de esta revisión de literatura es similar, en tanto pudo observarse que en la mayoría de los artículos revisados se encontró interés en conocer la incidencia del entorno en la aparición de líderes éticos. Los resultados de los artículos analizados indican que, para la mayoría de los autores, el entorno organizacional juega un papel trascendental en la formación del liderazgo ético. La conclusión al respecto es que el clima ético que se vive en el entorno tiende a favorecer el surgimiento de este tipo de liderazgos en la empresa (Villoria, 2011; Brown & Treviño, 2005). Por consiguiente, cuanto más preocupado está el entorno por la dimensión o contenido ético del comportamiento de las empresas o sus directivos, mayor cantidad de líderes éticos surgen en las organizaciones (Brown & Treviño, 2005).

Particularmente interesante resultó el trabajo de Simonetta (2017), quien indagó por la incidencia de los diferentes estilos de liderazgo en los resultados económicos de las empresas. Su conclusión, arraigada en un enfoque antropocéntrico, consiste en que los estilos de liderazgo no ético pueden producir mejores resultados económicos en el corto plazo, pero crean riesgos reputacionales y legales que, a mediano y largo plazo, puede tener consecuencias devastadoras para las empresas (Simonetta, 2017).

También resulto interesante el estudio intercultural llevada a cabo por Resick, Hanges, Dickson & Mitchelson (2006), sobre la valides las cuatro cualidades del líder ético —carácter/integridad, altruismo,

capacidad de motivación colectiva y compromiso— en otras culturas distintas de la occidental (Resick *et al.*, 2006). Como ya se mencionó, esa investigación concluyó que esas cuatro cualidades son consideradas como propias de la personalidad del líder ético en todas las culturas comparadas, pero se encontró una diferencia de grado en cuanto a la intensidad que de cada una de esas cualidades se requiere en cada cultura comparada (Resick *et al.*, 2006).

En relación con lo anterior, la literatura revisada es consistente en lo que hace al reconocimiento de la importancia que tienen las consecuencias sociales de los comportamientos inmorales, en el reforzamiento del liderazgo ético. Las organizaciones en cuyo entorno existen niveles altos de reproche social al comportamiento inmoral, el surgimiento de liderazgos éticos es más favorable. Por supuesto, cuanto el reproche no es solo social, sino también institucional (por ejemplo, con sanciones judiciales), el reforzamiento del entorno sobre las condiciones de surgimiento del liderazgo ético es mayor (Brown & Treviño, 2005).

De toda la literatura revisada respecto de la relación entre el entorno y el liderazgo ético la que más llamó la atención fue la investigación liderada por Kalshoven, Den Hartog & De Hoogh (2013a). Esta investigación se diferenció de las anteriores, por no estar centrada en la relación entorno-individuo, sino en la relación entre el entorno y el liderazgo ético como elemento de la organización. Kalshoven, Den Hartog & De Hoogh (2013a) se enfocaron en investigar la relación existente entre el liderazgo ético y la ayuda o la cortesía de los seguidores. Su investigación demostró que hay una relación entre el liderazgo ético y la predisposición de los seguidores para actuar con cortesía y colaboración, pero que esa relación no es directa, sino que difiere según el nivel de preocupación empática y la conciencia moral en el grupo de trabajo. Es decir, la preocupación empática y la conciencia moral actúan como moderadores, entre el liderazgo ético y la cortesía y ayuda de los seguidores. De tal suerte que la cortesía y la disposición de ayuda de los seguidores no es una respuesta directa al liderazgo ético, sino que ellas dependen de otros dos factores: la preocupación empática y la conciencia moral del grupo.

Como puede apreciarse, la mayoría de las investigaciones aún se enfocan en la relación que puede existir entre el entorno y el líder

ético como individuo. Es decir, en cómo las condiciones o características del entorno contribuye a que surja una mayor cantidad de individuos con rasgos de personalidad ajustados al modelo de líder ético. Aun son pocas las investigaciones que se interesan por estudiar la incidencia del entorno en el desarrollo de las capacidades institucionales de liderazgo ético en las organizaciones, entendiendo el liderazgo ético como un activo de la organización y no como un rasgo de la personalidad de un sujeto. De tal suerte, que el enfoque antropocéntrico sigue siendo predominante en la investigación de la relación ente el entorno y el liderazgo ético, a pesar de reconocer que aquel juega un papel importante en éste.

5.4. ¿Se puede desarrollar el liderazgo ético?

El enfoque antropocéntrico también se ha ocupado de investigar si el liderazgo ético puede ser desarrollado. Este enfoque parte del supuesto de que el liderazgo ético es un rasgo de la personalidad de ciertos individuos. Por ello es lógico que, desde este mismo enfoque, se haya preguntado si dichos rasgos de personalidad pueden ser desarrollados en otros individuos.

La respuesta a esa pregunta apunta a que sí es posible desarrollar el liderazgo ético. La visión antropocéntrica del liderazgo ético reconoce que, como rasgo de la personalidad que es, este tipo de liderazgo está asociado a una serie de habilidades y competencias comportamentales. Dichas habilidades y competencias pueden cultivarse y desarrollarse en los individuos, a condición de que tengan la voluntad real y la disciplina necesaria para adquirirlas (Mayer *et al.*, 2012).

Kliksberg (2003), por ejemplo, se ocupa de explicar la importancia de la formación ética en las escuelas de negocios. Su tesis es que la universidad tiene un rol esencial en la formación ética de los administradores, por lo que su papel en el desarrollo de las habilidades y competencias necesarias para adquirir el liderazgo ético es trascendental.

Los autores que adoptan una postura más institucionalizada del liderazgo ético parten del presupuesto de que éste siempre se debe de-

sarrollar en la organización, pues no emerge de manera espontánea (Ruiz, 2014). Es posible que una empresa tenga suerte, y logre reclutar un directivo o administrador con habilidades y competencias de liderazgo ético. Pero la organización, como entidad distinta de sus miembros, no adquirirá liderazgo ético hasta que tenga la capacidad de desarrollarlo de manera permanente y sistemática, haciendo uso de sus propios medios (Ruiz, 2014).

Por esta razón, el desarrollo del liderazgo ético desde el enfoque institucionalista no se enfoca, únicamente, en trabajar las habilidades y competencias comportamentales de los miembros de la organización. Dicho en otras palabras, no se trata solamente de trabajar la personalidad de los individuos. Este enfoque apunta al diseño e implementación de herramientas que contribuyan a promover, mantener y fortalecer el surgimiento de liderazgos éticos en la empresa. La literatura revisada habla, por ejemplo, de la implantación de códigos de conducta (Ruiz, 2014), de comités de ética, o de programas de sensibilización, entrenamiento y capacitación en la materia, etc.

Un buen ejemplo de este enfoque son las investigaciones llevadas a cabo por Kalshoven, Den Hartog & De Hoogh (2013b), y luego tres años más tarde confirmadas en la investigación realizada por Kalshoven, van Dijk & Boon (2016). Estas investigaciones concluyeron, a través de dos metodologías distintas, que los trabajadores con mayor autonomía se ven en la necesidad de justificar sus decisiones y sus acciones, no sólo ante sus superiores, sino ante ellos mismos y la sociedad, lo que refuerza la motivación al comportamiento ético, independientemente del efecto que ello tenga para la organización. En cambio, los trabajadores con menor autonomía sienten menor necesidad de justificar sus decisiones o acciones, lo que los hace proclives a comportarse de manera antiética en beneficio de la organización.

Otro estudio con enfoque similar, pero con objeto y alcance completamente diferente, fue el realizado por Kalshoven & Boon (2012). Ellos investigaron la relación existente entre el liderazgo ético, la gestión de los recursos humanos (capacitación, seguridad laboral, sistemas de evaluación del desempeño, políticas de incentivos etc.), el bienestar de los trabajadores y la productividad de los trabajadores. La conclusión de este trabajo fue que tanto la gestión de recursos humanos como el liderazgo ético contribuyen al bienestar de los tra-

bajadores, y este, a su vez, a mejorar la productividad de los trabajadores. Sin embargo, no al mismo tiempo. El estudio empírico llevado a cabo mostró que cuando hay bajos niveles de gestión del recurso humano, el liderazgo ético adquiere importancia para mantener el bienestar y la productividad de los trabajadores. A contrario sensu, la falta de liderazgo ético demanda mayor nivel de gestión del recurso humano, para mantener el bienestar y la productividad de los trabajadores.

Ambos estudios (Kalshoven, Den Hartog & De Hoogh, 2013b; Kalshoven & Boon, 2012) ofrecen una perspectiva interesante, y más institucionalista, sobre el desarrollo del liderazgo ético. Las conclusiones de estas investigaciones tienen importantes implicaciones prácticas para el desarrollo de la teoría del liderazgo ético desde el enfoque institucionalista, pues apuntan a entender qué tipo de estructura o arquitectura organizacional y/o funcional contribuye al desarrollo del liderazgo ético, más allá de la personalidad de los directivos o administradores.

Por supuesto, este enfoque no está libre de críticas. Por ejemplo, un sector de la literatura revisada se ha concentrado en estudiar, la conveniencia de los códigos de ética y de las estructuras corporativas creadas para el fortalecimiento de la ética empresarial, en el entorno globalizado actual (Álvarez, Calderón & Rodríguez, 2011). La premisa de discusión es la diversidad étnica y cultural que hace más compleja la relación entre las personas, especialmente en las empresas multinacionales. E incluso, las diferencias culturales entre empresas de un mismo sector que opera en jurisdicciones diferentes.

La pregunta que ha ocupado esas investigaciones es la siguiente: ¿es posible y conveniente la expedición de normas y/o estándares internacionales en materia de ética empresarial, teniendo en cuenta que la diversidad étnica y cultural es una característica altamente desafiante para la economía global? La respuesta no es sencilla. Sin embargo, la conclusión más aceptada parece consistir en que, al menos por ahora, no estamos preparados para avanzar en la dirección de normas o estándares internacionalmente aplicables o exigibles. Y de hacerlo, podría crearse el riesgo de introducir barreras o condiciones artificiales al mercado global que lo harían inequitativo, debido a la heterogeneidad y las asimetrías existentes entre los diferentes paí-

ses, derivadas de sus distintas tradiciones legales y de otros factores socio-económicos (Álvarez, Calderón & Rodríguez, 2011).

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

6.1. Conclusiones

Como conclusiones de este trabajo pueden extraerse las siguientes:

1. No es sencillo afirmar cuándo surgen realmente los programas o planes de cumplimiento empresarial. Sin embargo, la mayoría de los autores que se han ocupado de este tema suelen mencionar la Ley contra las prácticas corruptas en el extranjero (*Foreign Corrupt Practices Act*), sancionada en 1977 por el Congreso de los Estados Unidos bajo la administración de Jimmy Carter, como un hito en el nacimiento del cumplimiento corporativo como lo conocemos hoy.

2. Los programas de cumplimiento que nacieron como consecuencia de la FCPA fueron diseñados e implementados como herramientas de control corporativo. Para tal efecto, los oficiales de cumplimiento enviaban requerimientos de información, solicitaban soportes o pruebas de los ajustes realizados y se apoyaban fuertemente en las áreas de auditoría interna, para cerciorarse de que realmente se estaba cumpliendo la normatividad local. Además, los oficiales de cumplimiento revisaban los códigos, manuales y protocolos de funcionamiento de las empresas subordinadas, para asegurarse que cumplieran con la regulación local.

3. Durante la década de los 90's la atención de las áreas de cumplimiento de las instituciones financieras estuvieron más preocupadas por la prevención del lavado de activos, que por el control de la corrupción corporativa. Esto llevó, a que las áreas de cumplimiento de las instituciones financieras desarrollaran otro tipo de capacidades institucionales que no tenían hasta entonces. El conocimiento del cliente (*know your*

customer) y el monitoreo transaccional para detectar operaciones sospechosas (*suspicious activity reports*) produjeron una transformación muy importante en el centro de atención y en la forma de funcionar de las áreas de cumplimiento de las instituciones financieras.

4. El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (*Basel Committee on Banking Supervision*) jugó un papel muy importante en la segunda mitad de la década de los 90's, ya que marcó la pauta de la evolución de esos programas de cumplimiento antilavado en todo el mundo.

5. En diciembre 1988, y como consecuencia del acuerdo alcanzado en Basilea entre los miembros del BCBS, se estableció que los bancos debían implementar medidas de control apropiadas para prevenir el lavado de activos. La forma en que se ejerció la regulación y supervisión por parte de las autoridades bancarias nacionales en los términos de los acuerdos de Basilea I se conoce como: enfoque de auditoría. Consistía fundamentalmente en aplicar a los bancos auditorías a una muestra aleatoria y representativa de sus operaciones, para verificar que las políticas, reglamentos y procedimientos adoptados por la entidad en materia de conocimiento del cliente y de prevención del lavado de activos se estuvieran comprimiendo.

6. En junio de 2004, los miembros del BCBS alcanzaron un nuevo acuerdo sobre el estándar internacional que deberían aplicar los reguladores y supervisores bancarios nacionales, para prevenir el lavado de activos. El acuerdo alcanzado quedó recogido en un documento que contiene la explicación de la propuesta de adopción de la administración con enfoque basado en el riesgo en la actividad financiera, incluyendo en materia de prevención del lavado de activos.

7. Teniendo como telón de fondo y prolegómeno la crisis financiera mundial de 2008, el BCBS llevó a cabo una reunión general el 16 de diciembre de 2010. Uno de los puntos más importantes de la revisión de los principios fue la introducción de un modelo ajustado y reforzado de la gestión del riesgo.

En esencia, la versión revisada de los Principios básicos para una supervisión bancaria eficaz establece desde su introducción, que la gestión del riesgo en la actividad bancaria debe considerar la necesidad de alternar las visiones de macro y micro prudencia.

8. La preocupación por la corrupción corporativa que se experimenta internacionalmente, y muy especialmente en américa latina, ha traído consigo nuevamente la preocupación por prevenir las prácticas empresariales corruptas. En ese entorno, el papel de las áreas de cumplimiento viene experimentando un giro importante hacia el liderazgo ético.

9. La doctrina tradicional parte de un concepto de liderazgo ético, definido como un conjunto de características o rasgos de la personalidad de un individuo. En ese sentido, su concepto de liderazgo ético es antropocéntrico.

10. La literatura más contemporánea entienden el liderazgo como un proceso al interior de las empresas, y no como un rasgo de la personalidad de un sujeto. Es decir, que la tendencia en la teoría general de liderazgo es marchar hacia un enfoque más institucionalista.

11. Precisamente por este carácter antropocéntrico, la disciplina dominante en la investigación tradicional del liderazgo ético es la psicología. Ello se hace evidente en la metodología más utilizadas en la literatura revisada y en el hecho de que la mayoría de las investigaciones recurren a la aplicación de herramientas tipo encuesta, entrevista o test, diseñadas en su mayoría para medir rasgos de la personalidad, o para obtener información cualitativa sobre las relaciones entre el líder ético (individuo) y su entorno grupal u organizacional.

12. Toda la literatura revisada reconoce que el liderazgo ético puede desarrollarse. La mayoría parte de una noción psicológica, y su apuesta está en la pedagogía: capacitación, entrenamiento, sensibilización, motivación etc. No obstante, también hay trabajos que desde un enfoque antropocéntrico han investigado qué tipo organizaciones son más eficaces en la promoción del liderazgo ético en las empresas.

13. Toda la literatura revisada reconoce la importancia del entorno en el liderazgo ético. La mayoría de ella se ha ocupado de investigar la relación entre el entorno y el líder ético como individuo, así como en la relación entre el líder ético y su entorno grupal u organizacional. No obstante, también pueden encontrarse algunas investigaciones muy interesantes que, partiendo de conceptos de liderazgo ético de corte antropocéntrico, se ocupan principalmente del tipo de estructura organizacional o funcional que promueve el liderazgo ético en las empresas. Se trata de investigaciones que, aun viendo el liderazgo ético como un rasgo de la personalidad de un sujeto, están principalmente preocupadas por la dimensión organizacional de ese tipo de liderazgo.

14. La literatura revisada muestra que la doctrina mayoritaria reconoce que el liderazgo ético es por naturaleza transformacional. No solo en el sentido de transformar a los miembros de una organización, sino a la organización misma. De hecho, se ha investigado cómo incide el liderazgo ético en las organizaciones y viceversa. De igual manera, se ha investigado la relación entre el liderazgo ético y el entorno organizacional. Sin embargo, esas investigaciones siguen aferradas a la noción antropocéntrica del liderazgo ético, y no evoluciona hacia un enfoque más institucionalista.

15. Como consecuencia de lo anterior, el enfoque institucionalista del liderazgo ético es un terreno de investigación muy prometedor para los especialistas en materia de cumplimiento (*compliance*) y la prevención de la corrupción corporativa. Allí se encuentra un horizonte muy amplio e interesante de investigación en esta materia. Si bien, por ahora, hay importantes desafíos para avanzar en la dirección de la implementación universal de normas o estándares internacionalmente aplicables o exigibles, debido a la heterogeneidad y las asimetrías existentes entre los diferentes países, derivadas de sus distintas tradiciones legales y de otros factores socioeconómicos.

6.2. Recomendaciones para América Latina

América Latina recién está entrando en la ola de los programas de cumplimiento antisoborno y anticorrupción. Aun son pocos los países de la región que han adoptado una legislación que obligue a las empresas a implementar este tipo de programas. Y aquellos países que lo han hecho avanzan lentamente exigiendo a las empresas la implementación de programas de cumplimiento con enfoque de control normativo y gestión del riesgo. La adopción de programas de cumplimiento con enfoque del liderazgo ético aun no es exigida a las empresas.

América Latina debería considerar la posibilidad de que todos los países de la región ajusten su legislación interna, para complementar su política de represión de la corrupción con un régimen de prevención. Esté régimen de prevención debería basarse en la exigencia universal a las empresas de cierto tamaño hacia arriba, de implementar programas cumplimiento antisoborno y anticorrupción que incluyan mecanismos para el control individual y situacional del comportamiento desviado, así como vías de cambio para la implementación de procesos diseñados para promover y fomentar el comportamiento ético de todos los miembros de las organizaciones.

6.3. Recomendaciones para Colombia

Colombia es uno de los países que ha adoptado legislación en materia de programas de cumplimiento antisoborno y anticorrupción. La Superintendencia de Sociedades hoy exige a algunas de sus vigiladas (no a todas), el diseño, desarrollo e implementación de programas de transparencia y ética empresarial (PTEE). La regulación emitida por la superintendencia exige que estos programas sean diseñados con enfoque de riesgo, lo cual es un avance importante comparado con otros países de la región. Sin embargo, el enfoque de riesgo se queda corto para transformar la cultura de las organizaciones, en punto a promover el comportamiento ético y controlar el desviado. La Superintendencia de Sociedades y otros reguladores en el país deberían promover la adopción universal, entre las empresas de cierto tamaño hacia arriba, de programas cumplimiento

antisoborno y anticorrupción que no se limiten a mecanismos para el control individual y situacional del comportamiento desviado, sino que incluyan la implementación de procesos institucionales y permanentes de liderazgo ético, diseñados para promover y fomentar el comportamiento ético de todos los miembros de las organizaciones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

Álvarez, J., Calderón, R., & Rodríguez, I. (2011). "Liderazgo ético y regulación en un escenario empresarial global". *Contabilidad y negocios*. Vol. 6(11). Pp. 56-66.

Anderson, M. (2015). *A history of fair trade in contemporary Britain: From civil society campaigns to corporate compliance*. Springer.

Ardichvili, A., Mitchell, J. & Jondle, D. (2009). "Characteristics of ethical business cultures". *Journal of business ethics*. Vol. 85(4). Pp. 445-451.

Aronson, E. (2001). "Integrating Leadership Styles and Ethical Perspectives". *Canadian Journal of Administrative Sciences (Canadian Journal of Administrative Sciences)*. Vol. 18(4). Pp. 244-256.

Babin, B., Boles, S. & Robin, P. (2000). "Representing the perceived ethical work climate among marketing employees". *Journal of the Academy of Marketing Science*. Vol. 28(3). Pp. 345-358.

Baker, L., Hunt, G. & Andrews, M. (2006). "Promoting ethical behavior and organizational citizenship behaviors: The influence of corporate ethical values". *Journal of business research*. Vol. 59(7). Pp. 849-857.

Barnard, C. (1968). "The functions of the executive". Vol. 11. Harvard University Press.

Benartzi, S., Beshears, J., Milkman, K., Sunstein, C., Thaler, R., Shankar, M., Tucker-Ray, W., Congdon, W., & Galing, S. (2017). "Should Governments Invest More in Nudging?" *Psychological Science*. Vol. 28(8). Pp. 1041-1055.

Bentham, J. (1830). *The rationale of punishment*. Pennsylvania: Kessinger Publishing.

Bicchieri, C. (1997). *Rationality and coordination*. Cambridge University Press.

Bowen, H. (2013). *Social responsibilities of the businessman*. University of Iowa Press.

Brito, J. (2016). "La ética y los estilos de liderazgo". *INNOVA Research Journal*. Vol. 1(2). Pp. 41-48.

Brown, M, Treviño, L & Harrison, D. (2005). "Ethical leadership: A social learning perspective for construct development and testing". *Organizational Behavior and Human Decision Processes*. Vol. 97(2). Pp. 117-134.

Brown, M. & Treviño, L. (2006). "Ethical leadership: A review and future directions". *The Leadership Quarterly*. Vol. 17(6). Pp. 595-616.

Brown, M., Treviño, L & Hartman, L. (2000). "Moral Person and Moral Manager: how executives develop a reputation for ethical leadership". *California Management Review*. Vol. 42(4). Pp. 128-142.

Burns, J. (1978). *Leadership*. Nueva York: Harper & Row.

Canclini, N. (2012). *Consumidores y ciudadanos*. Naucalpan: Gribaljo.

Chadegani, A. & Jari, A. (2016). "Corporate Ethical Culture: Review of Literature and Introducing PP Model". *Procedia Economics and Finance*. Vol. 36. Pp. 51-61

Chonko, L. & Hunt, S. (2000). "Ethics and Marketing Management: A Retrospective and Prospective Commentary". *Journal of Business Research*. Vol. 50(3). Pp. 235-244.

Contreras, F., Barbosa, D., & Piñeros, R. (2016). *Liderazgo: antecedentes, tendencias y perspectivas de desarrollo: implicaciones para la organización actual*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Correa, J.; Rodríguez, M. & Pantoja, M. (2018). "Liderazgo Ético en Las Organizaciones: Una Revisión De La Literatura". *Ad-Minister*. Núm. 32. Pp. 57-82.

Cullen, J., Victor, B., & Bronson, J.(1993). "The ethical climate questionnaire: An assessment of its development and validity". *Psychological reports*. Vol. 73(2). Pp. 667-674.

De Graterol, E, & de Lorbes, M. (2008). "El liderazgo ético en organizaciones postmodernas. Revista de artes y humanidades". *UNICA*. Vol. 9(22). Pp. 59-78.

Drucker, P (2011). *La práctica del management*. Barcelona: Ciro.

Ferrell, C., & Gresham, G. (1985). "A contingency framework for understanding ethical decision making in marketing". *Journal of marketing*. Vol. 49(3). Pp. 87-96.

Foreman, K., & Money, H. (1995). "Internal marketing: concepts, measurement and application". *Journal of marketing management*. Vol. 11(8). Pp. 755-768.

Gaffney, J. (1977). "Servant Leadership: A Journey Into the Nature of Legitimate Power and Greatness". *America Magazine: The Jesuit Review of Faith & Culture*. Vol. 136(18).

García, L. (2019). "La gestión de riesgos de corrupción, fraude y otras irregularidades en la contratación pública". *Revista de Contabilidad y Dirección*. Vol. 28. Pp. 91-106.

George, W. (1990). "Internal marketing and organizational behavior: A partnership in developing customer-conscious employees at every level". *Journal of Business research*. Vol. 20(1). Pp. 63-70.

Greene, W., Walls, G. & Schrest, L. (1994). "Internal marketing: the key to external marketing success". *Journal of Services marketing*. Vol. 8(4).

Hatcher, T. & Aragon, R. (2000a). "Rationale for and development of a standard on ethics and integrity for international HRD research and practice". *Human Resource Development International*. Vol. 3(2). Pp. 207-219.

Hatcher, T. & Aragon, S. (2001). "Academy of Human Resource Development standards on ethics and integrity". *Advances in developing human resources*. Vol. 3(1). Pp. 7-10.

Hatcher, T., & Aragon, R. (2000b). "A code of ethics and integrity for HRD research and practice". *Human Resource Development Quarterly*. Vol. 11(2).

Heifetz, R. (1994). *Leadership without easy answers*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.

Hunt, S. & Vitell, S. (1986). "A general theory of marketing ethics". *Journal of macromarketing*. Vol. 6(1). Pp. 5-16.

Hunt, S.(1990). "Truth in marketing theory and research". *Journal of Marketing*. Vol. 54(3). Pp. 1-15.

Hunt, S., Chonko, L. & Wilcox, J. B. (1984). "Ethical problems of marketing researchers". *Journal of Marketing Research*. Vol. 21(3). Pp. 309-324.

Hunt, S., Wood, V. & Chonko, L. (1989). "Corporate ethical values and organizational commitment in marketing". *Journal of marketing*. Vol. 53(3). Pp. 79-90.

Kalshoven, K. & Boon, T. (2012). "Ethical leadership, employee well-being, and helping". *Journal of Personnel Psychology*. Vol. 11(1). Pp. 60-68.

Kalshoven, K. (2010). *Ethical leadership: through the eyes of employees*. Bedrijfskunde Universiteit.

Kalshoven, K., Den Hartog, D. & De Hoogh, A. (2013a). "Ethical leadership and follower helping and courtesy: Moral awareness and empathic concern as moderators". *Applied Psychology*. Vol. 62(2). Pp. 211-235.

Kalshoven, K., Den Hartog, D. & De Hoogh, A. (2011a). "Ethical leader behavior and big five factors of personality". *Journal of business ethics*. Vol. 100(2). Pp, 349-366.

Kalshoven, K., Den Hartog, D. & De Hoogh, A. (2011b). "Ethical leadership at work questionnaire (ELW): Development and validation of a multidimensional measure". *The Leadership Quarterly*. Vol. 22(1). Pp. 51-69.

Kalshoven, K., Den Hartog, D. & De Hoogh, A. (2013b). "Ethical leadership and followers' helping and initiative: The role of demonstrated responsibility and job autonomy". *European Journal of Work and Organizational Psychology*. Vol. 22(2). Pp. 165-181.

Kalshoven, K., Van Dijk, H. & Boon, C. (2016). "Why and when does ethical leadership evoke unethical follower behavior?". *Journal of Managerial Psychology*. Vol. 31(2). Pp. 500-515.

Kaptein, M. (2008). "Developing and testing a measure for the ethical culture of organizations: The corporate ethical virtues model". *Journal of Organizational Behavior: The International Journal of Industrial, Occupational and Organizational Psychology and Behavior*. Vol. 29(7). Pp. 923-947.

Kliksberg, B. (2003). "Ética y gerencia de organizaciones / Ethics and Management / Etique et gerance". *Innovar*. Vol. 13(22). Pp. 39-42.

Klitgaard, R. (1988). *Controlling corruption*. Berkeley: University of California Press.

Knights, D. & O'Leary, M. (2006). "Leadership, ethics and responsibility to the other". *Journal of Business Ethics*. Vol. 67(2). Pp. 125-137.

Marjit, S. & Shi, H. (1998). "On Controlling Crime with Corrupt Officials". *Journal of Economic Behavior and Organization*. Vol. 32(1). Pp. 163-172.

Martínez, W. (2019*). Guía para la gestión de riesgo de corrupción en las empresas – Sector real*. Bogotá D.C.: Editorial Legis.

Mayer, M., Aquino, K., Greenbaum, R. & Kuenzi, M. (2012). "Who Displays Ethical Leadership, and Why Does It Matter? An Examination of Antecedents and Consequences of Ethical Leadership". *Academy of Management Journal*. Vol. 55(1). Pp. 151-171.

Mayer, M., Kuenzi, M, Greenbaum, R., Bardes, Mary, & Salvador, Rommel. (2009). "How low does ethical leadership flow? Test of a trickle-down model". *Organizational behavior and human decision processes*. Vol. 108(1). Pp. 1-13.

McCabe, L., Treviño, K., & Butterfield, D. (2001). "Cheating in academic institutions: A decade of research. Ethics & Behavior". Vol. 11(3). Pp. 219-232.

Ochoa, L. (2012). "El Liderazgo Ético a la Vanguardia de las Transformaciones Empresariales". *Revista Daena (International Journal of Good Conscience)*. Vol. 7(2). Pp. 1-9.

Persky, J. (1995). "Retrospectives: The Ethology of Homo Economicus". *Journal of Economic Perspectives*. Vol. 9(2). Pp. 221-231.

Piccolo, R., Greenbaum, R, Den Hartog, D. & Folger, R. (2010). "The relationship between ethical leadership and core job characteristics". *Journal of Organizational Behavior*. Vol. 31(2/3). Pp. 259-278.

Resick, C., Hanges, P., Dickson, M. & Mitchelson, J. (2006). "A Cross-Cultural Examination of the Endorsement of Ethical Leadership". *Journal of Business Ethics*. Vol. 63(4). Pp. 345-359.

Roncancio, P. (2012). Una aproximación a la discusión y práctica del marketing cultural. En: Grueso, M. & Toca, C. (Dir.). *Áreas funcionales para la reflexión: marketing y recursos humanos*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.

Ruiz, G. (2014). "Liderazgo ético en la empresa: opción o necesidad". *Dedica. Revista de Educação e Humanidades*. Núm. 6. Pp. 249-260.

Schein, E. & Schein, P. (2017). *Organizational culture and leadership*. (5a.Ed.). Wiley.

Schwartz, S. (2013). "Developing and sustaining an ethical corporate culture: The core elements". *Business Horizons*. Vol. 56(1). Pp. 39-50.

Simonetta, C. (2017). "Ética y Liderazgo. La neutralidad no existe". *Ciencias Administrativas*. Núm. 10.

Singhapakdi, A., Vitell, S. & Kraft, K. (1996). "Moral intensity and ethical decision-making of marketing professionals". *Journal of Business research*. Vol. 36(3). Pp. 245-255.

Sonnenfeld, A. (2011). *Liderazgo ético: la sabiduría de decidir bien*. (Vol. 2a. ed). Madrid: Ediciones Encuentro S.A.

Sweeney, B., Arnold, D. & Pierce, B. (2010). "The impact of perceived ethical culture of the firm and demographic variables on auditors' ethical evaluation and intention to act decisions". *Journal of Business Ethics*. Vol. 93(4). Pp. 531-551.

Thaler, H., & Sunstein, R. (2008). "Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness". *International Review of Economics Education*. Vol. 8(1). Pp. 158-159.

Toor, S. & Ofori, G. (2009). "Ethical Leadership: Examining the Relationships with Full Range Leadership Model, Employee Outcomes, and Organizational Culture". *Journal of Business Ethics*. Vol. 90(4). Pp. 533-547.

Trevino, L. & Youngblood, A. (1990). "Bad apples in bad barrels: A causal analysis of ethical decision-making behavior". *Journal of Applied psychology*. Vol. 75(4).

Vásquez, R. & Vásquez, X. (2006). "Gestión Humana Y Liderazgo Transformacional en Los Nuevos Tiempos". *Folletos Gerenciales*. Vol. 10(10). Pp. 15-28.

Villoria, M. (2011). "Empleo público e integridad: instrumentos, procesos y estructuras". *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas / Pertsonak Eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria*. Núm. 1. Pp. 53-70.

Wang, H. Tong, L., Takeuchi, R. & George, G. (2016). *Corportate social respoinsibility: An overviewand new research directions:Thematic issueon corporate social responsibility.*

Zaleznik, A. (2004). "Managers and leaders. Are they different? 1977". *Harvard Business Review*. Vol. 82(1). Pp. 74-81.

Informes, resoluciones y otros documentos

BIS. (1988). "Prevention of criminal use of the banking system for the purpose of money-laundering". https://www.bis.org/publ/bcbsc137.pdf.

BIS. (2001). "Conducting a Supervisory Self-Assessment Practical Application". https://www.bis.org/publ/bcbs81.pdf.

BIS. (2003a). "Consolidated KYC Risk Management". https://www.bis.org/publ/bcbs101.pdf.

BIS. (2003b). *Initiatives by the BCBS, IAIS and IOSCO to combat money laundering and the financing of terrorism*. https://www.bis.org/publ/joint05.pdf.

BIS. (2004). "Convergencia internacional de medidas y normas de capital". https://www.bis.org/publ/bcbs107esp.pdf.

BIS. (2005). "Compliance and the compliance function in banks". https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf.

BIS. (2006a). "Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz". https://www.bis.org/publ/bcbs129esp.pdf.

BIS. (2006b). "Metodología de los principios básicos". https://www.bis.org/publ/bcbs130esp.pdf.

BIS. (2012). "Core Principles for Effective Banking Supervision". https://www.bis.org/publ/bcbs230.pdf.

BIS. (2017). "Guidelines". *Sound management of risks related to money laundering and financing of terrorism*. https://www.bis.org/bcbs/publ/d405.pdf.

BIS. (2018). "La comunidad supervisora internacional se reúne para debatir los retos futuros de la supervisión y la regulación bancarias mundiales". *Comunicado de prensa del BIS*. https://www.bis.org/press/p181129_es.htm.

DOJ. (2022). "A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. Second Edition". https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download.

DOJ. (2022). "FCPA: An Overview". *U.S. Department of Justice*. https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act.

ISO. (2016). "Sistema de Gestión Antisoborno". *OBP*. https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:37001:ed-1:v1:es.

OCDE. (1997). "Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales". https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf.

OCDE. (1997). "Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y documentos relacionados". http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf.

OEA. (1996). "Convención Interamericana contra la Corrupción". http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_interame_contr_corrup.pdf.

Organización de Naciones Unidas. (2003). "Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción". https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf.

Capítulo 2

Las acciones colectivas para la transparencia en los negocios: códigos de ética sectoriales, pactos empresariales de transparencia y anticorrupción y experiencias de autorregulación

DAVID HERNÁNDEZ-ZAMBRANO*
YIRA LÓPEZ-CASTRO*

1. INTRODUCCIÓN

Para mitigar la corrupción resultan insuficientes las acciones individuales y dispersas de personas, entidades públicas o empresas[1]. Si se considera la corrupción como un problema colectivo y no como un fenómeno aislado, una forma de afrontarlo sería la corresponsabilidad de distintos grupos y actores (Ostrom, 2015). Uno de los instrumentos que, en el ámbito empresarial, permite que los propó-

---

* Filósofo (Universidad del Rosario) y PhD en derecho (Universidad de Tilburg). Profesor de docencia de la Escuela de Ciencias Humanas e investigador del Centro de Formación en Ética y Ciudadanía (*Phronimos*) de la Universidad del Rosario (Colombia). Contacto: david.hernandez@urosario.edu.co.

* Abogada y doctora en Derecho (Universidad del Rosario). Profesora de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Privado, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia).

1 Esta hipótesis se funda en el concepto de injusticia estructural (Young, 2011), en bases fundamentales del análisis de problemas que involucran varios actores (Fiscalía General de la Nación & Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2018; Olson, 1971; Ostrom, 1998, 2009, 2015) y consideraciones de algunos casos (United Nations - Global Compact, 2015; Wenar, 2017).

sitos particulares para superar la corrupción confluyan en enérgicas acciones colectivas son los pactos empresariales de transparencia y anticorrupción o códigos de ética sectoriales.

Los pactos empresariales—que reciben diferentes nombres según su ámbito de aplicación y que en ocasiones se materializan a través de códigos de ética y buenas prácticas empresariales—son acuerdos celebrados entre empresarios de un sector mediante los cuales las partes se comprometen a implementar acciones para fortalecer la transparencia en las prácticas comerciales de un sector[2]. Estos acuerdos se enfocan en los sectores económicos más que en las políticas corporativas individuales y su fundamento se encuentra en la teoría de la acción colectiva. Las acciones colectivas, tal como lo expresan las Naciones Unidas, se refieren a la coordinación de acciones individuales para la realización o consecución de valores e intereses compartidos por las partes involucradas:

> [l]a noción que subyace a la acción colectiva es sencilla: las compañías trabajan con competidores y otras partes interesadas [*stakeholders*] para crear las condiciones necesarias que aseguren la competencia justa en un mercado o, por ejemplo, en un proceso particular de adjudicación. La competencia justa asegura que las transacciones se realicen con base en factores acordados por común acuerdo como la calidad o el precio, en vez de estar viciadas por sobornos y trampas (United Nations - Global Compact, 2015: 12).

En el marco del creciente entusiasmo que han despertado en el ámbito empresarial las acciones colectivas como propuesta alternativa a los problemas relacionados con la corrupción (Secretaría de transparencia - Presidencia de la República, 2017; United Nations - Global Compact, 2015), este texto tiene por objetivo describir el fundamento teórico y el alcance de esta herramienta de autorregulación plurilateral para la prevención y lucha contra la corrupción. Para alcanzar ese objetivo, este capítulo se divide en 6 secciones. En la sección 2, se analiza la teoría de las acciones colectivas frente a la corrupción. Posteriormente, se presentan, en las secciones 3 y 4 las modalidades de acciones colectivas y su desarrollo en Colombia, así

---

[2] *Cf.* Presidencia de la República de Colombia (Secretaría de Transparencia - Presidencia de la República, 2017).

como algunos ejemplos de experiencias comparadas. La sección 5 presenta el impacto que las acciones colectivas podrían tener en la lucha contra corrupción transnacional. Por último, en la sección 6, se presentan las conclusiones y recomendaciones para América Latina y Colombia.

2. LA TEORÍA DE LAS ACCIONES COLECTIVAS FRENTE A LA CORRUPCIÓN

2.1. La corrupción transnacional como un problema que rompe la dicotomía entre lo público y lo privado: la esfera privada como fuente de las acciones colectivas

Tradicionalmente, la corrupción ha sido entendida como el abuso—o uso ilegal—de elecciones y cargos públicos para el beneficio privado (Theobald, 1990: 16; World Bank, 2020). Esta perspectiva general, también adoptada en el ámbito colombiano a través del documento Conpes 167 (Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia, 2013), permite dar un contorno al problema, en el que se evidencia la estrecha relación que hay entre los poderes públicos y privados en casos de corrupción. Sin embargo, esta aproximación también nos ofrece una muestra negativa de lo que la coordinación entre esos poderes puede permitir. Como cualquier otra herramienta o habilidad, la coordinación posibilita la persecución de fines tanto siniestros, como loables. Así, como lo evidenciaremos más adelante, la acción simultánea y coordinada entre actores públicos y privados puede usarse para afrontar el fenómeno de la corrupción de manera más robusta que si se hiciese solamente desde entidades públicas (o privadas).

Tradicionalmente, el énfasis en la identificación de la corrupción está puesto en el sector público, pues es allí donde se posibilita el acceso a los bienes, recursos y riqueza común de una sociedad. También, en el discurso público, se hace un fuerte énfasis en la existencia y necesidad de identificación de los funcionarios (públicos) corruptos, en las críticas al manejo público de recursos por los riesgos de corrupción, en la captura del Estado por redes criminales y en la

percepción ciudadana respecto de la corrupción del sector público[3]. Esta aproximación es concordante con la intuición que se tiene del problema pues, entendida como el uso de poderes y recursos públicos para el beneficio privado, la corrupción es un flagelo ejercido sobre la administración, funcionamiento y manutención de la esfera pública.

No obstante, esta forma de abordar el problema hace pensar en un fenómeno unilateral, que depende esencialmente de la intervención desde y sobre el ámbito público. Si el problema está en las prácticas y funcionarios deshonestos de los diferentes organismos y procedimientos del Estado, la solución estaría disponible en el ejercicio de controles efectivos del Estado sobre sus funcionarios y operaciones.

Sin embargo, como puede verse en la práctica, los Estados tienen capacidades limitadas para lidiar con la corrupción transnacional. Estas limitaciones tienen múltiples explicaciones que incluyen, por ejemplo, estar sometidos a competir con otros gobiernos corruptos[4], la existencia de una forma clientelista de gobernanza[5] y la debilidad generalizada del Estado, entre otros. De cualquier manera, más allá

---

3 Desde el tratamiento que se le da en las discusiones cotidianas, hasta el cubrimiento noticioso de evaluaciones como el Índice de Percepción de Corrupción de Transparencia Internacional (el IPC para Colombia está disponible en IPC 2022 - Transparencia por Colombia (transparenciacolombia.org.co)), hay, comúnmente, un énfasis en instituciones y funcionarios públicos.

4 Análogamente, en el ámbito de las cadenas de suministro, como lo examina I.M. Young (2006) en relación con la proliferación de talleres de miseria (*sweatshops*), los gobiernos muchas veces apoyan o hacen caso omiso de la protección de los derechos de los trabajadores para poder competir con otros Estados que ya tienen en pie zonas desreguladas de producción de diferentes productos.

5 Hay distintas definiciones, de limitaciones y distinciones sobre el concepto de gobernanza, desde que tomó fuerza en la última década del siglo XX. Aunque en muchos ámbitos se usa con una connotación evaluativa o normativa según la cual "gobernanza" equivale a buen gobierno, la entendemos acá de forma general como el conjunto de prácticas, instituciones, costumbres, etc. que afectan la administración, control y curso regular de la política o gobierno del Estado, de las empresas y de otras organizaciones privadas.

del análisis de las capacidades puntuales de los Estados, encontramos que la corrupción, en general, necesita de la coordinación entre actores privados y públicos.

A pesar de que, por cuestiones relacionadas con la posibilidad de identificación de responsabilidades jurídicas[6], no es necesaria la identificación de un segundo actor involucrado para establecer responsabilidad de alguien por motivos de corrupción, no debe perderse de vista que, aunque la responsabilidad pueda individualizarse, nos encontramos ante un fenómeno que involucra casi siempre a dos o más actores. En este sentido, en tanto que, en lo tocante a este capítulo nos referimos a formas coordinadas de corrupción, debemos entender que estas abarcan las dos partes de la tradicional distinción público-privado, generando la necesidad de pensar cómo actuar desde las entidades privadas para la solución del problema.

Partiendo de lo anterior, en lo relacionado con la corrupción, encontramos que los particulares no simplemente se amoldan al entorno en el que se encuentran, sino que pueden influir en este tanto para promover como para prevenir actos y estructuras de corrupción. Teniendo esto en cuenta, y sabiendo que la ley, la política pública y la educación, entre otras, se ven afectadas por fenómenos públicos y privados en ámbitos como la economía, la política y el derecho[7], encontramos que las interrelaciones sociales, políticas, económicas y jurídicas se determinan por factores que exceden, por mucho, el comportamiento de los actores públicos. Para determinar cómo ha-

---

6 *Vid.*: la "Guía de investigación para los delitos asociados a la corrupción" (Fiscalía General de la Nación & Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2018).

7 Un buen ejemplo es el surgimiento de las firmas de abogados de negocios y su injerencia en las decisiones estatales como una parte fundamental de la exportación del modelo jurídico estadounidense a los países latinoamericanos en la segunda mitad del siglo XX (Dezalay & Garth, 2002, pág. 301). Dezalay & Garth muestran, en el décimo segundo capítulo de su libro, el camino por medio del cual los abogados de negocios latinoamericanos pasaron de ser un gremio marginal, a introducirse dentro de las élites jurídicas que diseñan políticas e instituciones nacionales, legitimados por un semblante de poseedores de conocimientos especiales y de modernizadores del derecho local.

cer una aproximación desde lo público y lo privado al problema en mención, podemos tener en cuenta casos de corrupción rampante, como el famoso caso ENRON (Bondarenko, 2023; FBI, 2016) que se hizo público a comienzo de este siglo, y casos más comunes y extendidos de oportunismo y adecuación a la competencia en los que, si el costo de entrada de una empresa a un país o región es el pago de sobornos, se hace un cálculo económico en el que, si resulta lucrativo, se efectúa el pago. Tal es la influencia del cálculo de costo-beneficio que aún hay algunas jurisdicciones en las que se contempla la permisibilidad de pagos de facilitación[8]. Sin embargo, teniendo en cuenta que la realización del objetivo de la competencia justa debe alinear la equidad y la justicia en la competencia con prácticas coherentes con el Estado democrático y de derecho, debemos pensar en la posibilidad de desmonte de todo tipo de acciones que, como los sobornos, grandes o pequeños, riñen con las prácticas empresariales.

Así, hay por lo menos dos niveles en los que se puede actuar. Uno, en la autorregulación desde los actores privados, a través de la acción colectiva, que llena un vacío en la capacidad regulatoria de los Estados y en la capacidad tanto regulatoria como de vigilancia y control por parte de los actores públicos del ámbito internacional. El otro, en el cambio político y social desde el sector público y la ciudadanía (que puede ayudarse del sector privado), para evitar que las condiciones de la política generen la necesidad —o percepción de necesidad— de la corrupción para el funcionamiento general del sistema. Esto implica tanto la llamada cultura ciudadana como la efectividad, precisión y preocupación de la ley en términos de la definición y tipificación de la corrupción. Si el Estado está llamado a regular aquellas cuestiones que pueden interferir con la protección de los derechos de sus ciudadanos o con la realización de una fructífera vida colectiva, la intervención pública sobre la protección de los recursos colectivos, por lo menos a través de la regulación, se hace imprescindible.

---

8 *Vid.*: Wilkinson, *Facilitation Payments* (2018). Are facilitation payments the costs of doing business? (Rogatto & Silva, 2022). Curiosamente, los pagos de facilitación se permiten para empresas sujetas a la jurisdicción, pero sólo fuera de la jurisdicción que los permite; en otros países.

De igual manera, más allá de los méritos y defectos de la intervención pública, la participación privada resulta fundamental pues, como es bien sabido en el marco de la economía, la legislación e intervenciones políticas no pueden, por sí mismas, cambiar de forma radical la motivación de las personas e instituciones. Por más que se quiera, no pueden legislarse las preferencias de los actores involucrados, así como no pueden decretarse nuevas tendencias de comportamiento. Si bien la corrupción no es una preferencia inmutable y hay posibilidades de modificación de las preferencias de diferentes actores por medio de la regulación (tal es el punto central de las sanciones legales), encontramos que la participación de actores del sector que se beneficia de los actos de corrupción —según la definición general, el sector privado— tiene buenas posibilidades de cambiar las preferencias de los actores involucrados. La inclusión del sector privado permite, por lo menos, una recalibración de los cálculos de costos y beneficios, restringiendo los incentivos hacia la corrupción por medio de la generación de condiciones y exigencias mínimas (p. ej. transparencia, trazabilidad, rendición de cuentas, etc.) para la participación en actividades afectadas por la corrupción, como las licitaciones y contratación públicas.

Adicionalmente, la participación del sector privado tiene un alcance potencial que no está limitado, como el de los Estados individuales, a una jurisdicción particular[9]. De esta manera pueden generarse incentivos a través de pactos, por ejemplo, para evitar conductas como el soborno. Los incentivos, en este caso, vienen de la sanción social y económica ejercida por el grupo de participantes en los pactos, hacia aquellos que pretendan evadirlos o incumplirlos. La imposibilidad de negociar con actores importantes en el mercado

---

[9] De la misma manera en que los intentos en Alemania por regular las cadenas de suministro tienen limitaciones para exigir de manera efectiva, por parte de las empresas, el informarse de las condiciones de derechos humanos en las que se obtienen directamente los recursos utilizados para la elaboración de sus productos, los alcances de los intentos políticos locales son necesariamente limitados ante un fenómenos que, como la corrupción, transita entre jurisdicciones, para evadir aquellas que le generen problemas o impedimentos (*Cf.* Cámara de Industria y Comercio Colombo-Alemana, s.f.; Leifker & Porschke, 2021; Wrede, 2022).

puede llegar a ejercer una motivación más fuerte que la posibilidad (en muchas ocasiones remota) de sanciones legales. Siguiendo una consideración tradicional de las teorías de la motivación (Bandura, 2016, capítulo 1; Tugendhat, 2010), encontramos que los sujetos, individuales y colectivos, regulan su conducta a través de la consideración de por lo menos tres tipos de sanción: legal, social y moral. Adicionalmente, se encuentra que, mientras sea posible, la coordinación de estos tipos de sanción mejora las posibilidades de modelar las conductas individuales y grupales. Si se alinean las sanciones legales con el repudio social y el autocontrol de actores individuales y colectivos, pueden curvarse las actitudes y motivaciones relacionadas con los fenómenos de corrupción transnacional[10].

Teniendo en cuenta el carácter plural de los actores involucrados en los fenómenos de corrupción, y correlativamente la necesidad de intervención pública y privada para confrontarlos, vale la pena problematizar el concepto de corrupción más allá de las definiciones provistas hasta este punto, que recogen gran parte del alcance del sentido común en esta materia. Esto permitirá ahondar conceptualmente en el problema y, de esta manera, permitir una reflexión sobre las limitaciones tanto de los marcos teóricos como de las instanciaciones prácticas utilizadas para afrontar los fenómenos de corrupción.

Como lo menciona Leif Wenar (2017: 37), las definiciones que entienden la corrupción como uso ilegal o abuso de cargos y poderes públicos, si bien informativas, son insuficientes para capturar el fenómeno de la corrupción tal como se presenta en la práctica. Por una parte, entender la corrupción como uso ilegal de cargos y elecciones públicas (Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia, 2013; Theobald, 1990: 15-16) olvida que en países clientelistas muchos de los actos de corrupción no son, técnicamente, ilegales. En muchos de estos países la regulación sobre el conflicto de interés no es exhaustiva o se introducen leyes que permiten que los oficiales de gobierno —o sus allegados— se lucren a través, por ejemplo, de alianzas con corporaciones transnacionales o de licitaciones públicas (Wenar, 2017). Es conocido que una de las primeras líneas de defensa de quienes son acusados de corrupción

---

10 *Cf.* Bandura (2016); Tugendhat (2010).

es que obraban dentro de los marcos legales aplicables (Wenar, 2017: 38) aprovechando, en muchas ocasiones, la falta de regulación o la oportunidad de interpretación laxa de esta para adelantar procesos, conductas o prácticas que parecerían encajar perfectamente en la definición tradicional de corrupción (*Cf.* García & Ceballos, 2019: 213-219). Esto nos permite ver que la identificación de la corrupción, al igual que otros fenómenos, depende en muchos casos del esclarecimiento del sentido y alcance de las regulaciones existentes, que no siempre pueden dar cuenta del fenómeno en todas sus manifestaciones puntuales. Tal como se menciona en diferentes documentos sobre tipologías en torno a la corrupción, esta difícilmente puede asirse desde la ley y la doctrina, pues se trata de un fenómeno en constante mutación, que difícilmente puede enmarcarse como delito puntual (Office on Drugs and Crime & Alcaldía Mayor de Bogotá, 2015: 13 *et seq.*; Fiscalía General de la Nación & Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2018; Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito & Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, 2018).

Por otro lado, entender la corrupción como un abuso (World Bank, 2020) podría considerarse, conceptualmente, más apropiado —a la vez que más abstracto— pero, como lo propone Wenar (2017: 37 *et seq.*), sigue asumiendo una distinción entre lo público y lo privado que suele confundirse en la política personalista de muchos países. Un ejemplo que ilustra este punto es el fortalecimiento por parte de Augusto Pinochet, con fines del aseguramiento de las relaciones de este con los altos mandos de las fuerzas militares, de la Ley Reservada del Cobre a fin de fortalecer y mantener la lealtad de sus generales y de las fuerzas militares en general. Dicha ley, promulgada en 1958 y derogada en 2019[11], establecía que el 10% de las ganancias de la exportación de cobre por parte de la minera estatal Codelco habría de destinarse a las fuerzas militares. En ese caso, como lo anota Wenar, no es claro si se trata de política, corrupción o ambas, pues

---

[11] Cuyo desmonte total tardará, de cualquier manera, más de una década. *Vid.*: Reuters, 2019. Esta ley tuvo varias modificaciones a lo largo de su historia, pero vale recalcar que se trataba de una ley "Reservada" o secreta hasta el año 2016.

no hay, dado el contexto, claridad sobre dónde empiezan y acaban los ámbitos público y privado. Si un jefe de Estado utiliza los recursos públicos para promover la gobernabilidad, resulta contraintuitivo enmarcar esta forma de influencia como detrimento de lo público en favor de la ganancia privada.

Siguiendo lo dicho hasta este punto, se hace patente que la distinción público-privado es fluida en la práctica. Como lo propone Anderson (2017), en muchos casos la dicotomía en mención se diluye debido a la desregulación o la incapacidad de justiciabilidad —por parte del Estado— y la consecuente transmisión de poderes públicos a particulares[12]. En consecuencia, debemos tener en cuenta que la distinción entre lo público y lo privado no siempre es un indicador fiable para la comprensión de la corrupción, por tratarse de una distinción porosa.

Adicionalmente, más allá de la relación entre lo público y lo privado, encontramos que allende al uso ilegítimo del poder, cargos y formas de elección, la corrupción puede entenderse, de forma amplia, como el menoscabo de un rol o práctica social. Como lo propone Sandel: "[c]orromper un bien o una práctica social implica degradarlos, darles]un valor inferior al que les corresponde. […] Toda acusación de corrupción lleva implícita una concepción de las intenciones y los fines que una institución […] debe cumplir" (2013: 42). Refiriéndose a los *lobbies* en el congreso estadounidense, dice el autor que, independientemente de que sean legales, lo degradan al tratarlo como fuente de beneficio privado, en vez de bien público (*Ídem.*).

---

[12] Si bien el problema que preocupa a Anderson es el poder que detentan los empleadores sobre sus empleados y cómo conceptualizarlo, esta autora propone un eje de análisis de interés para nuestro problema. Para ella, la desregulación pública—que es una decisión política—permite que los privados tengan poderes que en la tradición liberal sólo le permitimos al Estado, o que incluso no le permitimos a este. En consecuencia, encontramos que donde el valor público está en juego, la ambigüedad debilidad o ausencia de instituciones públicas cede el paso a su manejo por parte de privados. Aunque en ocasiones las ausencias y debilidades de lo público son explotadas de forma oportunista, para los casos de corrupción transnacional encontramos arreglos sistemáticamente organizados para mantenerlas, explotarlas y, en muchos casos, monopolizarlas.

La organización democrática y constitucional en la que se halla inmersa la rama legislativa en países como Colombia justifica su existencia por permitir el acceso equitativo, a toda la ciudadanía, a la participación en la construcción de las reglas y sanciones del sistema jurídico al que habrán de someterse. Cuando ese principio de equidad se quebranta a través del beneplácito al acceso diferenciado al sistema legislativo, por parte de actores económicamente privilegiados, la narrativa general del sistema legal termina por instrumentalizarse, sin justificación, a los fines de intereses privados —lo que choca con la prevalencia del interés público en las actuaciones del Estado.

Aun cuando esta ampliación de la definición parezca generar obstáculos para la precisa identificación de fenómenos de corrupción, en realidad, nos permite capturar más de estos fenómenos a pesar de su maleabilidad. Si bien un punto inicial de preocupación en relación con la corrupción es hacer efectiva la regulación vigente (local, nacional o internacional), necesitamos entender que la forma en la que opera traspasa los límites del daño inmediato y de los beneficios personales o particulares indebidos[13], la corrupción es también, por ende, un fenómeno que mina las relaciones sociales y, aunque de manera indirecta, el carácter mismo de la sociedad. Si enmarcamos este problema en el contexto de la justificación del Estado e incluso del derecho internacional (Rawls, 1971; 1980; 2002), se hace evidente que se trata de un detrimento del bien común en favor del particular, lo que equivale a una validación de lo cobijado por la definición

---

[13] Siguiendo los principios liberales que enmarcan la ética occidental contemporánea, se piensa que todos los deberes se sustentan en la prevención de un daño identificable a otra persona o grupo de personas. En este ámbito de la corrupción, esta se ha visto como un detrimento al erario público que genera la disminución de la calidad o de la efectividad en la prestación de servicios y provisión de bienes para la ciudadanía. Sin embargo, los males de la corrupción no son fácilmente identificables a partir de la atribución causal directa. Los casos aislados, por ejemplo, no parecen afectar a nadie en particular. Incluso en casos de grandes cuantías podría llegar a pensarse que las pérdidas pueden ser absorbidas por el sistema sin detrimento claro a los usuarios finales. Por ello, entender la corrupción en el sentido amplio que recién mencionamos nos permite arrojar luz sobre una faceta del problema que se invisibiliza con facilidad si se adopta una perspectiva liberal tradicional.

tradicional de corrupción a partir de la cual se inició el análisis del presente capítulo.

En este punto, vale la pena aclarar que las críticas y el escepticismo sobre los alcances de las definiciones y marcos propuestos desde la doctrina y las normas acá expuestas deben entenderse como una delimitación de sus alcances y no como un señalamiento de un demérito por su parte. Las dificultades que se presentan para la regulación del problema de la corrupción, especialmente en el ámbito internacional, deben entenderse como retos para la consolidación de acciones coordinadas y para la inclusión de normas y definiciones innovadoras en el marco legal; no como una falta irreparable[14]. De esta forma podemos ver que, aunque la regulación, desde la política y el derecho públicos, es insuficiente para afrontar el fenómeno de la corrupción, resulta ser una condición de posibilidad para su confrontación.

Así, aunque los criterios de ilegalidad y causalidad como ejes para una comprensión cabal de la corrupción encuentran limitaciones, partiremos de estos como uno de los ejes de análisis por las mismas razones por las cuales la ley positiva recurre a ellos: por que posibilitan una herramienta práctica para la identificación de casos de corrupción, aun cuando no de forma exhaustiva. La concesión respecto de la exhaustividad se da, en parte, por la necesidad práctica de abordar el problema. A diferencia de algunas perspectivas teóricas, en las que lo fundamental es encontrar respuestas precisas y certeras independientemente de cualquier otro criterio, en la práctica necesitamos respuestas oportunas y accionables, aunque eso implique falencias en corrección y exhaustividad.

De esta manera, encontramos que para confrontar un fenómeno mutable que, como la corrupción, ha excedido históricamente la efectividad de la regulación del Estado y la motivación privada por evitarlo, se hace preciso pensar en otras formas de acción que alineen y agrupen los esfuerzos de varios actores con miras al ideal de la erra-

---

[14] Esto puede seguirse de la distinción entre hechos brutos y sociales propuesta por Searle (1995). A diferencia de los hechos que no dependen de la intervención de nadie, fenómenos como el de la corrupción no solo son causados, sino que pueden ser mitigados desde la acción coordinada.

dicación de la corrupción. Se hace necesario, entonces, pensar en las acciones colectivas como herramienta para afrontar la corrupción transnacional en las relaciones que rodean el ámbito empresarial.

2.2. Los supuestos de la teoría de las acciones colectivas

Una acción colectiva, tal como se propone en la introducción, puede entenderse como una acción adelantada por un grupo, con miras a un objetivo común para todos. La idea de que las acciones colectivas existen para adelantar intereses comunes de sus miembros no es nueva y podría rastrearse hasta Aristóteles, en filosofía occidental, al igual que en variados autores desde las perspectivas de la economía, la ciencia política y la psicología (Olson, 1971: 6-8). En un sistema económico, político o social en el que se presentan carencias puede haber soluciones que mejoren los resultados grupales en tanto que se cumpla el requerimiento de que todos, o una porción significativa, contribuyan de manera individual y coordinada por medio de la inversión de recursos y esfuerzos para avanzar hacia un estado óptimo, o cuando menos mejor que el *statu quo*, que redunde en beneficio común.

Sin embargo, como lo propone Olson, quien abre la discusión contemporánea del problema de la acción colectiva, es probable que los miembros de un grupo no adelanten su parte en una acción colectiva, incluso cuando esta avance los intereses del grupo de la mejor manera. La razón para esta negativa, a su vez, está fundada en los dilemas sociales que se generan alrededor de las acciones colectivas. Los dilemas sociales, analizados por la autora Ostrom, pueden entenderse como "un juego en el que el equilibrio de Nash, para una única iteración del juego, produce menos que el resultado socialmente óptimo" (Ostrom, 2009: 186). Es decir, son situaciones en las que, aunque hay resultados alternativos que generan más beneficios para los participantes, puede predecirse que estos, entendidos como actores racionales actuando independientemente, no alcanzarán dichos resultados. Esto pues, tratándose de un equilibrio, no se espera que los demás cambien su elección, generando incentivos para no cambiar la propia. Adicionalmente, dado que las acciones colectivas se enfocan en la creación de bienes públicos—que están disponibles

para todos independientemente de la participación de cada cual— puede generarse un contraste entre la percepción de lo costoso que resulta producir dicho bien y la posibilidad de disfrutarlo sin aportar en su producción (Hock, 2019: 14 *et seq.*; Ostrom, 2015: 31).

Dada esta dificultad, siguiendo una perspectiva económica tradicional, se ha propuesto que, para solventar este problema, se necesita diseñar una serie de incentivos positivos y negativos que cambien la reticencia de los actores individuales a participar en las acciones que les favorecen como grupo. Siguiendo la idea de que las personas son movidas esencialmente por motivos egoístas, se propone que hay que buscar formas en las que la acción deseada se alinee con el autointerés. Inicialmente, y tal como se ha abordado el problema de la motivación desde la economía tradicional, el eje *prima facie* de preocupación se centra en el cálculo egoísta de costo-beneficio y, correlativamente, en una perspectiva punitivista de la injerencia sobre la motivación (Young, 2006; Zehr, 2002). Sin embargo, esta perspectiva ha demostrado ser insuficiente como marco para la formulación de soluciones.

Por un lado, respecto de las personas que podrían cometer actos de corrupción, la efectividad disuasoria de las sanciones legales depende en gran medida de la percepción que tengan los involucrados sobre su aplicación y severidad, en contraste con los beneficios que se esperan de la actividad corrupta. Partiendo de este marco, y siguiendo la base mínima para la apreciación de riesgos, encontraríamos que el actor racional, al verse tentado por los beneficios de un acto de corrupción, consideraría la probabilidad de ocurrencia y la magnitud del efecto indeseado que dicho acto podría conllevar: la sanción. Por ejemplo, teniendo en cuenta que: (a) el informe sobre el índice de Percepción de Corrupción para 2022 alerta sobre avances prácticamente nulos durante los últimos once años, respecto del problema de corrupción a nivel mundial; (b) países como Colombia tienen puntajes muy bajos en dicho índice[15]; y (c) en Colombia "[a] nivel nacional, en promedio, tan sólo el 5% de noticias crimi-

---

15 39 en una escala de 0 a 100. *Vid.*: El índice de percepción de la corrupción 2022 revela escasos avances contra la corrupción en un contexto mundial cada vez más violento (Transparencia Internacional, 2023).

nales notificadas por delitos de corrupción pública terminaron en una sentencia condenatoria" (Romero, 2022), encontramos que el cálculo del riesgo de sanciones legales difícilmente se sostiene como un elemento para modificar la conduta de quienes potencialmente participarían en actos de corrupción.

Por otro lado, considerando a los actores que podrían empeñarse en adelantar conductas honestas o acciones directamente encaminadas a la anticorrupción, encontramos que los datos presentados arriba sobre los niveles (percibidos) de corrupción e impunidad constituyen un desincentivo. Adelantar acciones que implican un costo individual a sabiendas de que la lucha contra la corrupción ha sido mundialmente infructuosa en la última década y que para el caso colombiano las cifras sobre corrupción han empeorado, resultaría, según la consideración básica de costos y beneficios, una acción irracional e incluso podría pensarse que las personas no estarían obligadas a adelantarlas (Valentini, 2012), dada la razonabilidad de la expectativa de ineficacia de las acciones propias para combatir la corrupción. Adicionalmente, teniendo en cuenta este panorama, vemos que uno de los puntos que puede disuadir a los individuos de actuar en contra de la corrupción es que hay acciones colectivas que adelantan los fines criminales de la corrupción nacional y transnacional. Tal como lo propone Ostrom, "las mafias, pandillas y carteles son formas de acción colectiva al igual que las asociaciones barriales, organizaciones benéficas, votantes y la organización de partidos políticos"[16] (Ostrom, 2009: 187).

Así, encontramos que el marco del puro cálculo de costo beneficio no permite un marco suficiente para afrontar el problema de las acciones colectivas en contra de la corrupción transnacional. Es necesario tener en cuenta otros factores para modificar las decisiones de los actores involucrados lo que implica, yendo más allá de costos y beneficios, pensar en ideales éticos, económicos y políticos a los que se quiere apuntar. Cuando pensamos en la manutención y promoción de valores como la competencia justa y la integridad del Estado democrático, tenemos que ir más allá de la consideración de agentes maximizadores en el marco del *statu quo*; adicionalmente a las consi-

---

16 Traducción propia.

deraciones instrumentales y de medición de resultados, necesitamos pensar normativamente (Hansson, 2010, 2018).

En consecuencia, más allá de la teoría tradicional, que delimita descriptivamente los contornos de la definición de la acción colectiva, encontramos razones normativas para su instanciación. Como lo proponen Pettit (1997) y Young (2011), allí donde la individualización de la responsabilidad por una injusticia no es posible, la responsabilidad de afrontar dicha injusticia recae sobre todos. Es decir, nos encontramos ante el deber de conformar acciones colectivas para encarar las falencias en la protección de los principios de justicia que sustentan el sistema normativo que nos rige. De allí se colige que, ante la imposibilidad del sector público, fáctica o reglamentaria, de afrontar el flagelo de la corrupción transnacional, la responsabilidad de confrontar el problema tendrá que recaer sobre actores adicionales. Young propone que es necesario tener en cuenta problemas estructurales en los que el comportamiento no coordinado y moderadamente autointeresado de muchos actores puede llevar —incluso sin necesidad de que medien motivaciones y acciones ilegales o antiéticas— a generar situaciones de injusticia para grupos y actores sociales identificables (p. ej., trabajadores de un sector, personas agrupadas por identificación de género o etnia, etc.). Ante este tipo de problemas, esta autora plantea cuatro criterios para identificar quién tiene responsabilidad[17] para enfrentar injusticias como las generadas por la corrupción. Para Young, la responsabilidad recae sobre aquellos actores que tengan poder, influencia, interés o capacidad de asociación (Young, 2011: capítulo 5) de cara al problema en cuestión.

Analizando la perspectiva de Young encontramos que estos cuatro factores se centran en la disponibilidad de motivaciones y recursos para confrontar la injusticia. El poder e influencia se centran en recursos efectivos que se tienen por medio de roles, circunstancias y capacidades de los actores para cambiar las prácticas que contribuyen a la injusticia. El interés —como el que nace de la motivación ética espontánea o por la reacción a ser víctima de una injusticia— y la capacidad de asociarse con otros para la consecución de un objetivo se

---

17 Sin que esta responsabilidad implique tener culpa, es decir, un nexo causal entre las intenciones y conductas de un actor y el daño generado a otro.

centran en el potencial indirecto que pueden tener algunos actores para ejercer poder o influencia sobre un problema. En conjunto, los cuatro criterios se conjugan con la definición de acción colectiva que se propuso en la introducción, pues permiten enmarcar una forma de lidiar con un fenómeno que, por desbordar las capacidades individuales de actores públicos y privados, no puede solucionarse desde la asignación de deberes, culpas y sanciones aisladas.

Teniendo en cuenta que la corrupción sistémica o estructural no puede ser enfrentada exitosamente por esfuerzos individuales, pues es costoso y genera ventaja indebida a actores que adelantan prácticas corruptas o que prefieren disfrutar del *free ride* derivado del esfuerzo de otros, encontramos que las acciones colectivas pueden complementar, mejorar y desarrollar las regulaciones actuales. Las acciones colectivas, entendidas desde un marco que junte el cálculo costo-beneficio con la motivación normativa puede llevar a la eliminación del tradicional dilema del prisionero[18], que genera los dilemas sociales mencionados anteriormente.

Para poner en marcha acciones colectivas deben alinearse las motivaciones disponibles entre los diferentes actores (el sentido de justicia, el altruismo, la perspectiva de mejora reputacional, la disminución de costos, la adecuación a los marcos legales, etc.). En el caso de la corrupción transnacional, la competencia justa —y otros bienes comunes concomitantes— tienen ventajas éticas, económicas, legales y sociales que pueden obtenerse en tanto una porción significativa de los actores involucrados esté dispuesta a cooperar, desde la inversión de recursos hasta la conformidad con las reglas pactadas, con los demás. Como lo mencionamos antes, la solución problemas estructurales como la corrupción se relaciona con la generación de bienes comunes (bienes de los que todos los actores involucrados se benefician, sobre los que no es razonable excluir a nadie de su disfrute, y que no se agotan por el uso de los mismos) para los que, como base mínima, se necesita el acuerdo y consentimiento a la colaboración con otros. Una vez establecida la primera acción colectiva—referida a la conformación de un esquema de cooperación—debe darse paso al establecimiento de principios y reglas que promuevan tanto

---

18 Sobre el dilema del prisionero, *vid.*: Parfit, 2007.

la generación de los bienes comunes, como la motivación para entrar y permanecer en el arreglo cooperativo. Es así como encontramos la conformación de pactos empresariales, desde el sector privado, como acciones colectivas puestas al servicio de la anticorrupción.

3. MANIFESTACIONES DE LAS ACCIONES COLECTIVAS: PACTOS O CÓDIGOS DE ÉTICA SECTORIALES Y PACTOS DE INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Las acciones colectivas pueden materializarse en acuerdos plurilaterales que tienen distintos enfoques y dimensiones. Cuando se trata de acuerdos de los cuales surgen compromisos para combatir la corrupción en un sector económico suelen denominarse pactos empresariales o códigos de ética sectoriales y cuando se celebran entre una entidad que realiza un proceso de contratación pública y los partícipes en ese proceso de contratación se denominan pactos de integridad. Así, aunque este capítulo se centra en los pactos empresariales para combatir la corrupción en el mercado, en esta sección los contrastaremos con los pactos de integridad, promovidos en procesos de contratación pública, para identificar lo que estos dos tipos de acuerdos tienen como fundamento común.

3.1. Características de los pactos y de los códigos de ética sectoriales

3.1.1. El objetivo de los pactos y de los códigos de ética sectoriales es proteger la transparencia en un sector económico determinado

Al analizar algunos textos de pactos empresariales suscritos por gremios colombianos[19] y ejemplos de códigos de ética suscritos por

---

[19] Estas características surgen del análisis de los siguientes pactos suscritos por la Secretaría de Transparencia en el año 2019:

empresarios de un mismo sector[20] es posible concluir que estos tienen por objeto proteger la libre y leal competencia como uno de los

---

– "Pacto de la integridad y la lucha contra la corrupción - sector Infraestructura para Vivienda", http://www.secretariatransparencia.gov.co/politica-publica/Documents/SECTOR%20INFRAESTRUCTURA%20%26%20VIVIENDA.pdf.
– "Pacto de la integridad y la lucha contra la corrupción – sector químico". http://www.secretariatransparencia.gov.co/politica-publica/Documents/SECTOR%20QUIMICO.pdf.
– "Pacto de la integridad y la lucha contra la corrupción- sector transporte". http://www.secretariatransparencia.gov.co/politica-publica/Documents/SECTOR%20TRANSPORTE.pdf.
– "Pacto de la integridad y la lucha contra la corrupción- sector Turismo (2019). http://www.secretariatransparencia.gov.co/politica-publica/Documents/SECTOR%20TURISMO.pdf.
– "Pacto de Transparencia e Integridad del sector de servicios públicos domiciliarios". https://www.andesco.org.co/wp-content/uploads/2021/05/Pacto-de-la-integridad-y-la-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n-sector-servicios-p%C3%BAblicos-domiciliarios-2-1.pdf.
– "Pacto de la integridad y la lucha contra la corrupción- sector Tecnologías de la Información y Comunicaciones". http://www.secretariatransparencia.gov.co/politica-publica/Documents/SECTOR%20TICS.pdf.
– "Pacto de la integridad y la lucha contra la corrupción- sector Economía Naranja". http://www.secretariatransparencia.gov.co/politica-publica/Documents/ECONOMIA%20NARANJA.pdf.
– Secretaría de Transparencia de la Vicepresidencia de la República de Colombia y gremios del Sector Vigilancia y Seguridad (2019). "Pacto de la integridad y la lucha contra la corrupción- sector Vigilancia y Seguridad". http://www.secretariatransparencia.gov.co/politica-publica/Documents/SECTOR%20DE%20VIGILANCIA%20Y%20SEGURIDAD%20PRIVADA.pdf.
– "Pacto de la integridad y la lucha contra la corrupción- sector Deporte", http://www.secretariatransparencia.gov.co/politica-publica/Documents/SECTOR%20DEPORTE.pdf.
– "Ruta Colombiana de la integridad empresarial-Sector minero energético". https://eiticolombia.gov.co/es/noticia/secretaria-de-transparencia-lanza-la-ruta-colombiana-de-la-integridad-empresarial/.

[20] Asociación Nacional de Empresarios de Colombia-ANDI (2015). Código de Ética de la Cámara de Dispositivos Médicos e Insumos para la Salud. https://www.andi.com.co/Uploads/C%C3%93DIGO%20DE%20%C3%89TICA%20DE%20DISPOSITIVOS%20MEDI.COS.%202015.pdf.

pilares del modelo de economía social de mercado[21]. En Colombia, la libre competencia se encuentra consagrada como una garantía constitucional de los empresarios y como "un derecho de todos" y por ello, de conformidad con la Constitución, el Estado y los competidores tienen la responsabilidad de impedir que se obstruya o se restrinja[22]. Como la corrupción en los mercados afecta al mercado como bien común, pues incrementa los costos de transacción para los competidores y excluye a aquellos que "no están dispuestos a incrementar tales costos a través de actos de corrupción" (Artaza, 2019: 10), resulta explicable que los agentes del mercado busquen en conjunto, mediante acciones colectivas, acordar la implementación de buenas prácticas para la transparencia de las transacciones económicas.

– Asociación Nacional de Empresarios de Colombia -ANDI (2016). Código de Ética y Transparencia de la Cámara Farmacéutica. https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PES/pacto-por-la-transparencia-farma.pdf.
– Asociación de Laboratorios y Farmacéuticos de Investigación y Desarrollo-AFIDRO (2022). Código de Ética. https://afidro.org/wp-content/uploads/2022/08/Codigo_de_Etica_AFIDRO_2022.pdf.

21 La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha considerado que la libre competencia es uno de los fundamentos del modelo de economía social de mercado, el cual resulta de un balance entre las características de un sistema económico capitalista, uno intervencionista y uno solidario. "Este modelo social de mercado se caracteriza por: a) reconocer derechos y libertades económicas individuales como la propiedad privada, la libertad de empresa, la iniciativa privada y derechos colectivos como la libre competencia económica y b) establecer que tales libertades pueden ser limitadas razonable y proporcionalmente" (Hernández-Zambrano, López-Castro, 2020: 77).

22 En Colombia, la libre competencia está consagrada en la Constitución (artículo 333) como una clase de libertad económica que da fundamento al modelo económico de economía social de mercado y también como un derecho colectivo (art. 88). En múltiples oportunidades la Corte Constitucional colombiana ha explicado el alcance del modelo de economía social de mercado y la importancia de la libre competencia como uno de sus pilares (Corte Constitucional, sentencias C-032 de 2017, C-228 de 2010, C-830 de 2010, C-263 de 2013, C-865 de 2004).

La normalización de actos que afectan la libre competencia genera una afectación a la "selección con base en el mérito"[23], el cual, en sistemas capitalistas, es considerado como un principio para la eficiencia del mercado (Clark, 2013: 2291). Esta afectación explica que los empresarios busquen acuerdos éticos de autorregulación gremial que les permitan cuidar la transparencia en las relaciones negociales pues esta resulta valiosa para el funcionamiento eficiente del mercado. El reconocimiento por parte de los empresarios de cómo las prácticas normalizadas de corrupción afectan a todo un sector puede encontrarse en algunas de las motivaciones de los pactos analizados para la redacción de este capítulo. Así, por ejemplo, las razones que llevaron a empresarios colombianos del sector de tubería a suscribir un pacto empresarial se fundamentan en los riesgos que conlleva la naturalización de prácticas corruptas en las transacciones públicas y privadas para la adquisición de infraestructura:

> En Colombia, la adquisición de tuberías para la infraestructura, el suministro de agua y otros servicios, ha sido a menudo vulnerable a la corrupción y al fraude. Las condiciones establecidas para participar en los procesos de licitaciones tienden a favorecer a ciertos ofertantes, al presentar pliegos con especificaciones comprometidas de antemano con un proveedor y desconsiderar el análisis técnico que debería primar en la atribución de contratos. Además, los sobornos forman parte frecuentemente de los procesos de contratación. Estas prácticas resultan en la pérdida de grandes cantidades de recursos públicos para proyectos de agua e infraestructura (Water Integrity Network, 2008: 1).

Otro ejemplo se encuentra en el Código de Ética de la Industria Farmacéutica (2022), que incluye como uno de sus objetivos "contribuir al desarrollo de un entorno de sana competencia" y promover "una industria responsable, íntegra, transparente y atenta a cualquier

---

[23] "*In instances of private-sector bribery, the action may appear to be a seemingly harmless hiring of a less qualified employee or the favoring of an inferior supplier. However, on a broad, international scale, such actions in the aggregate degrade certainty and honesty in business, increasing transaction costs for all. Employees from large companies can demand bribes or kickbacks from potential suppliers, or even disguise bribes through inappropriate gifts and hospitality to clients. As such, private sector bribery, committed repeatedly, has the effect of eliminating the principles of merit-based selection and fair competition that are essential to the functioning of efficient markets*" (Clark, 2013: 2291).

práctica desleal"[24] (Asociación de Laboratorios y Farmacéuticos de Investigación y Desarrollo-AFIDRO, 2022: 8).

3.1.2. Las partes y sus obligaciones

Los pactos empresariales son acuerdos plurilaterales celebrados por los empresarios, usualmente con la participación e iniciativa de las agremiaciones o asociaciones empresariales, con el objetivo de establecer reglas de transparencia entre competidores[25]. En los pactos empresariales las partes dejan consignados los mínimos éticos que rigen sus relaciones negociales con distribuidores, proveedores, compradores. La construcción del pacto implica identificar los riesgos de soborno y conflictos de interés asociados a prácticas de corrupción para el sector de negocios y definir medidas para contrarrestar los riesgos identificados. Así, más allá de las limitaciones legales, los actores de un sector económico determinado identifican las prácticas indebidas, que incluso son comercialmente aceptadas pues no han sido prohibidas legalmente aun cuando afectan la libre competencia en ese sector.

Algunos pactos crean instancias de seguimiento, establecen sanciones y un procedimiento sancionatorio para los infractores de las obligaciones. Estas instancias suelen denominarse comités de ética y los pactos pueden asignarles la competencia para adelantar investigaciones sobre posibles transgresiones a los acuerdos y ordenar las medidas que se hayan acordado para eventos de vulneración[26]. Otra posibilidad relacionada con la fuerza de las decisiones del comité de ética se encuentra en el "Acuerdo para prevenir prácticas de corrupción en las empresas fabricantes de tuberías de Colombia" (2005), el cual creó un comité de ética con calidad de amigable componedor. La asignación como amigable componedor permite que sus decisiones sean obligatorias para las partes pues prestan mérito ejecutivo de

---

24 *Vid.*: https://afidro.org/wp-content/uploads/2022/08/Codigo_de_Etica_AFIDRO_2022.pdf.

25 *Vid.*: Water Integrity Network (2008); Clark (2013).

26 Un recuento puede encontrarse en (Secretaría de transparencia - Presidencia de la República, 2017: 13-14).

tal manera que su cumplimiento puede exigirse judicialmente. Los pactos suelen además contemplar segundas instancias, encargadas de revisar las decisiones que toma el comité de ética. La composición de estas instancias se regula en el pacto.

Por tratarse de pactos celebrados entre empresarios competidores, el derecho de la competencia (que prohíbe acuerdos entre competidores) puede ser visto como un obstáculo para que los competidores se sienten a hablar sobre las prácticas deshonestas y acuerden eliminarlas en sus comportamientos empresariales. Así, en la construcción del "Acuerdo para prevenir prácticas de corrupción en las empresas fabricantes de tuberías de Colombia" (2005), cuando se identificó el riesgo de corrupción por la debilidad de la política de los precios de las empresas, se encontró arriesgado que se incluyeran en el acuerdo referencias a precios y descuentos, pues ello podría ser interpretado como un acto restrictivo de la competencia. Lo mismo ocurrió en relación con la extensión del acuerdo a los intermediarios distribuidores, mediante la suspensión de despachos a quienes no se unieran al cumplimiento del acuerdo, pues en este caso podría pensarse que se trataba de un acuerdo para fijar condiciones de venta o comercialización discriminatoria (Transparencia por Colombia, 2009). Por ello, las partes solicitaron a la Superintendencia de Industria y Comercio su visto bueno y esta entidad consideró que no se trataba de un acuerdo contrario a la libre competencia.

En todo caso, es usual que de manera general las empresas se comprometan a no incurrir en actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o en llevar a cabo actos de competencia desleal. Así, por ejemplo, en los pactos suscritos por la Secretaría de Transparencia en el año 2019 se encuentra la siguiente obligación de los gremios: "No celebrar acuerdos que prevengan, restrinjan, o distorsionen la competencia, ni incurrir en conductas abusivas o cualquier otro tipo de acto de competencia desleal"[27].

---

[27] La obligación se encuentra en los 12 acuerdos suscritos en el año 2019 por la Secretaría de Transparencia de la Vicepresidencia de la República de Colombia. Las páginas web para consultarlos se encuentran en el aparte de referencias de este capítulo. *Vid.*: http://www.secretariatransparencia.gov.co/politica-publica/Paginas/integridad-empresarial.aspx.

La participación de las empresas en acciones colectivas es un indicador para medir su contribución al desarrollo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. El *SDG Action Manager*[28], una herramienta online creada por el Pacto Global de las Naciones Unidas (ONU) y B-Lab para monitorear los progresos de las empresas en la Agenda 2030, incluye como uno de los criterios de medición la participación de las empresas en acciones colectivas. Mediante el *SDG Action Manager* las empresas se autoevalúan para identificar si incluyen dentro de sus prácticas relevantes "la creación de alianzas y colaboraciones audaces" que les permitan actuar "activamente en su comunidad empresarial, industria o entorno reglamentario con el objetivo de impulsar una economía equitativa, inclusiva y regenerativa, por ejemplo, mediante acciones de incidencia o la difusión de mejores prácticas" (BLab Global, 23 de febrero de 2022).

Quienes suscriben pactos empresariales reconocen que su celebración les permite obtener beneficios reputacionales. Algunos pactos empresariales crean sellos que pueden usar los suscribientes para generar confianza en sus grupos de interés. Algunas empresas firmantes de pactos consideran que hacer parte de acciones colectivas "ayuda a reducir imperfecciones del mercado a través del fortalecimiento de la reputación de las empresas" (Acción colectiva de ética y transparencia del sector eléctrico colombiano, abril de 2016: 6).

En consecuencia, el contenido de los pactos empresariales implica, cuando menos, la consideración de los siguientes factores: (a) la identificación de riesgos de corrupción y conflicto de interés; (b) un listado de compromisos para prevenir y sancionar los actos de corrupción; (c) el procedimiento y las instancias que enmarcan el compromiso anticorrupción; y (d) los intereses reputacionales de los actores involucrados.

---

[28] Esta herramienta de medición está disponible de manera gratuita y abierta en la página web: http://sdgactionmanager.com/ Este instrumento reúne la evaluación de Impacto B, los Diez Principios del Pacto Global de las Naciones Unidas y los ODS, incluye en su cuestionario la incorporación de acciones colectivas.

3.2. Pactos de integridad en la contratación estatal

3.2.1. El objetivo de un pacto de integridad está delimitado por el proceso de contratación al que acompaña

Los pactos de integridad son acuerdos público-privados en los que las partes se obligan al máximo nivel de transparencia y a denunciar el fraude y la corrupción en el marco de un proceso de contratación pública. De esa forma, estos compromisos de integridad entre los oferentes y la entidad pública pretenden generar procesos de selección más justos y mejorar las perspectivas de selección justa de un contratista (Transparencia Internacional, 2009).

Los pactos de integridad tienen una duración y objetivo delimitados por el proceso de contratación específico al que acompañan. Se espera que se contemplen desde el diseño de la licitación, de tal manera que durante el proceso de selección cada oferente interesado en participar declare que no ha pagado ni pagará sobornos para ganar la licitación o conservar el contrato. Los pactos de integridad tienen vigencia luego de la adjudicación del contrato y durante su ejecución pues siguen generando las obligaciones de no sobornar y la obligación de informar tanto para la entidad contratante como para el contratista seleccionado (Transparencia Internacional, 2009: 2).

3.2.2. Las partes y sus obligaciones

Los pactos de integridad contienen obligaciones de no hacer y de hacer. En cuanto a las obligaciones de no hacer, las empresas licitantes se obligan a abstenerse de pagar, ofrecer, exigir o aceptar sobornos o a actuar en colusión con otros competidores. Sobre las obligaciones que implican actuar, los oferentes deben informar todos los pagos realizados a cualquier persona en relación con el contrato. La entidad contratante se obliga a prevenir la corrupción y a seguir procedimientos transparentes. Las partes se obligan a la máxima transparencia y a monitorear y permitir que la información sea pública (Transparencia Internacional, 2009).

Los pactos de integridad establecen que, en caso de violación a las obligaciones de las partes, se prevén sanciones como "la pérdida o denegación de un contrato, la pérdida de la garantía de seriedad de la oferta o la garantía de cumplimiento y la responsabilidad por daños, hasta la inclusión en listas negras para futuros contratos en el caso de los oferentes, y medidas penales o disciplinarias contra los empleados del gobierno" (Transparencia Internacional, 2009: 1). La participación de un supervisor independiente, que acompaña el proceso de selección desde el diseño hasta la ejecución, es también una característica relevante.

En la siguiente tabla se identifican las diferencias fundamentales entre los pactos empresariales y los pactos de integridad:

Tabla 1. Comparación entre los pactos empresariales y pactos de integridad

	Pactos empresariales/códigos de ética sectoriales	**Pactos de integridad**
Objetivo	Establecer reglas de transparencia entre competidores de un sector económico.	Establecer reglas de transparencia en un proceso de contratación público específico.
Iniciativa	La iniciativa para su celebración viene de los empresarios y en ocasiones esa iniciativa es acompañada por el ministerio del ramo o por una agencia pública o privada anticorrupción.	La iniciativa para su celebración la realiza la entidad estatal que lleva a cabo el proceso de selección de un contratista.
Plazo	Larga duración / duración indefinida	El plazo está vinculado con la duración del proceso de selección del contratista y con la ejecución y liquidación del contrato.
Integrantes	Participación mixta: empresas, agremiaciones, ONG, entidades estatales	Participación mixta: entidad estatal contratante y participantes en la licitación
Supervisión	Interna: el pacto establece mecanismos internos de monitoreo e investigación de las transgresiones al pacto, por ejemplo, mediante la conformación de comités de ética.	Externa: el pacto prevé que los mecanismos de supervisión serán externos, por ejemplo, mediante denuncias ante las entidades competentes.

Fuente: elaboración propia.

4. EXPERIENCIAS DE AUTORREGULACIÓN

Dado que los pactos empresariales son fundamentalmente esquemas de autorregulación no es posible realizar un análisis de derecho comparado. Lo anterior porque la esencia de este tipo de acciones colectivas es que se promueven y desarrollan con independencia de las normas emitidas por las jurisdicciones estatales o como un complemento a la regulación —o a su inexistencia.

Dada la imposibilidad de sistematizar las incalculables experiencias de autorregulación que podrían estar desarrollándose en distintas jurisdicciones, este aparte mencionará de manera general algunos ejemplos que permiten concluir que, con independencia de la jurisdicción en la que se desarrollen, las acciones colectivas materializadas en pactos empresariales o códigos de ética sectoriales se caracterizan por: (a) ser acuerdos voluntarios entre empresarios competidores; (b) mediante los cuales las partes se comprometen a prevenir prácticas de soborno y corrupción y a desarrollar sus prácticas comerciales bajo estándares éticos; y (c) con el objetivo de mantener un mercado libre, transparente y confiable. Estos instrumentos se caracterizan también porque la eficacia de los compromisos depende de los mecanismos, sanciones e instancias creadas por el mismo acuerdo.

4.1. Experiencias no latinoamericanas

Si bien es posible encontrar muchas formas de acción colectiva en el ámbito global, podemos considerar tres experiencias que, por su alcance y nivel de desarrollo pueden considerarse como una buena representación de la implementación de las acciones colectivas para la anticorrupción a nivel transnacional. Las acciones en mención son *Alliance for Integrity* (AFI)[29], *Partnering Against Corruption Initiative* (PACI)[30] y *Maritime Anti-Corruption Network* (MACN)[31].

---

29 *Vid.*: www.allianceforintegrity.org.

30 *Vid.*: https://es.weforum.org/communities/partnering-against-corruption-initiative.

31 *Vid.*: https://macn.dk/.

La AFI, en funcionamiento desde 2014, está conformada por instituciones públicas, empresas, organizaciones internacionales y la sociedad civil, y tiene la particularidad de haber sido iniciada por el gobierno alemán y por mantener financiación del Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo de Alemania (BMZ), buscando el avance de los objetivos 16.5 y 17 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, y apuntando a la reducción de la corrupción y al aumento de la integridad en los negocios.

Sin embargo, más allá de la historia de su inicio, la AFI es impulsada por el sector empresarial, partiendo de las premisas de que, además de un problema moral, la corrupción es un impedimento para el éxito de las empresas, y de que son las empresas y asociaciones de negocios los actores mejor situados para la identificación de riesgos relacionados con cuestiones como el *compliance* y para compartir sus experiencias con miras a la formación de comunidades de práctica. El eje de funcionamiento de esta alianza es la capacitación de empresas sobre cuestiones como el conflicto de interés y otros temas relacionados con la corrupción que, en muchos casos, pasan desapercibidos por los funcionarios de estas entidades. Por una parte, las empresas multinacionales diligenciadas en Europa se benefician del conocimiento de campo sobre las condiciones de los negocios en otras ubicaciones a nivel global y, por otra parte, especialmente las pequeñas y medianas empresas de países en desarrollo se benefician de la capacidad añadida para la construcción de *compliance* (Alliance for Integrity, 2021).

En el caso del PACI, iniciativa del Foro Económico Mundial fundada en 2004, encontramos que se trata de una plataforma conformada por aproximadamente 90 signatarios entre los que se pueden encontrar empresas de diversos sectores como Microsoft Corporation, Ecopetrol S.A., Citigroup y Walmart Inc. PACI centra sus esfuerzos alrededor del uso de sus capacidades (que incluyen el carácter influyente de la voz de los CEO de algunas de las compañías más importantes del mundo) para la formación de políticas globales que permitan la competencia justa, impulsar acciones colectivas de alto impacto con otros miembros del PACI y con gobiernos interesados, el uso de la tecnología para combatir la corrupción, y el desarrollo e intercambio de casos de buenas prácticas anticorrupción a nivel glo-

bal que permitan la generación de confianza entre actores públicos y privados[32].

Finalmente, el MACN, fundada en 2011, es una iniciativa que cuenta con más de 180 compañías a nivel global y se consolida como uno de los ejemplos más relevantes en las acciones colectivas contra la corrupción, en este caso, en el sector marítimo. El eje de las actividades del MACN es la generación de conciencia en torno a la corrupción y los retos que implica, la implementación de principios anticorrupción y el intercambio de experiencias de buenas prácticas, la colaboración con otros actores como la sociedad civil, las ONG y los gobiernos para identificar las causas de la corrupción, y la creación de una cultura de integridad en la comunidad de los negocios marítimos. Vale la pena resaltar que los miembros del MACN operan más del 50% de las toneladas de comercio marítimo a nivel global[33] y han generado un sistema de reporte de incidentes en el que se han registrado, anónimamente, más de 50000 casos. Así, el MACN procura también por la provisión de recursos de apoyo para sus miembros con miras a la facilitación del manejo efectivo de la gestión de riesgos y el intercambio y creación de experiencias de éxito en el ámbito de las soluciones prácticas en contra de la corrupción.

De esta breve revisión de las tres acciones colectivas mencionadas, encontramos que, como muestra representativa de este tipo de acciones en el ámbito de la lucha contra la corrupción transnacional, además de los acuerdos sobre principios, estas acciones encuentran siempre, entre sus pilares fundamentales, la educación y creación de conciencia en torno a la corrupción y la operacionalización de los acuerdos y fines éticos perseguidos por estas. En otras palabras, gran parte de los esfuerzos actuales de las acciones colectivas anticorrupción se centran en educar sobre la corrupción en general y en la consolidación de comunidades de aprendizaje horizontal en los que puedan generarse prácticas y soluciones puntuales que promuevan la integridad, la transparencia y la competencia justa.

---

32 *Vid.*: https://www.weforum.org/communities/partnering-against-corruption-initiative.

33 *Vid.*: https://macn.dk/.

Encontramos entonces que las acciones colectivas se basan en acuerdos voluntarios, configurados a manera de *soft law*, que implican la negociación horizontal de valores y prácticas anticorrupción en sectores específicos (*cf.* European Union, 2023: 83), y una capacidad flexible para la generación de soluciones prácticas que van más allá de la declaración vertical y puramente formal de principios rectores para un sector de negocios.

4.2. Experiencias latinoamericanas

En Latinoamérica, destaca la experiencia de Brasil con el "Pacto Corporativo para la Integridad y contra la Corrupción" (2005) liderado por el Instituto Ethos de Empresas y Responsabilidad Empresarial y el Comité Brasileño del Pacto Global, el cual cuenta, a marzo de 2023, con la suscripción de 861 empresas[34]. Este pacto es un compromiso voluntario de las empresas para la implementación de prácticas de integridad. El pacto creó un "Grupo de Trabajo Permanente", el cual se encarga de desarrollar medidas para su eficacia[35].

El pacto establece cuatro grandes compromisos y enlista acciones particulares para alcanzar esos compromisos. La declaración del pacto y los compromisos generales son:

> Las empresas y demás organizaciones signatarias de este Pacto, Conscientes de que la sociedad civil brasileña espera de los agentes económicos la declaración de adhesión a principios, actitudes y procedimientos que puedan cambiar la vida política del País, así como desea que tales principios se pongan en práctica de forma efectiva;
> Deseosas de ofrecer a la nación una respuesta a la altura de sus expectativas; Determinadas a propagar buenas prácticas de ética empresarial, que puedan erradicar la corrupción del rol de las estrategias para obtener resultados económicos;
> Conscientes de que la erradicación de las prácticas ilegales, inmorales y antiéticas depende de un esfuerzo de los agentes económicos

---

34 *Vid.*: https://www.ethos.org.br/conteudo/signatarios-do-pacto-empresarial-pela-integridade-e-contra-corrupcao/.

35 La información sobre el Pacto, los compromisos y las empresas signatarias se encuentra en el sitio web de esta iniciativa: http://www.empresalimpa.org.br/.

> socialmente responsables para comprometer en tales iniciativas a un número cada vez mayor de empresas y organizaciones civiles;
>
> ASUMEN PÚBLICAMENTE EL COMPROMISO DE:
>
> 1. Adoptar, o reforzar todas las acciones y procedimientos necesarios para que las personas que integran sus estructuras conozcan las leyes a las que están vinculadas […].
> 2. Prohibir, o reforzar la prohibición de que cualquier persona u organización que actúe en nombre de las signatarias o en su beneficio se comprometa a dar u ofrezca (sic) soborno, entendiéndose por tal a los beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales, directos o indirectos, a cualquier agente público, ni siquiera para obtener decisión favorable a sus negocios […].
> 3. Prohibir, o reforzar la prohibición de que cualquier persona u organización que actúe en nombre de los signatarios o en su beneficio contribuya a campañas electorales con el fin de obtener algún beneficio propio de cualquier tipo o con el objetivo de evitar persecuciones u omisiones ilegales […].
> 4. Prohibir o reforzar la prohibición de que cualquier persona u organización que actúe en nombre de las signatarias, sea como representante, agente, mandatario o bajo cualquier otro vínculo, utilice cualquier medio inmoral o antiético en los relacionamientos con agentes públicos (Contraloría General de la Unión; Instituto Ethos de Empresas y Responsabilidad Social; Grupo de Trabajo del Pacto Empresarial por la Integridad Contra la Corrupción, 2010: 54)[36].

Así mismo, lejos de intentar sistematizar la experiencia Latinoamérica y solo por mostrar otros ejemplos, se podrían mencionar en México el Código de Ética y Transparencia del Consejo de Ética y Transparencia de la Industria Farmacéutica- Cetifarma, México, 2005[37] y el Código de Interacción con los Profesionales del Cuidado de la Salud 2019 de la Asociación Mexicana de Industrias Innovadoras de Dispositivos Médicos (AMID)[38]. Además, en el sector farmacéutico vale la pena mencionar un código que tiene un alcance regional: el Código de Buenas prácticas suscrito por las empresas

---

36 El texto en portugués se encuentra en la página web http://www.empresalimpa.org.br/index.php/empresa-limpa/pacto-contra-a-corrupcao/termo-de-adesao.

37 *Vid.*: https://cetifarma.org.mx/wp-content/uploads/docs/docs/CodigoEticayTransparenciadelaIndustriaFarmaceutica.pdf. Consultado el 9 de marzo de 2023.

38 *Vid.*: https://amid.org.mx/codigo-de-interaccion/.

biofarmacéuticas que conforman la Federación Centroamericana y del Caribe de Laboratorios Farmacéuticos —FEDEFARMA[39]—. Estos ejemplos muestran que el Sector Farmacéutico es un caso que merece un análisis particular pues la preocupación por la corrupción privada se hace latente por tratarse de bienes y servicios que se relacionan con la provisión privada de un bien público como es la salud.

4.3. El caso colombiano

En Colombia[40], el primer pacto empresarial celebrado, del cual existe información, fue el "Acuerdo para prevenir prácticas de corrupción en las empresas fabricantes de tuberías de Colombia". En el 2005, el 95% de las empresas del sector (11 fabricantes de tubos de 12 posibles) celebraron en la Vicepresidencia de la República el pacto bajo el principio:

> […] no pague, no ofrezca, no reciba, no pida dádivas o cualquier otra ventaja con la intención de inducir a realizar una acción deshonesta, ilegal o que pudiera ocasionar pérdida de confianza en la conducción de las actividades comerciales de la empresa (Empresas del sector de Tuberías, 2005).

El pacto se celebró por iniciativa de la Asociación Colombiana de Ingeniería Sanitaria y Ambiental (ACODAL), gremio que agrupa a las empresas proveedoras de tuberías para el sector de infraestructura de servicios públicos. La iniciativa tuvo el apoyo de la ONG Transparencia por Colombia y el visto bueno de la Superintendencia de Industria y Comercio[41].

---

39 *Vid.*: https://fedefarma.org/wp-content/themes/fedefarma/recursos/IFPMA_Code_of_Practice_2019_SP.pdf.

40 Este aparte se construyó a partir de la información que la Secretaría de Transparencia de Colombia entregó a los autores de esta investigación como respuesta a un derecho de petición en el OFI21-00043810 del 25 de marzo de 2021. También se consultaron los textos de los pactos que se encuentran publicados en la página web de la Secretaría de Transparencia o en las páginas web de agremiaciones firmantes.

41 *Vid.*: https://fedefarma.org/wp-content/themes/fedefarma/recursos/IFPMA_Code_of_Practice_2019_SP.pdf.

Este pacto, pionero en Colombia, ha sido el acuerdo colectivo más documentado. Narrar esta experiencia resulta útil en este trabajo, pues permite identificar el proceso de construcción de un pacto y su contenido. La ONG Transparencia por Colombia registró los detalles de la construcción de este pacto y explicó las razones que motivaron a los empresarios a la celebración del acuerdo. De conformidad con esta ONG, la falta de transparencia en los negocios de ese sector "generó un ambiente de desconfianza y una crisis de credibilidad en su actividad empresarial […]. Esta situación se agudizó en los primeros años de 2000 y se tornó inmanejable para las empresas y para el mismo gremio" (Transparencia por Colombia, s.f.: 4). Los tubos son utilizados para obras de infraestructura, por ello una de las principales motivaciones para la celebración del acuerdo de autorregulación estaba vinculada con la pérdida de recursos públicos y privados y una afectación a la calidad y durabilidad de los tubos (p. 20). De esa forma:

> […] esta iniciativa colectiva respondía a la voluntad de reducir la desconfianza y la falta de credibilidad que existía en la industria manufacturera de tubos, y buscaba remediar una situación que se había vuelto inmanejable para las empresas (Water Integrity Network, 2008: 1).

La construcción del acuerdo comenzó con en 2003 con la suscripción de un Memorando de Entendimiento y la adhesión de las empresas a los Principios Empresariales para Contrarrestar el Soborno de Transparencia Internacional. Posteriormente, las partes identificaron riesgos de soborno y conflictos de interés asociados a prácticas de corrupción sectoriales (*Cf.* Water Integrity Network, 2008).

Según lo explica Transparencia por Colombia, las partes identificaron la inexistencia, al interior de las empresas, de reglas para la aprobación de donaciones, patrocinios y regalos a clientes. Las partes identificaron también debilidades en la política de precios, especialmente en relación con los amplios rangos de descuentos en la cadena de distribución o en las comisiones por ventas, que generaban incentivos para que comisionistas e intermediarios realizaran sobornos y "la existencia de arreglos entre fabricantes y contratantes con el fin de tener acceso a información privilegiada y entre fabricantes y distribuidores para ajustar precios en las cotizaciones y acceder a contratos con entidades públicas" (Transparencia por Colombia, s.f.: 32).

Luego de identificar los riesgos de corrupción, las partes establecieron medidas para minimizarlos. De esa forma, el acuerdo prohibió los sobornos directos e indirectos, los pagos de facilitación y la financiación directa de campañas políticas por parte de las empresas. Frente al espacio de maniobra para el soborno por parte de los integrantes de la cadena de distribución debido a la diferencia entre el precio de referencia y el real de ventas de los tubos, las partes se comprometieron a:

> Ajustar de manera racional, gradual y progresiva a la realidad del mercado, el espacio o la franja que existe entre el precio de referencia y el promedio real de venta, para efectos de disminuir la maniobrabilidad que propicia el soborno. Para estos efectos cada una de las empresas firmantes se compromete a hacer el primer ajuste en el corto plazo (primer semestre 2005). En el caso que sea necesario, las empresas suministrarán la información que sea requerida por el Comité de Ética para verificar la implementación de esta medida, instancia que guardará completa confidencialidad sobre la información allegada" (Empresas del sector de Tuberías, 2005).

Como se había identificado que una práctica de corrupción podría ser la elaboración de productos por debajo de la calidad deseable, se estableció que las partes debían entregan los tubos según las especificaciones contenidas en los pliegos de condiciones creados para la celebración de contratos estatales.

Uno de los asuntos más interesantes que incluye este acuerdo es la extensión de los compromisos a empresarios no signatarios del pacto. Las empresas fabricantes suscriptoras del acuerdo se comprometieron a hacer extensivo el acuerdo a los distribuidores e intermediarios. La irradiación del ámbito de aplicación del acuerdo se generaría mediante la inclusión de cláusulas en los contratos de distribución celebrados por las empresas signatarias con sus intermediarios. En los contratos se incluiría la obligación a cargo de los distribuidores de conocer y adherir al contenido del Acuerdo celebrado entre los fabricantes. A los nuevos distribuidores se les exigiría la adhesión al Acuerdo como una condición para celebrar la relación comercial y frente a intermediarios con contratos celebrados, la obligación se incluiría mediante la suscripción de otrosíes. Los contratos incluirían la facultad de terminación unilateral si el intermediario incumplía las obligaciones del pacto (Empresas del sector de Tuberías, 2005).

Ante los incumplimientos del acuerdo, se previó que el Comité de Ética enviara una amonestación privada a la empresa infractora. Si se reitera la práctica, el comité debe enviar una comunicación a la Junta Directiva de la empresa, a la Junta Directiva de ACODAL y a cada una de las empresas firmantes. Incurrir en una práctica violatoria del Acuerdo implicaría también restricciones para hacer uso del sello o distintivo diseñado para identificar a las empresas firmantes del Acuerdo.

Frente a intermediarios/distribuidores, se incluyó la sanción de suspensión:

> […] que consiste en la obligación que se impone al infractor de abstenerse de celebrar cualquier tipo de contrato (que implique la entrega a cualquier título de bienes objeto de intermediación) con los Fabricantes o Productores, quienes a su vez no podrán contratar con la persona a quien se le haya impuesto tal sanción por el término de seis meses (Empresas del sector de Tuberías, 2005).

En el año 2015, el sector eléctrico celebró el pacto "Acción colectiva de ética y transparencia del sector eléctrico colombiano"[42]. A diferencia del pacto de las empresas del sector de tuberías, este pacto creó una "política de gobierno corporativo", mediante la cual se establecieron compromisos de los miembros y una estructura organizacional para la toma de decisiones: una asamblea de miembros, una secretaría y comités técnicos. También se establecieron las causales de incumplimiento del acuerdo, los requisitos y el procedimiento para la integración de nuevos miembros y los mecanismos de verificación del cumplimiento de los compromisos, los cuales están esencialmente relacionados con la entrega de informes de cumplimiento de parte de los miembros, la publicación de estos informes en las páginas web de las empresas, y obligaciones de seguimiento a cargo de la secretaría y los comités técnicos (Alliance for Integrity, 2022).

Las empresas del sector eléctrico se obligaron a: (a) adoptar los Principios Empresariales para Contrarrestar el Soborno emitidos por Transparencia Internacional; (b) promover la competencia en el sec-

---

42 *Vid.*: https://www.xm.com.co/sostenibilidad/accion-colectiva-de-etica-y-transparencia.

tor eléctrico; y (c) desarrollar "al interior de cada empresa, un mapa de riesgos de corrupción, de prácticas restrictivas de competencia y de lavado de activos y financiación del terrorismo, incluyendo las medidas de administración pertinentes, así como también contribuir con la elaboración del mismo para el Sector (Empresas del sector eléctrico, 2016: 1).

Durante los años 2015 y 2016 se suscribieron pactos en el sector salud, que aunque llevan el nombre de "códigos de ética", responden a los elementos de los pactos empresariales: son el resultado de la cooperación entre actores individuales con el objetivo de establecer reglas de transparencia entre competidores. Así, se expidieron el Código de Ética de la Cámara de Dispositivos Médicos e Insumos para la Salud de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), el Código de Ética y Transparencia de la Cámara Farmacéutica de la ANDI y el Código de Ética de la Asociación de Laboratorios y Farmacéuticos de Investigación y Desarrollo (AFIDRO).

El código de dispositivos médicos recauda algunas pautas generales sobre las actividades de promoción y patrocinios de empresas que arriendan, entregan en comodato, reparan o venden dispositivos médicos. También, se refiere a los contratos de consultoría entre profesionales médicos y estas empresas. De conformidad con el código, "las compañías no podrán ofrecer dinero en efectivo o un medio equivalente" a los profesionales de salud. Así mismo, se mencionan algunas pautas paralos patrocinios de eventos académicos, las visitas a plantas de producción, la presentación de productos, las donaciones de estas empresas y las demostraciones de dispositivos médicos. De conformidad con este código es responsabilidad de los proveedores de tecnologías médicas brindar la educación y el entrenamiento apropiado sobre sus productos y servicios (ANDI, 2015).

De otra parte, el Código de Ética y Transparencia de la Cámara Farmacéutica de la ANDI es uno de los marcos autorregulatorios más completos que se hayan expedido en Colombia (ANDI, 2016). Este Código incluye principios rectores de las farmacéuticas agrupados en cada uno de estos ámbitos: investigación, desarrollo, producción, promoción, venta y distribución de medicamentos. Así mismo, prohíbe a las compañías:

- Ofrecer, prometer o pagar algo de valor, directa o indirectamente, a un funcionario del sistema de salud, a un miembro de su familia, a una entidad legal de su propiedad o bajo su control o el de su familia o a un tercero relacionado con este para asegurar una ventaja comercial indebida o para obtener, retener o direccionar negocios hacia la compañía.
- Ofrecer, prometer o realizar pagos a un funcionario del sistema de salud, directa o indirectamente, para facilitar o agilizar trámites o acciones que corresponden al ámbito de su competencia.
- Discutir con personal de compras/adquisiciones o regulatorios, la posibilidad de oportunidades para el funcionario o algún familiar de este, relacionadas con la compañía.
- Solicitar u obtener información privilegiada o confidencial de la entidad o de posibles competidores.
- Ejercer indebidamente influencias sobre un funcionario del sistema de salud en asuntos que este se encuentre conociendo o haya de conocer, con el fin de obtener cualquier beneficio económico […].
- [O]frecer o realizar pagos, favores, prerrogativas, recompensas, o gratificaciones, que tengan la potencialidad de incidir en las decisiones de funcionarios públicos, profesionales u organizaciones de la salud, pacientes, proveedores, fundaciones o agremiaciones de pacientes, sean personas jurídicas o naturales, con el propósito de obtener o mantener algún beneficio y/o asegurar un provecho injustificado (ANDI, 2016).

En este Código también se establece la obligación de las empresas farmacéuticas de evitar entablar relaciones con funcionarios del sistema de salud susceptibles de generar un conflicto de interés. Así mismo, se prohíbe que las compañías farmacéuticas lleven a cabo operaciones con empresas cuyos recursos provengan de actividades ilegales, para lo cual deberán implementar un programa de debida diligencia e incluir en sus contratos causales de terminación anticipada que operan en aquellos casos en los que la otra parte se encuentre incursa en sanciones por corrupción (ANDI, 2016).

Lo interesante de este código es que creó una estructura y un procedimiento para su implementación y cumplimiento. Así mismo, estableció sanciones por su incumplimiento. La información sobre el desarrollo de este pacto es de fácil consulta en la página web de la ANDI. Allí es posible encontrar conceptos emitidos por el comité técnico, material formativo y referencias a sanciones. Por ejemplo, se menciona una sanción relacionada con el incumplimiento de las

reglas sobre la realización de eventos y actividades promocionales y de publicidad de medicamentos de venta libre dirigidas al consumidor a lo largo del territorio nacional, en establecimientos abiertos al público. En este caso, el Comité Externo de Ética, que tiene la competencia para decidir sobre las denuncias que se efectúen por presuntas infracciones al Código, calificó la infracción como grave y estableció una sanción pecuniaria de 50 salarios mínimos y la obligación para el infractor de realizar un instructivo sobre promoción y mercado productos[43].

El Código de buenas prácticas de AFIDRO fue actualizado en el 2022. En este documento, se incluyen, además de las prohibiciones que se encuentran en el Código de la Cámara Farmacéutica de la ANDI, la obligación de que las prácticas promocionales de la industria farmacéutica en Colombia que sean dirigidas a profesionales de la salud, a la cadena de distribución y a los pacientes en el caso de medicamentos de venta libreresponden a estándares éticos internacionales. En ese sentido, se prohíbe "cualquier tipo de actividad de promoción o comercialización de medicamentos bajo el sistema de premios en dinero o en especie tales como rifas, acumulación o entrega de puntos u otra modalidad similar que en esencia suponga que la opción para participar en tal actividad o la entrega de tal beneficio para el tercero dependa de la prescripción, dispensación, recomendación, compra, venta, disposición, consumo o uso de un medicamento" (AFIDRO, 2022: 11). El Código establece los casos en los cuales se podrán entregar muestras médicas a los Profesionales de la Salud y la forma en la que las compañías se relacionan con Organizaciones de Pacientes y con programas de Apoyo a Pacientes. Este Código establece un procedimiento para transacciones y sanciones, mecanismos de solución de controversias, y la conformación y funcionamiento de un Tribunal Externo de Ética y la Instancia Superior de Apelación, quienes resuelven en primera y segunda instancia las denuncias por infracciones al Código de Ética.

---

43 *Vid.*: https://www.andi.com.co/Uploads/CODIGO%20DE%20ETICA_CSD_WEB.pdf.

En el año 2017, la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República le dio un importante espaldarazo a la celebración de pactos empresariales con la publicación de la "Guía para la construcción de pactos empresariales de transparencia y anticorrupción" (Secretaría de transparencia - Presidencia de la República, 2017). Este documento describe el procedimiento para la construcción de estos pactos y realiza recomendaciones sobre los planes de acción de las empresas para la implementación del pacto.

El 9 de diciembre de 2019 se suscribieron 12 pactos "de la integridad y la lucha contra la corrupción" en distintos sectores. Esos pactos presentan una estructura y contenidos casi idénticos. Todos tienen una parte inicial de consideraciones, luego un listado de 8 compromisos y finalizan con una superflua descripción del pacto. En las consideraciones, los acuerdos se refieren a la necesidad de que las empresas contribuyan mediante "una autorregulación voluntaria" a "la mayor transparencia y el cumplimiento de estándares de responsabilidad empresarial".

En definitiva, este tipo de pactos se caracterizan por haber sido promovidos por la Secretaría de Transparencia de la Vicepresidencia de la República y por la participación como suscriptores del ministerio del ramo respectivo y por asociaciones gremiales, no por los empresarios directamente. Quizás a ello se debe que se trate de documentos con compromisos abstractos. Así, a pesar de la diversidad de prácticas que se podrían presentar en cada uno de los sectores empresariales, estos pactos no tienen una identificación juiciosa de los riesgos que cada sector enfrenta, ni tampoco crean comités de ética o sancionan el incumplimiento de las obligaciones. De esa forma, aunque responden a las características de pactos empresariales no parecen tener la fuerza que se espera de un acuerdo sostenible contra la corrupción[44]. Así mismo, los que se enlistan como "compro-

---

[44] Los 12 pactos se suscribieron por gremios de los siguientes sectores: Minero-Energético; Economía Naranja; Sector agropecuario; vigilancia y seguridad; deporte; ecosistema crediticio; infraestructura para vivienda; químico; servicios públicos domiciliarios; tecnologías de la información y comunicaciones y turismo. Según la información que aparece en la página web de la Secretaría de Transparencia de la República de Colombia, se suscribieron

misos" son meras declaraciones de mejores esfuerzos sin contenido vinculante.

La siguiente tabla muestra los sectores que celebraron en el 2019, los pactos "de la integridad y la lucha contra la corrupción":

Sector	Compromisos
Minero-Energético	1. Incorporar el *Integrity App*[45] y "considerar" la aplicación de las mejores prácticas de integridad y cumplimiento a partir de los resultados obtenidos en la autoevaluación para modificar y/o mejorar, "en la medida de lo posible", sus mecanismos de prevención y mitigación de hechos de corrupción. 2. Conducir sus actividades comerciales de forma justa, honesta y transparente 3. No incurrir y denunciar la comisión de delitos contra la administración pública y el orden económico social. 4. No celebrar acuerdos que prevengan, restrinjan, o distorsionen la competencia, ni incurrir en conductas abusivas o cualquier otro tipo de acto de competencia desleal. 5. Combatir la corrupción en todas sus formas y reportar los casos de corrupción. 6. Desplegar los mejores esfuerzos para respetar y acatar los principios rectores contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
Economía Naranja	
Sector Agropecuario	
Sector Vigilancia y Seguridad	
Sector Deporte	
Sector Ecosistema Crediticio	
Sector Infraestructura para Vivienda	
Sector Químico	
Sector de Servicios Públicos Domiciliarios	
Sector de Tecnologías de Información y Comunicación (TICS)	

"12 pactos de integridad y transparencia que agrupan 52 gremios del país, aproximadamente 37,670 empresas". Secretaría de Transparencia. "Integridad en el sector privado". Consultado en: http://www.secretariatransparencia.gov.co/politica-publica/pactos-con-gremios.

45 Integrity App es un sitio web para la autoevaluación de programas de integridad. Las empresas contestan un cuestionario y reciben una puntuación de 0 a 100 que indica su nivel de adhesión a las normas de integridad empresarial (Integrity App (s.f.), Términos y condiciones de uso. *Vid.*: https://theintegrityapp.com/.

Sector	Compromisos
Sector Transporte	7. Ser parte del programa de gobierno "ruta de la integridad empresarial". 8. Adicionalmente, el ministerio del ramo se encargará de promover la implementación de la ruta de integridad para lograr condiciones idóneas de competitividad.
Sector Turismo	

Fuente: Secretaría de Transparencia (s.f.). Pactos firmados con gremios. Disponible en: http://www.secretariatransparencia.gov.co/politica-publica/pactos-con-gremios. Consultado el 1 de octubre de 2023.

5. LAS ACCIONES COLECTIVAS EN MATERIA DE CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

Para que el problema de la corrupción transnacional sea manejable, debemos aproximarnos al concepto a través de sus características más conspicuas. De esta manera, la corrupción transnacional, en lo tocante al crimen organizado, debe entenderse como un problema causado por actos criminales coordinados e intencionales[46]. Esto los distingue de otras problemáticas que, aunque arraigadas en la estructura de un sistema social, político o económico, se componen de la conjunción de acciones criminales aleatorias, individuales y no planificadas. De igual manera, se trata de un fenómeno en constante cambio, que se amolda a las ventanas de oportunidad que se presentan, según la disponibilidad de factores como herramientas tecnológicas, vacíos de vigilancia y control, y crisis sociales, económicas e institucionales en diferentes lugares del mundo. Entonces, encontramos

[46] Esta perspectiva es consistente con la definición de "grupo delictivo organizado", provista por la *Convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada trasnacional y sus protocolos*, según la cual este se entiende como "un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material" (Naciones Unidas, 2004: 5).

que la corrupción transnacional tiene dos características distintivas: (a) la coordinación intencionada: y (b) el cambio constante en las acciones y circunstancias que le rodean (Naciones Unidas, 2004). A partir de estas dos primeras características, se hace patente que la unidad de análisis para este fenómeno debe ser el delincuente, que se mantiene estable como objeto de estudio; no el delito, que cambia constantemente.

Así, el fenómeno de la corrupción transnacional, desde una perspectiva positivista, puede analizarse partiendo de la idea de sujetos coordinados que actúan delincuencialmente, generando efectos dañinos que pueden atarse a dicho sujeto por medio de dos criterios: intención y causalidad. Siguiendo esta idea, la corrupción transnacional puede entenderse y analizarse, inicialmente, bajo el supuesto de la existencia de un sujeto colectivo que ejerce influencia, intencionalmente, sobre sí mismo y sobre el estado de cosas en el mundo, por medio de las propias acciones[47], con fines proscritos por la ley. Luego, podemos añadir que se trata de un grupo de personas que se coordinan, intencionalmente, para cometer actos (ilegales) de corrupción, con miras a la obtención de ganancias privadas[48].

A partir de esta delimitación del problema, podría proponerse que, identificado el actor que comete el daño, solo restaría encontrar la autoridad pertinente para exigir la regulación, vigilancia y control de las actividades relacionadas, de forma tal que se prevengan o castiguen las acciones de corrupción. Sin embargo, hay una dificultad significativa: identificar un actor con la autoridad, jurisdicción y capacidad para lidiar con las diferentes manifestaciones de la corrupción transnacional causada por el crimen organizado no es tan sencillo. Por la naturaleza misma del fenómeno, es difícil encontrar un actor que cuente con las características mencionadas.

---

47 Referimos acá a la noción de agencia, presente tanto en la filosofía como en el la psicología del comportamiento, siguiendo la presentación de Bandura (2016: 4).

48 No obstante, como lo vimos antes, esto es una simplificación del problema tal y como se presenta en la práctica.

En primer lugar, como se mencionó en la primera sección, la solución tradicional a la regulación y supervisión de actividades delictivas, basada en la acción estatal, resulta necesariamente limitada dada la naturaleza transnacional de la corrupción. La acción organizada del crimen transnacional habría de ser contrarrestada, por lo menos, a través la organización transnacional de los Estados afectados por este tipo de delito.

No obstante, por lo menos dos problemas aparecen con la proposición de la acción entre Estados para la solución al problema de la corrupción transnacional: por una parte, la dificultad de coordinación de las acciones y regulaciones estatales (desde el problema de la legitimidad de la coordinación emanada originalmente de la representatividad de las decisiones, el obstáculo de la autodeterminación, los intereses estatales en conflicto y los conceptos de ciudadanía y jurisdicción) y, por otra, la limitación de las acciones públicas, teniendo en cuenta que existen actores privados con la capacidad de obstaculizar o cooptar las decisiones y acciones de los Estados[49]. Estas dos dificultades tienen un punto en común, a saber, la necesidad de incluir a uno de los actores que también fungen como víctimas, y como participantes, de la corrupción transnacional: las empresas privadas.

Como lo vimos en la primera y segunda sección de este capítulo, la configuración de acciones colectivas por parte de las empresas se convierte en una necesidad, dado el contexto, para la confrontación de un fenómeno colectivo y transnacional de corrupción. Aparte de los rezagos de efectividad que muestran algunas iniciativas público-privadas, encontramos varias razones de peso para la implementación de acciones colectivas, bajo su forma de pactos empresariales, como un mecanismo, entre otros, adecuado para afrontar la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT).

---

[49] Por ejemplo, encontramos el caso ENRON (Bondarenko, 2023).

Sabiendo que antes de la consideración del COT, las barreras jurisdiccionales y el pluralismo jurídico marcan unas condiciones estructurales en el marco internacional que hacen: (a) que la regulación, seguimiento y control de la corrupción sean difíciles de adelantar unificadamente; (b) que dicha dificultad de unificación aumenta el riesgo de corrupción especialmente en contextos donde la regulación pública es débil, laxa o inexistente; (c) que la corrupción es un daño al Estado democrático de derecho y a la libre competencia entre actores privados y, en cierta medida, un mal público cuya existencia afecta a la colectividad de los actores interesados; y que la corrupción se adelanta, en muchos casos, desde esfuerzos criminales coordinados; vemos que se hace ineludible la implementación de la habilidad colectiva para la ejecución de acciones que defiendan los bienes y valores menoscabados por los fenómenos de corrupción.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. Conclusiones

Teniendo en cuenta que soluciones como la gobernanza pública global sobre la corrupción trasnacional no es plausible, por dificultades prácticas y normativas, encontramos que la coordinación entre privados a través de pactos empresariales o códigos de ética sectoriales se erige como una buena medida de contención. Primero, encontramos que las empresas tienen *prima facie* un interés en la competencia justa y reglamentada, dadas las ventajas de la reducción de costos de transacción y la estabilización de las expectativas sobre las posibles acciones de los demás actores en el mercado. Segundo, teniendo libertad sobre los términos de los pactos y sobre la modificación de cláusulas y contratos (aspecto sobre el que la regulación pública tiene poca injerencia), las empresas tienen colectivamente, según el sector económico, la posibilidad de intervenir en áreas prácticas sensibles a la corrupción como la división de responsabilidades con proveedores y procesos de subcontratación. Tercero, teniendo el interés y el poder de injerencia, en casos en los que las empresas tienen alcance internacional, estas tienen el privilegio, mediante sus reglamentaciones internas y pactos comunes de reglamentar a través

de fronteras nacionales, la forma en la que se adelantan diferentes, prácticas en negocios y licitaciones. Cuarto, sabiendo de la distinción porosa entre lo público y lo privado, mediante la acción colectiva las empresas tienen la posibilidad de reglamentar prácticas de negocios vía *soft law* que, de ser efectiva, puede transformarse en *hard law* o por lo menos erigirse como una práctica que, generando un nuevo *statu quo* más justo que, por ser el estado de cosas por defecto para todos los participantes en el mercado —y en la sociedad en general— puede esperarse tendrá efectos sobre la motivación de quienes quieran participar en los mercados donde rigen los pactos empresariales. En otras palabras, la existencia de reglas y su efectividad son en sí mismas una razón para cumplirlas.

Un problema típico de las faltas éticas y de, en nuestro caso, la corrupción en ámbitos nacionales e internacionales, es que aunque denunciamos el problema de la corrupción como el flagelo central de preocupación, no entendemos cómo se materializa la corrupción en las prácticas cotidianas de los negocios públicos y privados desde el contexto experiencial del funcionario; no entendemos que propiciamos actos, estructuras y sistemas corruptos desde nuestras prácticas consuetudinarias que configuran el *statu quo* a nivel global, desde la cotidianidad de nuestros roles específicos en las estructuras sociales que los mantienen.

La sensibilización y educación práctica y teórica sobre las particularidades del problema se vuelven, como se hace evidente en las acciones colectivas más prominentes a nivel internacional, fundamentales para la confrontación efectiva del problema. Esa educación o conocimiento práctico o alfabetismo básicos respecto del problema se configura como un marco fundamental para la mitigación del fenómeno que posibilita la acción conjunta para la conformación de prácticas y soluciones en el terreno, a la vez que se ha consolidado una cultura anticorrupción. Teniendo en cuenta que la corrupción de un sistema tiene que ver con su mala interpretación, con el daño a su propósito moral, a sus principios, valores y propuestas fundamentales, vemos que el éxito de la modificación de la conducta está en la concientización de la participación cotidiana en la construcción y mantenimiento de un *statu quo* corrupto.

Por la naturaleza esencialmente autorregulada de los códigos de ética sectoriales, las recomendaciones que surgen de este texto están relacionadas con la necesidad verificar la eficacia práctica de los acuerdos. Las iniciativas empresariales son recientes y la determinación de sus efectos merece ser estudiada con detenimiento. Ello permitiría identificar si los acuerdos son meras declaraciones de voluntad o si han tenido un impacto en las modificaciones de las prácticas que pretenden controlar y desincentivar.

6.2. Recomendaciones para América Latina

A la luz de lo anterior se proponen las siguientes recomendaciones para América Latina, las cuales también son aplicables en el caso colombiano:

1. Para lograr que los compromisos éticos voluntarios generen acciones concretas es necesario que los pactos empresariales o los códigos de ética sectoriales incluyan comités de ética con procedimientos y atribuciones que sean públicos y vinculantes. En concordancia, además del establecimiento de valores y fines claros— según el sector o gremio del que se trate — es necesario que haya incentivos positivos y negativos que se materialicen con constancia mediante procedimientos conocidos, publicitados y aceptados, por lo menos por las partes voluntariamente vinculadas.
2. Dado que los pactos empresariales toman forma gracias a la participación de actores influyentes en los diferentes sectores económicos, el aprovechamiento de dicha capacidad de influencia es fundamental en tanto que los efectos anticorrupción deben esperarse sobre un sector, no solo sobre los pactantes. En consonancia, los acuerdos y compromisos adquiridos no solo han de tomarse a título individualizado, sino que debe considerarse la posibilidad de hacerlos extensivos a los actores que interactúan cotidianamente con las partes directamente vinculadas al pacto. De este modo, se facilita la estandarización ética en los compromisos y prácticas que deben adelantar proveedores, subcontratistas, etc.

3. Teniendo en cuenta que, en su mayoría, los pactos empresariales se consolidan en torno a valores e intereses propios de una perspectiva particular—la de los empresarios—vale la pena tomar medidas que promuevan la inclusión y legitimidad de los pactos y que mitiguen los riesgos de sesgos de confirmación, efectos cascada, etc. Así, se recomienda que dentro del comité de ética o en el organigrama de los pactos se incluya la validación o auditoría por parte de actores externos. De esta manera, por una parte, se mitiga el problema de la "perspectiva interna" que, a pesar de sus intenciones, afecta a las teorías y prácticas de *stakeholders* (*cf.* Hansson, 2018) y, por otra parte, se generan canales adicionales de evaluación que sirven a los fines funcionales de mejoramiento constante y a la reputación del pacto y sus integrantes.

4. Se recomienda a las empresas que hacen parte de acciones colectivas incluir planes de acción que impliquen dar a conocer los acuerdos suscritos mediante estrategias de difusión que les permitan a los trabajadores, consumidores y otros grupos de interés conocer los compromisos de los empresarios y los mecanismos de denuncia en casos de su vulneración.

5. El reconocimiento visible del cumplimiento de los pactos funciona como incentivo para los actores del sector y para el escrutinio público. Así, por ejemplo, como parte de las estrategias de publicidad, los pactos o códigos de ética podrían crear reconocimientos mediante marcas o insignias que pueden usar las partes, de tal manera que la comunidad reconozca que esas empresas que emplean ese sello se encuentran comprometidas con estándares éticos que van más allá del cumplimiento de la ley. Los pactos pueden incluir como sanción del incumpliendo la imposibilidad de usar esta marca, sello o insignia.

6. Se recomienda que los pactos incluyan herramientas que permitan identificar los riesgos de corrupción en los procesos y prácticas empresariales y en las cadenas de valor. Así mismo, se recomienda prever la solución de mecanismos confiables para la denuncia de incumplimientos. De esta manera se contribuye a la generación de una guía práctica para el seguimiento de los valores e interés que motivan la construcción del pacto.

6.3. Recomendaciones para Colombia

Además de las recomendaciones realizadas en el apartado anterior para los países de América Latina, las cuales son también aplicables para Colombia, se recomienda la adopción de las siguientes medidas específicas en el caso colombiano:

1. La Secretaría de Transparencia de Colombia realizó un importante trabajo con la suscripción de acuerdos con 52 gremios de 12 importantes sectores empresariales en el año 2019. Sin embargo, los acuerdos no establecieron compromisos concretos para cada sector, ni comités de ética, ni mecanismos de seguimiento, lo cual hace que estos acuerdos no sean más que declaraciones abstractas sin impacto en las prácticas empresariales. Aunque los pactos no establecen compromisos que vayan más allá de la obligación de las partes de cumplir la ley, es resaltable que, en el formato de "pacto de la integridad y lucha contra la corrupción" utilizado en todos los 12 casos, se haya incluido el compromiso de los gremios de promover la autoevaluación de las capacidades de cumplimiento (*compliance*) mediante la herramienta digital *Integrity app*, de la *Alliance for Integrity*. En todo caso, se recomienda hacer seguimiento a este compromiso y publicar la información sobre el uso de esta herramienta.
2. Resulta deseable que la Secretaría de Transparencia de la Vicepresidencia de Colombia mantenga información actualizada sobre los textos de los pactos, las empresas y gremios que los suscriben y el impacto que generan, pues ni en las páginas web oficiales de los gremios ni en página web de la secretaría se encuentra una información actualizada sobre el desarrollo de actividades relacionadas con la ejecución de los pactos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

Anderson, E. (2017*). Private government: How employers rule our lives (and why we don't talk about it)*. New Jersey: Princeton University Press.

Bandura, A. (2016). *Moral disengagement: How people do harm and live with themselves*. Worth Publishers, Macmillan Learning.

Bondarenko, P. (Noviembre 15 de 2023). "Enron scandal". *Britannica*.

García, M. & Ceballos, M. A. (2019). *La profesión jurídica en Colombia: Falta de reglas y exceso de mercado*. Bogotá D.C.: Dejusticia.

Hansson, O. (2010). "The Harmful Influence of Decision Theory on Ethics". *Ethical Theory and Moral Practice*. Vol. 13(5). Pp. 585-593

Hansson, O. (2018). "How to Perform an Ethical Risk Analysis (eRA): Ethical Risk Analysis". *Risk Analysis*. Vol. 38(9). Pp. 1820-1829

Hock, B. (2019). *Extraterritoriality and international bribery: A collective action perspective*. Routledge.

Olson, M. (1971). *The logic of collective action: Public goods and the theory of groups*. Harvard university press.

Ostrom, E. (1998). "A behavioral approach to the rational choice theory of collective action". *American Political Science Review*. Vol.92(1). Pp. 1-22.

Ostrom, E. (2009). *Collective Action Theory* Oxford University Press.

Parfit, D. (2007). *Prudencia, moralidad y el dilema del prisionero*. Editorial Complutense.

Rawls, J. (1971). *Teoría de la justicia* (M. D. González, Trad.). Fondo de Cultura Económica.

Rawls, J. (1980). "Kantian Constructivism in Moral Theory". *The Journal of Philosophy*. Vol. 77(9). P.515.

Rawls, J. (2002). *The Law of Peoples*. Harvard University Press.

Sandel, M. (2013*). Lo que el dinero no puede comprar* (J. Chamorro, Trad.). Debate.

Searle, J. R. (1995). *The construction of social reality*. Free Press.

Theobald, R. (1990). *Corruption, Development and Underdevelopment*. Palgrave Macmillan UK.

Tugendhat, E. (2010). *Lecciones de ética*. Gedisa.

Valentini, L. (2012). "Ideal vs. Non-ideal Theory: A Conceptual Map: Ideal vs Non-ideal Theory". *Philosophy Compass*. Vol. 7(9). Pp. 654-664.

Young, I. (2006). "Responsibility and Gobal Justice: A Social Connnection Model". *Social Philosophy and Policy*. Vol. 23(01). Pp. 102.

Zehr, H. (2002). *The little book of restorative justice*. New York: Good Books.

Informes, resoluciones y otros documentos

Alliance for Integrity. (2021). "Strengthening Integrity with the Integrityapp". https://www.allianceforintegrity.org/en/regions/global-activities/strengthing-integrity-with-theintegrityapp.php.

Alliance for Integrity. (2022). "Innovando en integridad empresarial en Colombia: 2a edición de buenas prácticas en anticorrupción". https://stdrupal01.blob.core.windows.net/temporalportalxm/2%C2%AA%20EDICI%C3%93N%20DE%20BUENAS%20PR%C3%81CTICAS%20EN%20ANTICORRUPCI%C3%93N3674.pdf?sig=pY31BMT2QM9tPNMCyC%2FpUk7NzFou6bESG%2BvURnjqoY0%3D&st=20230925T02%3A27%3A00Z&se=20230925T02%3A29%3A00Z&sv=2019-02-02&sp=r&sr=c.

Asociación Mexicana de Industrias Innovadoras de Dispositivos Médicos. (2019). "Código de Interacción con los Profesionales del Cuidado de la Salud 2019". https://amid.org.mx/codigo-de-interaccion/.

Asociación Nacional de Empresarios de Colombia. (2015). "Código de Ética de la Cámara de Dispositivos Médicos e Insumos para la Salud". https://www.andi.com.co/Uploads/C%C3%93DIGO%20DE%20%C3%89TICA%20DE%20DISPOSITIVOS%20MEDICOS.%202015.pdf.

Asociación Nacional de Empresarios de Colombia. (2016). "Código de Ética y Transparencia de la Cámara Farmacéutica". https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PES/pacto-por-la-transparencia-farma.pdf.

Asociación de Laboratorios y Farmacéuticos de Investigación y Desarrollo. (2022). "Código de Ética". https://afidro.org/wp-content/uploads/2022/08/Codigo_de_Etica_AFIDRO_2022.pdf.

Cámara de Industria y Comercio Colombo-Alemana. (s/f). "Ley alemana de debida diligencia en la cadena de suministro". Ahk-Colombia. https://www.ahk-colombia.com/es/infocenter/translate-to-espanol-ley-alemana-de-debida-diligencia-corporativa-en-la-cadena-de-suministro.

Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia. (2013). "CONPES 167 de 2013". https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=83097.

FBI. (mayo 25 de 2016). "Ten-Year Anniversary of the Convictions of Chief Executives in FBI's Largest White-Collar Crime Investigation". FBI Houston. https://www.fbi.gov/contactus/fieldoffices/houston/news/pressreleases/tenyearanniversary-of-the-convictions-of-chief-executives-in-fbi2019s-largest-white-collar-crime-investigation.

Federación Centroamericana y del Caribe de Laboratorios Farmacéuticos. (2019). Código de Buenas prácticas suscrito por las empresas biofarmacéuticas. https://fedefarma.org/wpcontent/themes/fedefarma/recursos/IFPMA_Code_of_Practice_2019_SP.pdf.

Fiscalía General de la Nación, & Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2018). "Tipologías de la corrupción en Colombia". https://www.fiscalia.gov.co/colombia/la-entidad/fiscales-unidos-por-la-transparencia-y-la-integridad/.

Fiscalía General de la Nación & Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2018). "Guía de investigación para los delitos asociados a la corrupción". https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Guia_Investigacion.pdf.

Leifker, M. & Porschke, A. (2021). "FAQ sobre la ley de las cadenas de suministro de Alemania". *Initiative Lieferkettengesetz*. https://lieferkettengesetz.de/wpcontent/uploads/2021/11/InitiativeLieferkettengesetz_FAQ-Espanol.pdf.

Naciones Unidas. (2004). "Convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos". https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf.

Office on Drugs and Crime, (UNODC), & Alcaldía Mayor de Bogotá. (2015). "Tipologías de corrupción". UNODC. https://www.unodc.org/documents/colombia/2016/Agosto/Tipologias_de_corrupcion.pdf.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, & Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, D. (2018). "Cartilla de las principales tipologías que derivan en actos de corrupción".

Office on Drugs and Crime, (UNODC), & Alcaldía Mayor de Bogotá. (2015). "Tipologías de corrupción". *UNODC*. https://www.unodc.org/documents/colombia/2016/Agosto/Tipologias_de_corrupcion.pdf.

Ostrom, E. (2015). *Governing the commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge University Press.

Pettit, (1997). Republicanism: A theory of freedom and government. Clarendon Press; Oxford University Press.

Reuters. (24 de julio 2019). "Congreso chileno deroga ley que obligaba a minera Codelco a financiar a militares". *Reuters*. https://www.reuters.com/article/politica-chile-defensa-idLTAKCN1UJ2XR.

Rogatto e Silva, A. (15 de abril de 2023). "Are facilitation payments the cost of doing business?" *Fafpi*. https://fafpi.org/are-facilitation-payments-the-cost-of-doing-business/.

Romero, A. (9 de diciembre de 2009). "El círculo vicioso de la impunidad". *La Silla Vacía*. https://www.lasillavacia.com/historias/historias-silla-llena/el-circulo-vicioso-de-la-impunidad/.

Secretaría de transparencia - Presidencia de la República. (2017). Pactos empresariales de transparencia y anticorrupción: Guía para su construcción. http://www.actuecolombia.net/images/docs/Guiapactosempresariales.pdf.

Secretaría de Transparencia de la Vicepresidencia de la República de Colombia y gremios sector Infraestructura para Vivienda. (2019). Pacto de la integridad y la lucha contra la corrupción - sector Infraestructura para Vivienda. http://www.secretariatransparencia.gov.co/politica-publica/Documents/SECTOR%20INFRAESTRUCTURA%20%26%20VIVIENDA.pdf.

Secretaría de Transparencia de la Vicepresidencia de la República de Colombia y gremios sector químico. (2019). Pacto de la integridad y la lucha contra la corrupción – sector químico. http://www.secretariatransparencia.gov.co/politicapublica/Documents/SECTOR%20QUIMICO.pdf.

Secretaría de Transparencia de la Vicepresidencia de la República de Colombia y gremios y empresas del sector minero-energético. (2019). Ruta Colombiana de la integridad empresarial-Sector minero energético. https://eiticolombia.gov.co/es/noticia/secretaria-de-transparencia-lanzalarutacolombiana-de-la-integridad-empresarial/.

Secretaría de Transparencia de la Vicepresidencia de la República de Colombia y gremios sector transporte. (2019). Pacto de la integridad y la lucha contra la corrupción- sector transporte.http://www.secretariatransparencia.gov.co/politicapublica/Documents/SECTOR%20TRANSPORTE.pdf.

Secretaría de Transparencia de la Vicepresidencia de la República de Colombia y gremios sector Turismo. (2019). Pacto de la integridad y la lucha contra la corrupción- sector turismo.http://www.secretariatransparencia.gov.co/politicapublica/Documents/SECTOR%20TURISMO.pdf.

Secretaría de Transparencia de la Vicepresidencia de la República de Colombia y Cámara de Comercio de Bogotá. (2021). Pacto por la integridad y lucha contra la corrupción.

Secretaría de Transparencia de la Vicepresidencia de la República de Colombia y La Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones - ANDESCO.(2019). Pacto de Transparencia e Integridad del sector de servicios públicos domiciliarios.

Secretaría de Transparencia de la Vicepresidencia de la República de Colombia y gremios del sector Tecnologías de la Información y Comuni-

caciones. (2019). Pacto de la integridad y la lucha contra la corrupción- sector Tecnologías de la Información y Comunicaciones.

Secretaría de Transparencia de la Vicepresidencia de la República de Colombia y empresas del sector de Economía Naranja. (2019). Pacto de la integridad y la lucha contra la corrupción- sector Economía Naranja.

Secretaría de Transparencia de la Vicepresidencia de la República de Colombia y gremios del Sector Vigilancia y Seguridad. (2019). Pacto de la integridad y la lucha contra la corrupción- sector Vigilancia y Seguridad.

Secretaría de Transparencia de la Vicepresidencia de la República y gremios del Sector Deporte. (2019). Pacto de la integridad y la lucha contra la corrupción- sector Deporte.

Transparencia Internacional. (enero 31 de 2023)." El índice de percepción de la corrupción 2022 revela escasos avances contra la corrupción en un contexto mundial cada vez más violento". Transparencia Internacional. https://www.transparency.org/es/press/2022-corruption-perceptions-index-reveals-scant-progress-against-corruption-as-world-becomes-more-violent

Transparency International. (2016). *Integrity pacts: a how-to guide from practitioners*. https://www.transparency.org/en/publications/integrity-pacts-a-how-toguide-from-practitioners

Transparency International. (2018). *Collective action on business Integrity: A Practitioner's Guide for Civil Society Organizations*.

Transparency International. (2019). *Best practices in collective action for business integrity: General success factors and case studies from Eastern Europe*.

United Nations - Global Compact. (2015). *A Practical Guide for Collective Action against Corruption*.

Wenar, L. (2017). *Blood oil: Tyrants, violence, and the rules that run the world*. Oxford: Oxford university press.

Wilkinson, P. (2018). "Facilitation payments". En: Transparency International UK. (Dir). *Anti-Bribery Guidance*. https://www.antibriberyguidance.org/sites/default/files/8.%20Facilitation%20Payments.pdf

Wrede, I. (diciembre 6 de 2022). "Ley de la cadena de suministro: Derechos humanos en las empresas alemanas". *Deutsche Welle*. https://www.dw.com/es/ley-de-la-cadena-de-suministro-derechos-humanos-en-las-empresasalemanas/a64007527#:~:text=El%20Mundo,Ley%20de%20la%20cadena%20de%20suministro%3A%20derechos%20humanos%20en%20las,llevan%20a%C3%B1os%20cumpli%C3%A9ndolos%-20con%20%C3%A9xito

World Bank. (2020). "Anticorruption Fact Sheet". World Bank. https://www.worldbank.org/en/news/factsheet/2020/02/19/anticorruption-fact-sheet

Young, I. M. (2011). *Responsibility for Justice*. Oxford: Oxford University Press.

2. LAS RESPUESTAS DESDE LOS MECANISMOS DE RECUPERACIÓN DE ACTIVOS ILÍCITOS, LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL Y EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES FIRMES

Capítulo 3

Mecanismos de recuperación de activos ilícitos

WILSON ALEJANDRO MARTÍNEZ-SÁNCHEZ*

1. INTRODUCCIÓN

La mayoría de las constituciones occidentales garantizan el derecho a la propiedad privada, siempre que ella haya sido adquirida con arreglo a la ley y utilizada conforme a la función social y ecológica que le es inherente (Ternera, 2021: 8). Esto tiene dos consecuencias muy importantes:

1. La persona que adquiere un bien como consecuencia de la realización de un delito no tiene en realidad un derecho de propiedad susceptible de protección por parte del Estado (el delito no genera derechos, y por consiguiente la "propiedad" que ha sido adquirida violando las leyes no tiene reconocimiento ni protección alguna); y
2. Si los bienes se destinan a actividades ilícitas su uso es contrario a la función legal que les ha sido asignada y, por consiguien-

* Abogado de la Universidad del Rosario. Doctor y máster en Derecho Penal y Ciencias Penales (Universidad Pompeu Fabra). Especialista en Investigación Criminal. Investigador Invitado al Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Albert-Ludwig en Freibug i Br (Alemania). Investigador visitante en el Instituto Max Plank para el Derecho Penal Extranjero y Derecho Penal Internacional Becario del Servicio de Intercambio Académico Alemán (Deutscher Akademischer Austauch Dienst- DAAD). Profesor Asociado de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Penal, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Exvicefiscal General de la Nación. Ex Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial. Ex Procurador Delegado para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad.

> te, el derecho de propiedad sobre ellos pierde reconocimiento y protección por parte del Estado (Martínez-Sánchez, 2015: 9; Rivera, 2014: 31).

Ya sea que los bienes hayan sido adquiridos ilícitamente, o destinados a actividades ilícitas, el derecho de dominio sobre ellos no es digno de reconocimiento y protección por parte del Estado. Por esta razón, la persona que alega ser propietaria de esos bienes en realidad no es dueña de ellos (Corte Constitucional de Colombia, C-374/97; Corte Constitucional de Colombia, C-409/97). Esa persona solo tiene la apariencia de ser propietaria, pero no lo es, bien porque el derecho de dominio nunca nació (origen ilícito del bien) o porque se perdió (destinación ilícita del bien).

Esta aclaración es importante para entender, que cuando el Estado aplica alguno de los mecanismos de persecución de activos ilícitos, lo que busca es establecer si hay un derecho de propiedad merecedor de reconocimiento y protección (*Ídem.*). En caso de determinarse que los bienes fueron adquiridos ilícitamente, o destinados a actividades ilícitas, la conclusión es que no hay un derecho digno de reconocimiento y protección y así debe declararlo el juez en su sentencia. Por esa razón es que, en materia de activos ilícitos, la sentencia judicial es de naturaleza declarativa: declara que no hay derecho de propiedad, bien porque no nació o porque se perdió, y en consecuencia los bienes deben pasar a ser propiedad del Estado (*Ídem.*).

Este razonamiento es igualmente válido como fundamento para el decomiso administrativo, el decomiso penal o el decomiso sin condena. En los tres casos, el sentido y alcance de la declaración judicial es la misma: declarar la inexistencia de un derecho de propiedad merecedor de reconocimiento y protección jurídica, y la orden de que los bienes pasen a ser propiedad del Estado. La diferencia entonces entre estas dos instituciones reposa en aspectos como la competencia, los requisitos y el procedimiento para producir esa declaración (Martínez-Sánchez, 2015: 18; Rivera, 2014: 31).

Como las Convenciones de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Trasnacional (CNUCOT o Convención de Mérida) y la Corrupción Transnacional (CNUCC o Convención de Mérida) pre-

vén, la incautación y decomiso de activos se ha convertido en una herramienta central en la lucha contra la corrupción (especialmente cuando esta presenta una dimensión transnacional y/o es promovida por el crimen organizado), pudiéndose distinguir entre: (a) la persecución de bienes ilícitos obtenidos a causa de la corrupción, o utilizados para la ejecución de estos delitos; y (b) la persecución de bienes lícitos con fines de indemnización de los perjuicios sufridos por la sociedad y el Estado a causa de la corrupción. Estos dos mecanismos no pueden ni deben confundirse porque su naturaleza y propósitos son diversos.

El primer grupo es el caso de los dineros públicos que son ilegalmente apropiados por un servidor público, o un particular, por ejemplo, mediante la figura del peculado. Igualmente encontramos los dineros recibidos por un servidor público como soborno, por la realización de un acto contrario a sus deberes. También se pueden incluir los dineros públicos extraídos del patrimonio del Estado mediante un sobrecosto en un contrato público. Todos estos casos tienen algo en común: los dineros que ingresan al patrimonio del sujeto activo del delito o de sus beneficiarios son producto de una actividad ilícita, de manera que él no es titular de un derecho de propiedad digno de reconocimiento y protección estatal, por lo que esos dineros deben pasar a ser propiedad del Estado.

En el segundo caso se encuentran aquellos casos en los cuales el Estado, o la comunidad, ha sufrido un perjuicio o daño causado por la corrupción. Se trata, por ejemplo, de la afectación al derecho a la salud de los ciudadanos, debido a la corrupción que impidió la construcción de un hospital. También se encuentra en este grupo la afectación del derecho a la educación o alimentación de los niños que no pueden ir a estudiar o recibir sus raciones, a causa de la corrupción en los programas de educación o de alimentación escolar. Y de igual manera se encuentra la afectación económica y de movilidad de las comunidades que no pueden transportarse por carretera, a causa de la corrupción que condujo a la paralización de las obras.

Las personas penalmente responsables de los actos de corrupción tienen la obligación de indemnizar los perjuicios individuales o colectivos causados por su delito con cargo a su propio patrimonio. Es decir, las personas responsables de los actos de corrupción no pueden

cumplir su obligación de indemnizar los perjuicios causados, usando para ello los recursos obtenidos ilegalmente como consecuencia del delito. Por ejemplo, el servidor público que recibió un soborno para adjudicar la construcción de un hospital que nunca se construyó, porque el contratista no tenía capacidad técnica de ejecutar la obra, no puede pretender indemnizar los daños causados a la comunidad, con los mismos dineros que recibió como soborno. Los dineros que él recibió como soborno son ilícitos; son producto de un delito. No le pertenecen y, por consiguiente, no puede utilizarlos para cumplir una obligación propia, como lo es la indemnización de perjuicios. De lo contrario, sería tanto como permitir que el delincuente pague sus deudas con dinero ajeno.

Ahora bien, sin perjuicio de todo lo expuesto es muy importante aclarar, que los derechos de las víctimas priman sobre los mecanismos de persecución y recuperación de activos ilícitos. Esto significa que los activos que han sido apropiados como producto de la corrupción, como por ejemplo los dineros públicos apropiados ilegalmente por un funcionario público, deben ser devueltos a las entidades públicas afectadas. Dicha devolución debe darse a través de los mecanismos de recuperación de activos ilícitos previstos en cada legislación, aclarando que ella no agota la indemnización de perjuicios. Es decir, la sola devolución de los activos malversados al Estado no satisface la obligación indemnizatoria, pues el sujeto responsable debe además indemnizar con los bienes lícitos que conforman su propio patrimonio, los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) causados por el acto de corrupción.

Como corolario de lo anterior es importante diferenciar los mecanismos de persecución de activos ilícitos derivados de la corrupción, de los mecanismos de persecución de activos lícitos con fines de indemnización de perjuicios. Así, en el derecho comparado es posible encontrar tres mecanismos de persecución de activos ilícitos: el decomiso administrativo, el decomiso penal y el decomiso sin condena (extinción de dominio). Además, es posible encontrar en el propio derecho comparado una variedad de instituciones muy diversas, para la persecución de bienes lícitos con fines de indemnización de perjuicios causados por la corrupción. Entre ellos pueden mencionarse: (a) la declaratoria de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva

por parte de los tribunales de cuentas o las contralorías generales; (b) la acción civil de responsabilidad extracontractual por los delitos y las culpas; y (c) la acción popular para reparación del daño colectivo sufrido por causa de la corrupción.

A diferencia del siguiente capítulo relativo a la indemnización por daños y perjuicios a las víctimas de delitos de corrupción, el presente capítulo se centra en los mecanismos de recuperación de activos ilícitos, y sigue la siguiente estructura. En la sección 2, aborda los distintos tipos de mecanismos de recuperación activos utilizando para ello como referencia la legislación colombiana dado su carácter pionero en esta materia. A continuación, en la sección 3, se analizan los estándares internacionales, con particular atención a las Convenciones de Naciones Unidas, la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio para América Latina de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen (UNODC), las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y los trabajos de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y del G-8. Posteriormente, en la sección 4 se analiza el grado de cumplimiento con estos estándares de las legislaciones de los países latinoamericanos de referencia en la obra colectiva (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú). Finalmente, en la sección 5 se sintetizan las principales conclusiones y se presentan una serie de recomendaciones para América Latina en general, y Colombia en particular.

2. TIPOS DE MECANISMOS DE RECUPERACIÓN DE ACTIVOS A LA LUZ DEL CASO COLOMBIANO

Dada la relevancia de la legislación colombiana en materia de recuperación de activos —como lo refleja su naturaleza pionera en la adopción de figuras como la extinción del derecho de dominio hace ya casi tres décadas (razón por la cual la UNODC la ha tomado como referencia al elaborar su estrategia en esta materia)—, analizamos en esta sección los distintos tipos de mecanismos de recuperación de activos con base en dicha legislación, distinguiendo entre: (a) el decomiso administrativo; (b) el comiso penal; y (c) la extinción de dominio o decomiso sin condena.

2.1. La recuperación por vía administrativa: decomiso administrativo

El decomiso es una sanción de tipo administrativo que consiste en la pérdida del derecho de propiedad sobre aquellos bienes que provienen de, o han sido utilizados para, la comisión de una infracción de tipo administrativo (Garrido, 2009:193; Corte Constitucional de Colombia, 2002; 2011). La facultad para imponer esta sanción recae principalmente en autoridades de tipo administrativo (vinculadas a la rama ejecutiva del poder público), que solo pueden ordenar el decomiso después de agotar un procedimiento administrativo sancionador, que respete las garantías procesales constitucionales[1]. Dentro de ese proceso administrativo, la autoridad administrativa tiene la posibilidad de ordenar una medida cautelar llamada aprehensión, que consiste en la retención física de los bienes por parte de la autoridad y la prohibición de disponer jurídicamente de esos bienes, mientras se adelanta el proceso administrativo sancionador y se ordena el decomiso (*Ídem.*).

El caso más común de decomiso que ocurre en Colombia es el de las mercancías que ingresan ilegalmente al territorio nacional mediante contrabando. Para esos casos, el art. 1° del Estatuto Aduanero (Decreto 2685, 1999) define el decomiso como:

> […] el acto en virtud del cual pasan a poder de la Nación las mercancías, respecto de las cuales no se acredite el cumplimiento de los trámites previstos para su presentación y/o declaración ante las autoridades aduaneras, por presentarse alguna de las causales previstas en el art. 502 de este Decreto.

Otro ejemplo es el decomiso de los licores y cigarrillos que no tengan impuesto el sello que acredita el pago del impuesto al consumo, por parte de los funcionarios de las oficinas de rentas de las secretarías de hacienda departamentales (Ley 223, 1995)[2].

---

1 En el caso de Colombia, las recogidas en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991.

2 Artículo 200. Aprehensiones y Decomisos. Los departamentos y el Distrito Capital de Santafé de Bogotá podrán aprehender y decomisar con sus respectivas jurisdicciones, a través de las autoridades competentes, los pro-

La administración de esos bienes mientras se tramita el proceso sancionatorio, así como su destinación después de ordenado el decomiso, está regulado en las diferentes leyes que confieren la facultad sancionadora a las autoridades administrativas. Estas leyes normalmente establecen que la administración de esos bienes corresponde a la entidad que realizó la aprehensión de los bienes, y una vez ordenado el decomiso esos bienes pasan a ser propiedad de esa misma entidad, quien puede usarlos, destruirlos, darlos en administración, darlos en arriendo, o donarlos a otra entidad pública. En materia aduanera, por ejemplo, la disposición de los bienes aprehendidos y decomisados está regulada de esa manera en el art. 657 del Estatuto Aduanero (Decreto 2685, 1999)[3].

Evaluar el desempeño del decomiso administrativo es muy difícil, debido a la dispersión de las competencias para imponer este tipo de

---

ductos sometidos al impuesto al consumo regulado en este Capítulo que no acrediten el pago del impuesto, o cuando se incumplan las obligaciones establecidas a los sujetos responsables.

[3] Artículo 657. Formas de disposición. Se podrá disponer de las mercancías aprehendidas, decomisadas o abandonadas a favor de la Nación, mediante la venta, donación, asignación, destrucción o la dación en pago. […] Cuando no sea posible la disposición de los medios de transporte aéreo, marítimo o fluvial y la maquinaria especializada, con situación jurídica definida, a través de las modalidades de disposición antes citadas, la entidad podrá entregar en comodato o arrendamiento, previa constitución de una garantía, a entidades de derecho público del orden nacional. […] Las mercancías objeto de disposición se entregarán en el estado y sitio en que se encuentren y no se entenderá incorporada la obligación de proveer el mantenimiento, ni se responderá por vicios ocultos, autenticidad de las marcas o características de las mismas. […] No se podrán entregar mercancías bajo ninguna modalidad de disposición, a las personas a las cuales les fueron aprehendidas o las que aparezcan registradas como consignatarios en el documento de transporte en los eventos de abandono, siempre y cuando no se trate de mercancías con características especiales o mercado restringido. […] El reglamento establecerá los criterios que permitan determinar cuándo las mercancías tienen características especiales o son de mercado restringido. […] Parágrafo. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá en cualquier tiempo, ordenar mediante acto administrativo motivado, la suspensión del proceso de disposición de mercancías, cuando considere que se presentan irregularidades o fallas en el mismo.

sanciones. El ordenamiento jurídico colombiano confiere competencia a una gran variedad de autoridades administrativas, no solo para adelantar procesos administrativos sancionatorios, sino también para ordenar el decomiso administrativo de bienes o mercancías provenientes o relacionadas con infracciones a la ley. De hecho, una investigación realizada por la Universidad EAFIT (Medellín, Colombia), publicada en 2012, logró identificar 97 tipologías de procedimientos administrativos en el ordenamiento jurídico colombiano (Tamayo *et al.*, 2014).

2.2. La recuperación dentro del proceso penal: comiso penal

El comiso es una consecuencia civil accesoria a la declaratoria de responsabilidad penal, consistente en la declaratoria de la titularidad del derecho de dominio a favor de la Fiscalía General de la Nación, de los bienes provenientes o destinados a la comisión de delitos, tal como lo define expresamente el art. 100 del Código penal colombiano (Ley 599, 2000)[4].

La facultad para ordenar el comiso es de los jueces penales. El comiso se ordena dentro de la sentencia condenatoria penal y recae

---

[4] Art. 100. Comiso. Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, y que no tengan libre comercio, pasarán a poder de la Fiscalía General de la Nación o a la entidad que ésta designe, a menos que la ley disponga su destrucción. […]Igual medida se aplicará en los delitos dolosos, cuando los bienes, que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente, sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución. […] En las conductas culposas, los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio, se someterán a los experticios técnicos y se entregarán provisionalmente al propietario, legítimo tenedor salvo que se haya solicitado y decretado su embargo y secuestro. En tal caso, no procederá la entrega, hasta tanto no se tome decisión definitiva respecto de ellos. […] La entrega será definitiva cuando se garantice el pago de los perjuicios, se hayan embargado bienes del sindicado en cuantía suficiente para atender al pago de aquellos, o hayan transcurrido diez y ocho (18) meses desde la realización de la conducta, sin que se haya producido la afectación del bien.

sobre los bienes que se encuentran en alguno de los dos supuestos previstos en el art. 82 del Código de procedimiento penal (Ley 906, 2004)[5]: (a) sobre los bienes del penalmente responsable que provengan del delito o que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión del delito; y (b) sobre los bienes pertenecientes a terceros que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de un delito doloso, cuando el tercero haya obrado de mala fe.

De cara a lo anterior, en Colombia el comiso procede respecto de aquellos bienes que provengan de la comisión de un delito. Es decir, que sean fruto o producto de la comisión de un delito. Asimismo, procede respecto de aquellos bienes que provengan de una actividad lícita, pero hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de un delito (Corte Suprema de Justicia, 2012).

---

5 Artículo 82. Procedencia. El comiso procederá sobre los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe. […] Cuando los bienes o recursos producto directo o indirecto del delito sean mezclados o encubiertos con bienes de lícita procedencia, el comiso procederá hasta el valor estimado del producto ilícito, salvo que con tal conducta se configure otro delito, pues en este último evento procederá sobre la totalidad de los bienes comprometidos en ella. […] Sin perjuicio también de los derechos de las víctimas y terceros de buena fe, el comiso procederá sobre los bienes del penalmente responsable cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto del delito, cuando de estos no sea posible su localización, identificación o afectación material, o no resulte procedente el comiso en los términos previstos en los incisos precedentes. […] Decretado el comiso, los bienes pasarán en forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes, a menos que la ley disponga su destrucción o destinación diferente. […] Parágrafo. Para los efectos del comiso se entenderán por bienes todos los que sean susceptibles de valoración económica o sobre los cuales pueda recaer derecho de dominio, corporal o incorporal, mueble o inmueble, tangible o intangible, así como los documentos o instrumentos que pongan de manifiesto el derecho sobre los mismos.

En relación con la naturaleza de los bienes, el comiso procede tanto sobre los no tienen libre comercio (por ejemplo, las sustancias estupefacientes, los billetes o monedas falsificados, las armas, uniformes o equipos de comunicación de uso privativo de las fuerzas militares, etc.), como respecto aquellos que son de libre comercio, sin importar que sean muebles o inmuebles, corporales o incorporales, tangibles o intangibles (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2016). Eso significa que los derechos personales (bienes incorporales e intangibles) también pueden ser susceptibles de comiso como, por ejemplo, los derechos de beneficio fiduciario adquiridos ilegalmente mediante falsedad o estafa (*Ídem.*).

En cuanto a la titularidad de los bienes, las normas sobre comiso prevén dos supuestos: (a) los casos en los que el titular del bien es el penalmente responsable; y (b) los casos en los que el titular es un tercero. En el primer caso basta que el bien provenga del delito o que haya sido utilizado como medio o instrumento para su realización. En el segundo se requiere, además de lo anterior, que el titular del bien haya obrado de mala fe. Esto es, que el titular del bien lo haya adquirido a sabiendas de su origen ilícito, o que haya permitido consciente y voluntariamente que fuera usado como medio o instrumento para la comisión del delito (Corte Constitucional de Colombia, 2012).

En cualquiera de los casos indicados, los bienes deben tener relación de causalidad o de medio con el delito específico que es objeto de la sentencia penal en que se declara el comiso. Si los bienes no provienen de ese delito específico, o no fueron utilizados para la comisión de ese delito específico, el comiso no procede. Incluso si los bienes tienen relación con otro delito distinto al que es objeto de la sentencia penal, el comiso no puede ordenarse en ella, sino que debe ser declarado dentro del proceso que se sigue por el delito específico con el cual tienen relación de causalidad o de medio (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2012).

Finalmente, es importante señalar que la declaración de comiso debe respetar los derechos de los terceros de buena fe. Esto significa que, si una persona adquirió un bien que estaba inmerso en una causal de comiso sin saberlo, confiando en que estaba adquiriendo un bien lícito, y se puede demostrar que esa persona tenía la convic-

ción intima de que estaba obrando conforme a derecho, el comiso no procede respecto de ese bien (Corte Constitucional de Colombia, 2012). Y lo propio ocurre en la destinación: si una persona entrega su bien al penalmente responsable con la confianza de que este va a ser utilizado para fines lícitos, pero resulta que esa persona lo utiliza como medio o instrumento para la comisión de un delito doloso, el comiso no procede por la buena fe del titular (*Ídem.*). Ahora bien, nótese que la norma se refiere únicamente a la buena fe, no a la buena fe exenta de culpa. Esto significa que, a diferencia de la extinción de dominio, en la cual se exige buena fe exenta de culpa (buena fe cualificada), en el comiso basta que se demuestre la buena fe simple. Por consiguiente, cuando una persona obra con buena fe simple, el bien no puede ser perseguido por la vía del comiso, pero sí por la vía de la extinción de dominio.

Por supuesto, cuando el bien es propiedad de la víctima del delito, o sirve para reparar a las víctimas, el comiso no procede. En esos casos el juez debe ordenar la restitución del bien a la víctima, o la entrega de este para su indemnización de perjuicios (*Ídem.*). Por ejemplo, el vehículo hurtado no puede ser objeto de comiso a pesar de ser fruto de un delito, pues debe ser restituido a la víctima. De igual forma, los dineros obtenidos como producto de un peculado por apropiación no pueden ser objeto de comiso, sino que deben ser restituidos a la entidad o empresa pública que fue víctima del delito.

2.3. La recuperación por vía independiente o autónoma: extinción de dominio o decomiso sin condena

La extinción de dominio es la declaratoria de titularidad del derecho de propiedad a favor del Estado, sobre bienes que tienen origen en, o han sido destinados a, actividades ilícitas. A diferencia del comiso, la extinción de dominio es independiente de la responsabilidad penal (no se requiere condena penal previa) y autónoma frente al proceso penal (es un proceso judicial distinto). La competencia para declarar la extinción de dominio es de los jueces de extinción de dominio y no de los jueces penales. El procedimiento a través del cual se efectúa la extinción de dominio está regulado por la Ley 1708 del 20 de enero de 2014, que entró en vigor el 20 de julio de 2014, y fue

modificada por la Ley 1849 de 2017. Esta institución tiene pleno reconocimiento en el art. 34 de la Constitución Política que establece lo siguiente:

> […] Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social.

El legislador bautizó a esta institución con el nombre "extinción de dominio", pero en realidad eso no es lo que ocurre. La sentencia que profieren los jueces de extinción de dominio no tiene como consecuencia la pérdida o extinción del derecho de propiedad, o de cualquier otro derecho real. En realidad, la sentencia de extinción de dominio es de naturaleza declarativa. Esto significa que, en la sentencia, el juez declara que la persona que alega ser titular del derecho de dominio en realidad no es dueña del bien, sino que sólo tiene una apariencia de propiedad (Corte Constitucional de Colombia, 1997a; 1997b). Esto es aplicación del principio básico constitucional, según el cual el delito no genera derechos: quien adquiere un bien como consecuencia de la realización de un delito no es titular verdadero de un derecho digno de protección jurídica, pues los únicos derechos que el Estado colombiano reconoce y protege son los adquiridos legalmente, con justo título y buena fe (*Ídem.*).

Ahora bien, la extinción de dominio también procede respecto de bienes lícitos que han sido destinados a actividades ilícitas. En ese caso, la sentencia también es declarativa, pues en ella el juez declara que el derecho legalmente adquirido se perdió a causa de la destinación ilícita del bien (*Ídem.*). De hecho, más recientemente, al analizar la posibilidad de declarar la extinción de dominio sobre bienes lícitos de valor equivalente a los de origen ilícito, la Corte Constitucional de Colombia amplió su comprensión de la naturaleza declarativa de la sentencia de extinción de dominio, en el sentido de entender que la sentencia de extinción de dominio se sustenta en la declaración de la existencia de un provecho patrimonial ilícito que impide el reconocimiento y protección estatal del derecho a la propiedad sobre los bienes incursos en las causales de extinción de dominio. Literalmente la Corte dijo lo siguiente:

> En primer lugar, una comprensión adecuada del art. 34 de la Carta Política lleva a concluir que la extinción del dominio allí prevista se orienta a suprimir el provecho patrimonial que se haya derivado de las actividades allí enunciadas. De este modo, si bien, en principio, la disposición alude a la extinción de dominio sobre los bienes adquiridos en las condiciones allí señaladas, lo que denota el carácter real de la acción, no es menos cierto que, en cuanto que la extinción opera en virtud del provecho ilícito que se materializa en un determinado patrimonio, no es contrario a la Constitución que la facultad persecutoria a la que se refiere el precepto constitucional se predique, no exclusivamente de los bienes ilícitos como tal, esto es, de aquellos que son producto directo o indirecto de una actividad contraria al ordenamiento jurídico, sino que pueda extenderse a otros que pese a tener origen lícito, hacen parte del patrimonio que se ha visto incrementado par las actividades ilícitas. De este modo, como quiera que el enriquecimiento hace alusión al incremento patrimonial de las personas, el corolario necesario de lo anterior es que no resulta contrario al ordenamiento constitucional que, de manera subsidiaria, la acción se dirija contra los activos adquiridos lícitamente y con destinación lícita, pero que integran el patrimonio de quien se ha enriquecido ilícitamente, y hasta por el monto de dicho incremento patrimonial ilegítimo.
>
> Desde esta perspectiva, una interpretación textual del ordenamiento constitucional permite entender que la extinción del dominio apunta al provecho patrimonial obtenido a través de actividades ilícitas, y que se materializa mediante la persecución de los bienes que integran este patrimonio hasta el monto o el valor de este incremento ilegítimo, contrario al ordenamiento jurídico. Según la Ley 1708 de 2014, la extinción del dominio recae en primer término sobre los bienes que tienen un vínculo directo o indirecto con las actividades ilícitas de base, pero de manera subsidiaria, cuando lo anterior no sea posible por razones jurídicas asociadas al reconocimiento de los derechos de terceros, o por razones materiales asociadas a la destrucción o pérdida del respectivo activo, sobre bienes de origen y destinación lícita que integran este patrimonio (Corte Constitucional de Colombia, 2020).

Esto significa que en este caso la sentencia no es constitutiva de la pérdida del dominio, sino declarativa de ello: el derecho no se pierde a partir del momento de la sentencia, sino a partir del momento en que el bien fue usado para actividades contrarias a la función social de la propiedad. En resumen, puede decirse que la sentencia de extinción de dominio no es constitutiva de la pérdida de un derecho real, sino declarativa de que ese derecho nunca existió, o que se perdió a causa de la destinación ilícita que se le dio al bien.

La acción de extinción de dominio tiene características propias que permiten diferenciarla de otras acciones, y especialmente de la penal. Veamos:

1. Constitucional, al estar expresamente prevista en el art. 34 de la Constitución Política.
2. Real, al recaer sobre bienes y, más concretamente, sobre derechos reales. No recae sobre personas, a diferencia de la acción penal.
3. Independiente de la responsabilidad penal. Esto significa que no se necesita que la persona afectada por la extinción de dominio haya sido previamente condenada por un delito. Tampoco se requiere una sentencia penal, administrativa o civil previa que declare la existencia, ocurrencia o comisión de un delito. La extinción de dominio procede respecto de los bienes que estén incursos en una causal, independientemente de quien los tenga e independientemente de la existencia de una declaratoria de responsabilidad respecto de esa persona o cualquiera otra.
4. Autónoma, porque la acción de extinción de dominio sigue sus propios principios y sus propias reglas. Los principios rectores del proceso penal no necesariamente se aplican al proceso de extinción de dominio. Por ejemplo, en extinción de dominio no hablamos de principio de presunción de inocencia (los bienes no son culpables o inocentes), tampoco hablamos de *in dubio pro reo*, ni de principio de defensa. En cambio, tenemos principios como el de presunción de buena fe, el de contradicción o el de nulidad ab initio.
5. Jurisdiccional. La extinción de dominio debe ser declarada por un juez, y solo por un juez, dentro de un proceso judicial con plenitud de garantías. Ninguna autoridad administrativa puede declarar la extinción de dominio.
6. Pública. La acción de extinción de dominio es monopolio del Estado, puesto que solo puede ejercerse por las autoridades que la ley faculte para ello.

7. Directa. No se necesita agotar un procedimiento o instancia previa para ejercer la acción de extinción de dominio. No es como la acción contenciosa administrativa, que requiere el agotamiento de vía gubernativa. En este caso, la autoridad titular de la acción puede acudir directamente ante el juez de extinción de dominio y requerir la declaratoria de extinción, sin agotar un procedimiento administrativo o judicial ante otra autoridad
8. Imprescriptible. La extinción de dominio es intemporal, por cuanto esta puede ser declarada en cualquier tiempo, aun cuando la causal haya ocurrido antes de la entrada en vigor de la ley de extinción de dominio. Dada esa intemporalidad, la acción de extinción de domino es imprescriptible, lo que significa que puede ejercerse en cualquier momento sin importar cuándo ocurrió la causal que da lugar a la pretensión extintiva del Estado.

En relación con el alcance de esta institución, el art. 83 de la Constitución política establece que la buena fe se presume en todos los actos o negocios jurídicos realizados por los particulares. Esto significa que la Constitución política está cimentada sobre la idea de que los ciudadanos, por regla general, actúan convencidos de que su comportamiento es ajustado a derecho y procurando cumplir la ley. Solo excepcionalmente aparecen sujetos que de manera consciente y voluntaria infringen el ordenamiento jurídico. Por esta razón, la buena fe se presume y la mala fe debe probarse.

Siguiendo esta lógica, desde sus fundamentos, la extinción de dominio tiene como límite la buena fe. Esto significa que la extinción de dominio no procede cuando una persona que aparece como titular del derecho real lo adquirió de buena fe, aun cuando esté probado que concurre alguna de las causales de extinción de dominio.

Ahora bien, la extinción de dominio tiene como límite la buena fe, pero no cualquier clase de buena fe. La que limita la extinción de dominio es la buena fe exenta de culpa, también conocida como buena fe cualificada. Esta buena fe se diferencia de la buena fe simple de la siguiente manera: (a) buena fe simple (subjetiva), que es la convicción que tiene una persona de estar obrando conforme a de-

recho; (b) buena fe cualificada (subjetiva + objetiva), que es la convicción que tiene una persona de estar obrando conforme a derecho, cuando esa convicción se fundamenta en todas las averiguaciones o verificaciones que diligentemente podían realizarse para comprobar que la creencia era correcta.

Como puede apreciarse, la buena fe cualificada exige más que la convicción intima de estar obrando conforme a derecho. La buena fue cualificada exige que sea objetivamente demostrable, que el ciudadano obró con prudencia y realizó todas las averiguaciones que era material y jurídicamente posible y necesario realizar, para confirmar que su creencia era cierta. Ese elemento objetivo, consistente en la demostración de la prudencia o diligencia, es esencial para entender por qué la buena fe cualificada limita la extinción de dominio.

3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES

La lucha contra la corrupción y el crimen organizado es una preocupación generalizada en todo el mundo y se ha intensificado en los últimos años. Las estrategias utilizadas para enfrentar este fenómeno son diversas. Una de estas estrategias apunta a desarticular las organizaciones criminales debilitando su estructura económica. Para ese propósito, los Estados deben adquirir la capacidad de destruir el aparato financiero de las organizaciones criminales, privándolas del acceso a las fuentes de recursos ilícitos que sirve de combustible para su funcionamiento (Greenberg *et al.*, 2009: 5). La comunidad internacional apoya abiertamente esta estrategia, de manera que diversos organismos internacionales trabajan actualmente, para ofrecer a los países asistencia técnica dirigida a mejorar su capacidad de combatir el crimen organizado, atacando su estructura financiera. El resultado de esos esfuerzos es la producción de conocimiento sobre las mejores prácticas internacionales en la materia (*Ídem.*).

A este respecto, caben destacar las diversas contribuciones del GAFI desde su constitución en 1989, así como las Convenciones adoptadas en el seno de la Organización de las Naciones Unidas en el periodo 1988-2003. Así mismo, son también relevantes las contribuciones de la UNODC, algunas de las cuales se han convertido en

auténticos estándares internacionales, tomados por los Estados como referentes para el diseño, desarrollo, implementación y evaluación de figuras como la extinción de dominio (el creciente interés de muchos países por adoptarla o fortalecerla confirma la percepción internacional sobre su efectividad positiva en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado). La UNODC ha elaborado también recopilaciones de mejores prácticas internacionales, para ayudar a los países a conocer e imitar las experiencias exitosas en la materia.

Finalmente, la OEA, a través de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) y su mecanismo de seguimiento (MESICIC), así como mediante los trabajos de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de las Drogas (CICAD), también se ha sumado a este esfuerzo internacional. El Grupo de Expertos creado al interior de ese organismo ha producido importante conocimiento sobre las mejores prácticas internacionales en materia de administración de bienes incautados, lo cual constituye actualmente uno de los principales desafíos de los gobiernos nacionales.

A continuación, se exponen los principales estándares y recopilaciones de buenas prácticas internacionales en materia de persecución de activos ilícitos y de administración de bienes incautados.

3.1. Convenciones de Naciones Unidas

La década de los 80 fue decisiva en la lucha contra el crimen organizado. Esta década estuvo marcada por el crecimiento del narcotráfico, y por el endurecimiento de las políticas públicas contra este flagelo. En el marco de la guerra contra el narcotráfico se adoptó en 1988 la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (CNUTIESP o Convención de Viena), que no sólo fue uno de los primeros instrumentos internacionales en que se fijaron compromisos para combatir el lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas, sino que además continúa estando vigente y conserva por completo su importancia en el derecho internacional. Por supuesto, el espíritu de esos compromisos era combatir el lavado de activos provenientes del narcotráfico, como parte de la estrategia para desarticular la estructura financiera de las mafias y carteles dedicados a ese delito. Ello llevó a que, al

menos en sus inicios, la lucha contra el lavado de activos estuviera completamente "narcotizada"; o sea, estaba inserta en una estrategia internacional para combatir el tráfico ilícito de drogas.

En la segunda mitad de la década de los noventa se inició una expansión de la lucha contra el lavado de activos. El primer paso lo dio la CICC del año 1996, que incorporó compromisos consistentes en adoptar mecanismos para perseguir bienes ilícitos provenientes de la corrupción. El paso definitivo en esa dirección se dio en el año 2000, con la aprobación de la CNUCOT por parte de la Asamblea General, la cual estableció de manera clara el compromiso de todos los Estados parte de adoptar medidas eficaces para prevenir y reprimir el blanqueo de los activos provenientes de cualquier género de delitos, cometidos a través de una organización criminal trasnacional. Esta previsión dejo sentado que la prevención y la represión del lavado de activos estaría llamada a ser utilizada, ya no sólo en la lucha contra el narcotráfico, sino contra cualquier delito que guarde relación con el crimen organizado trasnacional (COT).

Esta "des-narcotización" del lavado de activos se consolido en 2003 con la CNUCC o Convención de Mérida, la cual previó explícitamente el compromiso de los Estados parte de adoptar medidas dirigidas a prevenir y combatir el blanqueo de dinero producto de actos de corrupción. De modo que, a partir de esa convención, quedo claro que la lucha contra el lavado de activos dejó de ser un componente de una estrategia más amplia contra el narcotráfico, y pasó a reconocerse como una estrategia propia que también podía ser útil para combatir otros fenómenos criminales de manera transversal.

Las tres convenciones de la ONU a que se ha hecho referencia, sumadas a la CICC, conforman el marco jurídico más importante existente en la actualidad en el derecho internacional, para combatir la criminalidad organizada. Estos cuatro instrumentos coinciden en reclamar a los Estados parte la adopción de un régimen jurídico acompañado de instituciones especializadas, para la persecución y recuperación de bienes ilícitos tanto dentro del proceso penal como por fuera de él. Las cuatro convenciones reclaman a los Estados parte adoptar medidas efectivas para lograr el decomiso con o sin condena penal de los bienes que sean producto del delito o utilizados como instrumento para su comisión.

El decomiso penal de los bienes ilícitos existe desde antiguo en la mayoría de los países del continente, bajo diversas denominaciones: decomiso penal, comiso penal, confiscación penal etc. Por esa razón, la UNODC, como guardiana de las convenciones de la ONU contra las diversas formas de criminalidad organizada, ha puesto el acento actual en apoyar la adopción de medidas eficaces para lograr el decomiso sin condena penal de los bienes que sean producto del delito o utilizados como instrumento para su comisión. En esa línea, la Oficina ha venido apoyando a varios países de la región desde hace más de una década, en la adopción de medidas independientes y autónomas del proceso penal, para lograr la persecución y recuperación de esos bienes. La extinción del derecho de dominio ha sido precisamente la figura más adoptada en la región para ese propósito, y la UNODC ha trabajado intensamente en su desarrollo internacional.

3.2. La Ley Modelo sobre Extinción de Dominio para América Latina

Como contribución a la creciente preocupación internacional por encontrar una herramienta eficaz para combatir la criminalidad organizada trasnacional, la UNODC emprendió en 2010 un proyecto dirigido a crear un marco jurídico de referencia para la persecución y recuperación de activos ilícitos que fuera independiente y autónoma de la responsabilidad penal. Dicho proyecto consistió en la conformación de un equipo de expertos internacionales, provenientes de diferentes países de América Latina, para la discusión y aprobación de un marco regulatorio de referencia para el decomiso sin condena penal, de los bienes catalogados como producto o instrumento del delito. Este grupo de expertos empezó a trabajar en 2010, tomando como punto de referencia la figura de la extinción de dominio nacida en Colombia en 1996. Como producto de su trabajo, la UNODC expidió en 2011 una Ley Modelo en materia de extinción de dominio que actualmente sirve como guía para la creación legislativa en América Latina.

La Ley Modelo de Extinción de Dominio para América Latina es actualmente el estándar normativo de referencia para los países de la región que han venido adoptando esta institución. Esta Ley Modelo contiene 49 artículos, distribuidos en 9 capítulos, que en su conjun-

to ofrecen a los países del continente 107 recomendaciones para la adopción de una extinción de dominio efectiva. Estos 9 capítulos están divididos por temáticas de la siguiente manera: (a) aspectos generales; (b) garantías procesales; (c) aspectos procesales; (d) procedimiento; (e) pruebas; (f) nulidades; (g) administración y destinación de los bienes; (h) cooperación internacional; y (i) disposiciones finales.

3.3. Las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional

El marco jurídico internacional compuesto por las convenciones de la ONU ha sido decisivo en el avance y fortalecimiento de la lucha contra el crimen organizado, gracias a que ha estado rodeado de una institucionalidad encargada de: (a) elaborar la regulación técnica (estándares) que desarrolla esos compromisos adquiridos por los Estados parte de las convenciones; (b) brindar a los gobiernos nacionales asistencia técnica en el cumplimiento de esos estándares internacionales; y (c) evaluar el nivel de cumplimiento de esos estándares por todos los países.

Una de las instituciones internacionales más importante en esta materia es el GAFI, que nació en la Cumbre del G-7 de París (1989) como un grupo de expertos de diferentes países, con el fin de adelantar estudios dirigidos a comprender en su totalidad el fenómeno de lavado de activos y ofrecer recomendaciones para combatirlo. El GAFI entregó en 1990 un paquete de cuarenta recomendaciones que, hasta hoy, conforman el estándar internacional más importante en materia de lucha contra el lavado de activos (GAFILAT, 2012)[6],

---

[6] Las cuarenta recomendaciones del GAFI pueden ser agrupadas en siete grandes categorías: (a) recomendaciones relativas a la adopción de políticas públicas claras, coherentes, convenientes y técnicamente fundamentadas (enfoque basado en el riesgo); (b) recomendaciones relativas a la adopción de medidas para fortalecer la represión penal del esos tres fenómenos criminales (componente represivo); (c) recomendaciones relativas a la adopción de medidas para fortalecer la prevención de esos tres fenómenos criminales (componente preventivo); (d) recomendaciones relati-

recogiendo en la actualidad el conjunto de medidas que todos los países comprometidos en la lucha contra el lavado (así como contra la financiación del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva)[7] deben implementar para considerarse cooperantes en la estrategia global contra la criminalidad.

De las cuarenta recomendaciones, las numero 4 y 38 establecen el estándar mínimo internacional en materia de decomiso de activos ilícitos. Así, la Recomendación 4, sobre el decomiso y las medidas provisionales, prevé lo siguiente:

> Los países deben adoptar medidas similares a las establecidas en la Convención de Viena, la Convención de Palermo y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, incluyendo medidas legislativas, que permitan a sus autoridades competentes congelar o incautar y decomisar lo siguiente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe: (a) bienes lavados, (b) producto de, o instrumentos utilizados en, o destinados al uso en, delitos de lavado de activos o delitos determinantes, (c) bienes que son el producto de, o fueron utilizados en, o que se pretendía utilizar o asignar para ser utilizados en el financiamiento del terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas, o (d) bienes de valor equivalente.

---

vas a la creación, utilización y fortalecimiento de las capacidades estatales necesarias para la identificación, ubicación, aseguramiento, recuperación, administración y aprovechamiento de bienes ilícitos; (e) recomendaciones relativas a la creación, utilización y fortalecimiento de las capacidades estatales necesarias para la regulación, supervisión y sanción administrativa de los sectores obligados a adoptar medidas para prevenir esos tres delitos; (f) recomendaciones relativas a la creación, utilización y fortalecimiento de las capacidades estatales de inteligencia financiera; y (g) recomendaciones relativas a la creación, utilización y fortalecimiento de las capacidades estatales necesarias para solicitar u ofrecer asistencia y cooperación internacional.

7 Tras su revisión en 1993, 2003 y 2012, las cuarenta recomendaciones del GAFI extendieron su ámbito de aplicación más allá del lavado de activos, de manera que actualmente contienen medidas dirigidas a combatir tanto el lavado de activos como la financiación del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva. Además, las recomendaciones han evolucionado gracias a la elaboración de notas interpretativas, en las que ese organismo explica la naturaleza, finalidad, alcance y requisitos de cumplimiento de cada una de ellas. De manera que para comprender el estándar internacional existente es necesario analizar cada una de las recomendaciones a la luz de sus notas interpretativas.

> Estas medidas deben incluir la autoridad para: (a) identificar, rastrear y evaluar bienes que están sujetos a decomiso; (b) ejecutar medidas provisionales, como congelamiento y embargo, para prevenir manejos, transferencias o disposición de dichos bienes; (c) adoptar medidas que impidan o anulen acciones que perjudiquen la capacidad del Estado para congelar o embargar o recuperar los bienes sujetos a decomiso; y (d) tomar las medidas de investigación apropiadas. Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera de una condena penal (decomiso sin condena), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida en que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales (GAFI, 2012).

Por su parte, la Recomendación 38 sobre asistencia mutua en materia de confiscación y decomiso establece lo siguiente:

> Los países deben asegurar que cuenten con la autoridad para tomar una acción rápida en respuesta a solicitudes extranjeras para identificar, congelar, embargar y decomisar bienes lavados; productos del lavado de activos, de los delitos determinantes y del financiamiento del terrorismo; instrumentos utilizados en, o destinados para ser usados en, la comisión de estos delitos; o bienes de valor equivalente. Esta autoridad debe incluir, ser capaz de responder a solicitudes emitidas partiendo de procesos de decomiso sin la base de una condena y medidas provisionales relacionadas, a menos que ello no se corresponda con los principios fundamentales de sus leyes internas. Los países deben contar también con mecanismos eficaces para administrar dichos bienes, instrumentos o bienes de valor equivalente, así como acuerdos para coordinar procesos de embargo y decomiso, lo cual debe incluir la repartición de activos decomisados (GAFI, 2012).

Así mismo, la nota interpretativa conjunta a las recomendaciones 4 y 38 señala que:

> Los países deben establecer mecanismos que permitan a sus autoridades competentes manejar con eficacia y, cuando sea necesario, disponer de, los bienes que se hayan congelado o incautado, o que hayan sido decomisados. Estos mecanismos deben ser aplicables tanto en el contexto de procesos internos, como siguiendo peticiones emanadas de otros países (GAFI, 2012).

Sumado a lo anterior, el GAFI publicó una guía titulada "Mejores prácticas. Decomiso. Recomendaciones 3 y 38" (GAFI, 2010). En ese documento se explican las acciones, procedimientos e instrumentos

mínimos que la comunidad internacional espera que cada uno de los países adopte, para fortalecer su capacidad de persecución de activos ilícitos a través del decomiso con y sin condena. Todo el documento en sí mismo es importante porque desarrolla en extenso las recomendaciones sobre decomiso de bienes ilícitos. Pero, el literal E de ese documento resulta especialmente importante al referirse a la "Gestión de propiedades incautadas, congeladas y confiscadas". Allí, el GAFI explica que los países deben tener un "programa para la gestión eficaz de propiedades incautadas, congeladas y confiscadas", que tome en consideración y sea consecuente con la enorme heterogeneidad de los bienes ilícitos que deben ser objeto de persecución conforme a la recomendación número 3 (tipificación del lavado de activos), y que cumpla con los siguientes estándares:

> 1. La existencia de un marco para administrar o supervisar la gestión de propiedades incautadas, congeladas o confiscadas. Dicho marco debería incluir el nombre de las autoridades designadas que serán responsables por la gestión (o por supervisar la gestión) de dichas propiedades. También debería incluir a la autoridad legal que preservará y administrará la propiedad;
> 2. [sic] La existencia de suficientes recursos vigentes para abordar todos los aspectos de la gestión de activos;
> 3. (c) Se debe realizar una planificación adecuada antes de tomar alguna acción de congelamiento o incautación.
> 4. La existencia de medidas vigentes para: (a) cuidar adecuadamente dicha propiedad y preservarla en la medida de lo posible; (b) lidiar con los derechos individuales y de terceros; (c) disponer de la propiedad confiscada; (d) mantener los registros adecuados; y (e) tomar la responsabilidad por cualquier daño a pagar, tras acción legal por parte de un individuo en lo que respecta a la pérdida o al daño de la propiedad.
> 5. Aquellas personas responsables por la gestión (o por supervisar la gestión) de la propiedad tienen la capacidad de brindar respaldo y asesoramiento inmediato a los organismos de aplicación de la ley en todo momento en lo que concierne a congelamientos e incautaciones, incluyendo asesoramiento y manejo posterior de todos los temas prácticos relacionados con el congelamiento e incautación de propiedades.
> 6. Aquellas personas responsables por administrar la propiedad tienen experiencia suficiente para administrar cualquier tipo de propiedad.
> 7. La existencia de una autoridad legal que le permita a un tribunal [sic] ordenar una venta, incluyendo casos en donde la propiedad sea perecedera o se desvalorice rápidamente.
> 8. La existencia de un mecanismo que permita la venta de la propiedad con el consentimiento del dueño.
> 9. La propiedad que no es apta para la venta pública se debe destruir. Esto incluye toda propiedad que probablemente se utilice para realizar

> otras actividades delictivas; cuya posesión implique un delito penal; que esté falsificada; o que represente una amenaza para la seguridad pública.
> 10. En el caso de propiedad confiscada, la existencia de mecanismos para transferir el título, según sea necesario, sin complicaciones ni demoras indebidas.
> 11. Para garantizar la transparencia y evaluar la eficacia del sistema, la existencia de mecanismos para: rastrear propiedades congeladas/incautadas; evaluar su valor en el momento del congelamiento/incautación y a partir de ese momento, según sea adecuado; mantener un registro de su fallo final; y en el caso de una venta, mantener los registros del valor pautado (GAFI, 2010).

3.4. El proyecto de Bienes Incautados y Decomisados para América Latina de la Organización de Estados Americanos

La OEA, a través de la CICAD, emprendió en 2010 un proyecto dirigido a generar un modelo estándar de administración de Bienes Incautados y Decomisados para América Latina (BIDAL). Dicho proyecto produjo un modelo de administración que está contenido en un documento titulado "Sistemas de Administración de Bienes de América Latina y Guía para la Administración de Bienes Incautados y Decomisados del Crimen Organizado" (2011).

La guía es extensa y aborda pormenorizadamente muchos temas asociados a la administración de bienes, haciendo referencias precisas a la legislación de diversos países de la región. Por esta razón, excede en mucho los alcances de este capítulo entrar a hacer un estudio profundo y detallado del documento. No obstante, a continuación, se relacionan y explican sucintamente los estándares internaciones en materia de administración de bienes previstos en la guía:

1. Una vez ordenada la medida cautelar (embargo o secuestro) se deben tomar las medidas pertinentes para la aprehensión física de los bienes (toma de posesión). En ese acto deben extremarse las medidas para levantar un inventario con la descripción detallada de los bienes y del estado en que se encuentren, incluyendo todos los datos para la completa y adecuada identificación del bien.

2. Los países deben tener un organismo especializado y dedicado únicamente a la administración de los bienes incautados y confiscados. Dicho organismo debe funcionar de manera desconcentrada, de manera que no haya una sola persona que concentre el poder de decisión sobre los mecanismos de administración a utilizar en cada caso.

3. El funcionamiento de ese organismo de administración debe ser transparente, de manera que sea posible y fácil el control sobre sus actividades.

4. El administrador de bienes debe establecer procedimientos adecuados para la recepción de los bienes incautados, y para su inventario claro y completo.

5. El administrador debe tener un registro actualizado y pormenorizado de todos los bienes, donde se registre cualquier modificación que sufran ellos o su situación procesal.

6. La primera y más importante recomendación contenida en la Guía BIDAL es que:

> […] el embargo, incautación, bloqueo o congelación de los bienes constituye una medida cautelar que se impone antes de la existencia de una sentencia condenatoria. Por ello, dicha medida cautelar debe respetar el derecho a la presunción de inocencia del titular de los bienes, los cuales deben ser conservados para poder devolverlos a su titular si la sentencia no acuerda el comiso y, si lo acuerda, para hacerlo efectivo en ejecución (OEA, 2010).

7. La regla general debe ser la conservación de los bienes incautados, en condiciones que permitan salvaguardar su valor. En caso de ordenarse su devolución, los bienes deben ser devueltos en el mismo estado en que se aseguraron, salvo por el deterioro natural causado por el paso del tiempo.

8. El depósito es la forma más común de administración. Sin embargo, también es posible la contratación de un tercero (administrador delegado, externo o judicial) para que los bienes sigan siendo productivos. La administración delegada es el mecanismo más apropiado cuando el bien es una empresa, o las acciones, cuotas o partes de interés de una sociedad.

9. Cuando se designe un administrador delegado, externo o judicial, este debe tener claras sus funciones y limitaciones: no puede enajenar, gravar, modificar ni destruir el bien; debe mantenerlo productivo; debe conservar su valor; sus honorarios se pagarán contra los beneficios que genere la explotación económica del bien; y debe rendir cuentas al administrador principal, quien podrá relevarlo en cualquier momento.

10. El uso institucional de los bienes también es posible. Sin embargo, hay un intenso debate sobre su conveniencia. Algunas legislaciones han optado por permitirlo solo de forma excepcional, en casos de necesidad extrema. En otras, como en Estados Unidos y los países del G8, se considera que ésta es una práctica perniciosa.

11. En casos excepcionales debe procederse a la venta de los bienes, cuando se trate de bienes en los que es muy difícil conservar su valor, ya sea por deterioro o por depreciación. Este es el caso de: (a) los bienes perecederos; (b) los bienes abandonados por su propietario; (c) aquellos cuyo costo de conservación sea superior a su valor comercial; (d) los bienes cuya conservación pueda dar lugar a una disminución importante de su valor, o pueda afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales; y (e) cuando se trate de efectos que, sin sufrir deterioro material, se deprecien sustancialmente por el transcurso del tiempo

12. La venta de los bienes siempre debe hacerse a través de un procedimiento que respete los principios de transparencia, celeridad, eficacia, productividad, economía y moralidad. La manera más habitual es por subasta pública, pero también se puede hacer entregándolos a una entidad especializada para su venta, o mediante oferta al público a precio fijo. La venta o adjudicación directa, con posibilidad de negociación (no a precio fijo) también es posible, pero debe ser excepcional, con requisitos muy claros de procedibilidad y con niveles de control y transparencia extremados.

13. Las sustancias cuyo comercio es ilícito deben ser destruidas por especialistas, para evitar daños en la salud o el medio ambiente.
14. Los dineros obtenidos por la venta de los bienes deben ingresar a las cuentas bancarias que la ley defina, o en su defecto a las del administrador.
15. La donación de los bienes también es posible, como mecanismo de disposición definitiva sobre los bienes, pero debe ser excepcional.
16. En caso de que se ordene la devolución del bien, el administrador debe verificar el cumplimiento de los requisitos formales de la orden y la identidad correcta de la persona a quien se le entregará.
17. Se recomienda que la orden de devolución sea notificada al afectado, y que en ella se le dé un plazo razonable para reclamar el bien, previniéndolo de que el vencimiento de ese plazo sin su comparecencia hará declarar el bien en abandono.
18. La devolución debe documentarse en un acta de entrega, donde se identifique, inventaríe y detalle el estado en que se devuelve el bien.
19. El administrador no solo debe devolver el bien asegurado, sino también los frutos o rendimientos que haya generado.
20. La devolución de una empresa debe implicar, además de lo anterior, un ejercicio de rendición de cuentas completa.
21. Los daños causados al bien, distintos al deterioro normal por el paso del tiempo, deben ser compensados al propietario por el administrador al momento de la devolución
22. Si el bien a devolver ha sido enajenado, el administrador debe entregar al propietario el dinero recibido por la venta más sus rendimientos financieros.
23. La legislación debe prever que los dineros producto de la venta de los bienes confiscados sirvan, en primera instancia, a la reparación de las víctimas. De no haberlas, los dineros

deben ser destinados a financiar la lucha contra el crimen y la reparación del daño social causado por el delito.

24. Los países deben tener un régimen de cooperación internacional muy amplio, que comprenda: (a) la posibilidad de intercambiar información y pruebas, para identificar y localizar bienes ilícitos; (b) ofrecer cooperación para el aseguramiento de bienes ubicados en el territorio nacional, a solicitud de una autoridad extranjera; (c) recibir cooperación para el aseguramiento de bienes ubicados en el extranjero, a solicitud de una autoridad nacional; (d) ofrecer cooperación para ejecutar sentencias de confiscación de bienes ubicados en el territorio nacional, dictadas por un juez extranjero; (e) recibir cooperación para ejecutar sentencias de confiscación de bienes ubicados en el extranjero, dictadas por un juez nacional; y (f) compartir con otros países bienes o dineros producto de la confiscación.

3.5. La Resolución 8 de 2019 de la Asamblea General de la ONU

Entre el 16 y el 20 de diciembre de 2019 se llevó a cabo en Abu Dhabi (Emiratos Árabes Unidos) la octava sesión de la Conferencia de Estados Parte de la CNUCC. En esa oportunidad, se aprobó una declaración para promover la adopción universal y completa de la CNUCC, en la que se instaba a los Estados parte a tomar acciones dirigidas a cumplir las metas del Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 16 de la Agenda Global 2030, en línea con los mandatos de la CNUCC. La Asamblea General de la ONU recogió está declaración en su Resolución 8 de 2019, en cuyo punto 8/9 contiene una serie de medidas dirigidas a fortalecer la recuperación de activos en línea con los ODS de la Agenda 2030. En particular, se insta a los Estados parte a: (a) fortalecer los mecanismos de cooperación internacional en la recuperación de los bienes producto del delito; (b) aumentar la transparencia en la administración de los bienes recuperados o restituidos; (c) fortalecer los mecanismos de acceso e intercambio de información financiera entre autoridades de diferentes países, en orden a facilitar la identificación y ubicación de bienes en el extran-

jero; y (d) destinar los bienes ilícitos restituidos a la consecución de los ODS de la Agenda Global 2030

De esta manera, la Asamblea General busca promover que los Estados parte ejecuten acciones claras y concretas dirigidas a: (a) mejorar la eficacia en la identificación y ubicación de activos ilícitos, especialmente aquellos que han sido perdidos o mal habidos como resultado de la corrupción; y (b) reforzar o fortalecer los mecanismos de cooperación internacional, formal e informal, para facilitar la identificación y ubicación de esta clase de bienes en el exterior.

3.6. Las mejores prácticas del G-8 para el rastreo, congelamiento y confiscación de activos

El Grupo de las ocho economías más fuertes del mundo, también conocido como G8, e integrado por Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Alemania, Reino Unido, Japón y Rusia, ha tenido desde 1995 una especial preocupación por combatir el crimen organizado. En ese contexto, el G8 creó un grupo de expertos destinado a producir recomendaciones para combatir el COT, conocido como Grupo de Lyon, que produjo en 2005 un documento titulado Mejores prácticas para el rastreo, congelamiento y confiscación de activos (G8, 2005), el cual está dividido en cuatro partes: (a) principios generales; (b) rastreo; (c) congelamiento; y (d) confiscación. Las mejores prácticas recomendadas en este documento son las siguientes:

1. Principios generales: (a) los países deben tener autoridades especializadas en la persecución de activos de las organizaciones criminales, las cuales deben disponer de recursos suficientes para hacer su trabajo; (b) los países deben designar expertos en persecución de activos de las organizaciones criminales, para que asesoren a sus autoridades centrales en esta materia, de modo que se mejore su capacidad de ofrecer y recibir asistencia y cooperación internacional en este tipo de casos; (c) los países deben mejorar su legislación, para asegurarse de tener las facultades y procedimientos necesarios para compartir evidencia en casos de recuperación de activos ilícitos; y (d) los países deben desarrollar la capacidad de realizar investigaciones y

operativos conjuntos con autoridades homólogas de otros países, en casos de persecución de activos ilícitos.

2. Rastreo: (a) los países deben tener sistemas de registro de información bancaria, comercial y personal completos y confiables, para facilitar la búsqueda y obtención de datos relevantes en el rastreo de bienes ilícitos. Las autoridades especializadas en recuperación de activos ilícitos deben tener acceso expedito a esos registros; (b) los países deben asegurarse de que sus autoridades de persecución de activos ilícitos tengan acceso expedito a la información necesaria para identificar y ubicar cuentas bancarias y otros productos financieros, susceptibles de ser perseguidos; (c) los países deben tomar medidas para asegurar la transparencia corporativa apropiada, para conocer a los beneficiarios finales de las operaciones de las empresas; (d) los países deben implementar normas sobre responsabilidad de las personas jurídicas que faciliten la persecución de activos ilícitos; (e) los países deben tener mecanismos para poder intercambiar información con autoridades de otros países, en el marco de la solicitud u ofrecimiento de asistencia o cooperación internacional; (f) los países deben revisar sus procedimientos judiciales para la persecución de activos ilícitos, para eliminar todos aquellos actos o instancias procesales que puedan significar retrasos o trámites innecesarios, y que pongan en riesgo el éxito de la persecución. Por supuesto, asegurando siempre la protección de los derechos y garantías mínimas de las partes; y (g) los países deben poder compartir entre sí, tanto como sea posible, información sobre las empresas y las personas involucradas en casos de recuperación de activos ilícitos.

3. Congelamiento: (a) el congelamiento de bienes, mediante medidas cautelares, debe realizarse tan pronto como sea posible dentro del proceso de recuperación de activos ilícitos; (b) los países deben estar en capacidad de tomar medidas inmediatas para impedir que los bienes perseguidos sean distraídos. Cuando se requiera orden judicial para el aseguramiento de los bienes, las autoridades de policía o de investigación deben poder tomar medidas temporales o provisionales; (c) los países deben respetar los derechos de los terceros de buena fe, y garantizar sus derechos en el proceso de recuperación de activos ilícitos. Pero deben tomar medidas para evitar que los mecanismos de defensa de esos terceros puedan ser utilizados para crear

la oportunidad de distraer los bienes perseguidos; (d) los países deben tener límites temporales para vigencia de las medidas cautelares sobre los bienes perseguidos, y deben asegurarse de que esos tiempos son apropiados para lograr la confiscación de los bienes ilícitos; (e) los países deben asegurarse de que la definición de "bienes" prevista en su legislación, permita la persecución del catálogo más amplio posible de activos ilícitos; (f) los países deben permitir la persecución de activos provenientes del catálogo más amplio posible de delitos fuente. En especial, los delitos más graves deben estar incluidos; (g) los países deben tomar medidas eficaces para la preservación del valor de los bienes asegurados. Por lo tanto, se alienta a los Estados a permitir, en la medida que sea compatible con su derecho interno, el nombramiento de contadores o receptores especializados para la administración o venta de bienes congelados / incautados y retener las ganancias de la venta en custodia hasta que se tome una determinación final sobre la confiscación; (h) los países deben dotar a sus autoridades de las facultades para anular los actos o negocios jurídicos realizados para entorpecer o impedir la persecución de activos ilícitos; e (i) los países deben prever en su ley la posibilidad de congelar bienes a solicitud de una autoridad extranjera, aun cuando en el país no hay un procedimiento de persecución de este bien.

4. Confiscación: (a) los países deben ajustar su ley, para permitir la confiscación de bienes sin condena penal previa; (b) los países deben garantizar que sus sistemas legales prevean una resolución efectiva y justa de las reclamaciones de propiedad respecto de los mismos activos que son objeto de persecución, por parte de terceras personas que crean que tienen derechos legítimos sobre ellos. Asimismo, la ley debe permitir que la persecución de bienes ilícitos no afecte, sino permita, la restitución de bienes a la víctima y/o la reparación de sus daños; (c) los países deben ajustar su legislación, para abrir la posibilidad de ejecutar decisiones judiciales de confiscación —con y sin condena penal previa— sobre bienes ubicados en su territorio proferidas por autoridades extranjeras; y (d) los países deben ajustar su legislación para permitir que se compartan bienes confiscados, con otros países.

4. CUMPLIMIENTO DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA

Medir el grado de cumplimiento de los estándares internacionales por un país es sumamente complejo. Mucho más comparar un grupo de países, para saber cómo están unos respecto de los otros. El GAFI, con el apoyo de organismos multilaterales de alcance regional como el Grupo de Acción Financiera Internacional para América Latina (GAFILAT) y el Grupo de Acción Financiera Internacional del Caribe (GAFIC), ha asumido la tarea de liderar las evaluaciones de cumplimiento de las recomendaciones internacionales en materia de lucha contra las economías ilícitas y los flujos financieros ilegales.

Para ello se llevan a cabo las denominadas "Evaluaciones Mutuas" (*vid.*: Anexo I), que son procesos de evaluación imparcial llevados a cabo por expertos de distintos países nombrados por el GAFI, cuyos informes reflejan de manera razonablemente aproximada, los siguientes aspectos: (a) el nivel de cumplimiento de los estándares y recomendaciones internacionales por el país evaluado; (b) el grado de efectividad de su legislación y de sus autoridades competentes; y (c) las fortalezas y desafíos de cada país. Veamos ahora a continuación los resultados de la tercera ronda de evaluaciones mutuas de Argentina y Brasil, y de la cuarta ronda de Chile, Colombia, México y Perú, sobre la recomendación número cuatro del GAFI relativa a la búsqueda, persecución, recuperación y aprovechamiento de bienes ilícitos (*vid.*: Anexo II).

4.1. Argentina

Argentina no ha sido aún evaluada durante la cuarta ronda de evaluaciones mutuas del GAFILAT. No obstante, por los resultados de la tercera ronda sabemos, que en general los jueces penales argentinos tienen facultades adecuadas para tomar medidas provisionales de congelamiento y medidas definitivas de decomiso de activos resultantes del lavado activos y delitos subyacentes.

Por otra parte, si bien Argentina tiene instituciones jurídicas idóneas para la persecución de activos ilícitos, el GAFILAT ha subrayado que en la práctica esas instituciones no se usan con la frecuencia apropiada y rara vez se aplica el régimen de decomiso. Según el GAFI, esto se debe a que "las autoridades encargadas de la aplicación de la ley también enfrentan dificultades prácticas para la identificación y rastreo de activos" (GAFI/GAFISUD, 2010a: 58).

En línea con lo anterior, el Informe de Evaluación Mutua (IEM) concluye que:

> […] desafortunadamente, aunque la legislación argentina contiene medidas precautorias adecuadas en los procedimientos penales, nunca se las aplica en la fase inicial de la investigación, lo que impide la recuperación de elementos de prueba y activos de origen delictivo (GAFI/GAFISUD, 2010a: 58).

A ello se suma, según el organismo evaluador, un problema con la administración de bienes asegurados porque "la eficacia de estas facultades también se ve afectada por las dificultades prácticas que resultan de la falta de información centralizada sobre los bienes inmuebles y otra información" (*Ídem.*).

Desde la tercera ronda de evaluaciones mutuas, Argentina ha hecho importantes avances. El más significativo de todos es la promulgación del Decreto 62/2019, por medio del cual se introdujo en Argentina un régimen procesal de la acción civil de extinción de dominio. Sin embargo, es necesario esperar a que se publiquen los resultados de la cuarta ronda de evaluaciones, para conocer el grado de avance del país en esta materia.

4.2. Brasil

Brasil, al igual que Argentina, aún no ha sido evaluado en la cuarta ronda, por lo que no se dispone de una evaluación que capture los avances recientes del país en materia de lucha contra las economías ilícitas y los flujos financieros ilegales. Sin embargo, ya como resultado de la evaluación realizada durante la tercera ronda se reconoció de forma general, que Brasil puede aplicar medidas provisorias y decomisar activos en muchos (no todos) los delitos, conforme lo dis-

puesto en el Código Penal, Código de Procedimiento Penal, la Ley Contra el Lavado de Dinero (AML por sus siglas en ingles) y la Ley de Tráfico de Estupefacientes (GAFI/GAFISUD, 2010b: 60).

El problema es que, en la práctica, este tipo de medidas se aplican en muy pocos casos. Así, según el GAFILAT:

> […] las estadísticas indican que, en la práctica, las facultades relacionadas con el decomiso son raramente utilizadas en casos de lavado de dinero, dado que se obtuvieron pocas condenas por lavado de dinero. Se recomienda que las autoridades brasileñas continúen implementando su estrategia para garantizar que dicha acción será mantenida sistemáticamente, para proveer un sistema más sólido para la administración y manejo de activos decomisados, y garantizar que los activos permanezcan decomisados hasta la disposición final de éstos (GAFI/GAFISUD, 2010b: 61).

La escasa efectividad parece deberse a las limitaciones en las investigaciones para identificar los activos ilícitos susceptibles de persecución, siendo las dificultades de las autoridades judiciales brasileñas para acceder a información financiera una de las talanqueras para la identificación de los bienes provenientes del delito. En consecuencia, según el IEM:

> […] se deberían tomar medidas para armonizar el enfoque del poder judicial a miras de garantizar que las órdenes judiciales para el acceso a la información financiera sean otorgadas en los casos adecuados. Teniendo en cuenta la carga excesiva de trabajo de los jueces en algunas regiones del país, y las demoras resultantes en la obtención de órdenes judiciales, Brasil debería adoptar medidas para aumentar los recursos judiciales en estas áreas. En forma adicional, las autoridades deberían continuar en la persecución de formas de mejorar la capacidad de las entidades financieras de cumplir con los requisitos de información en el contexto de las acciones de rastreo de activos (por ej. mediante un formato de estandarización de los registros de clientes o requiriendo que los registros sean llevados en forma electrónica y consolidada) (GAFI/GAFISUD, 2010b: 65).

Deberá, en todo caso, esperarse a que se publiquen los resultados de la cuarta ronda de evaluaciones para conocer el grado de avance de Brasil en esta materia.

4.3. Chile

En la tercera ronda de evaluaciones, el GAFILAT consideró que Chile no contaba con una normatividad que "permitiera realizar el comiso de bienes", de modo que no tenía capacidad pare perseguir bienes ilícitos. Ahora, en la cuarta ronda, el GAFILAT reconoce que Chile ya dispone de instituciones jurídicas, procedimientos y autoridades para la identificación y rastreo de bienes sujetos a decomiso. Así, según el GAFILAT:

> Chile cuenta con políticas orientadas al decomiso de los bienes utilizados y obtenidos por los criminales, y pueden ser mencionadas en particular la Política de Persecución Penal dictada por el Fiscal Nacional del Ministerio Público, en la cual se priorizan para su persecución penal los delitos vinculados al crimen organizado, como el tráfico de drogas y el lavado de activos. Asimismo, se priorizan los delitos económicos y de corrupción que afecten el mercado (GAFILAT, 2021: 65).

Sin embargo, el equipo evaluador considera que:

> […] el sistema normativo no es claro en materia de gestión de bienes incautados y comisados. Asimismo, falta una identificación clara de roles de las autoridades competentes para hacer efectivos los decomisos y la administración de dichos bienes (GAFILAT, 2021: 5-6).

A juicio del equipo evaluador, las facultades previstas dentro del proceso penal para la persecución de bienes ilícitos aún son insuficientes, y no satisfacen el estándar fijado por las recomendaciones internacionales del GAFI. En concreto, se subraya que:

> […] las reglas generales en materia procesal penal no refieren directamente a la posibilidad de que operaciones tendientes a disipar los bienes y especies de interés para los efectos del aseguramiento patrimonial de la persecución penal sean susceptibles de ser anuladas o revocadas por medio de un juez en el marco de un proceso de enjuiciamiento criminal. Cualquier posibilidad de anular dichos actos, deberá ser discutida en un procedimiento civil argumentando objeto o causa ilícita de los mismos (GAFILAT, 2021: 167).

Adicionalmente, el GAFILAT ha encontrado rezagos de exceso de confidencialidad en la legislación chilena. Estos excesos de confidencialidad socavan la efectividad del sistema de persecución de activos ilícitos y van en la dirección opuesta a las recomendaciones interna-

cionales en la materia. Como resultado, el GAFILAT recomienda que Chile introduzca nuevos ajustes legislativos para cumplir a cabalidad la recomendación 4 del GAFI

4.4. Colombia

Desde la tercera ronda de evaluación, Colombia obtuvo la calificación de "cumplida" para la recomendación 4 del GAFI relativa al decomiso de bienes. Ello se debe, claramente, a la madurez de la acción de extinción de dominio, vigente en el país desde 1996. Colombia es el país con mayor experiencia en materia de persecución de activos ilícitos a través de mecanismos de decomiso sin condena, y tiene resultados suficientes para acreditar efectividad. Así lo reconoció el organismo evaluador en el IEM de la cuarta ronda, al precisar que:

> […] la extinción de dominio captura los productos que emergen de cualquier actividad penal, como así también los instrumentos, activos subrogantes, bienes de valor equivalente, entre muchos otros (art. 16). La extinción de dominio en Colombia tiene un amplio alcance, lo cual permite a las autoridades competentes recuperar una amplia variedad de activos, y no está sujeta a la prescripción (GAFILAT, 2018: 132).

El GAFILAT resaltó la existencia de dos mecanismos independientes y complementarios: el comiso penal y la extinción de dominio. El organismo evaluador reconoció la aplicación de ambos mecanismos, para combatir las economías ilícitas y los flujos financieros ilegales. Así, según el IEM:

> […] las autoridades colombianas otorgan una alta prioridad a la extinción de dominio y buscan recuperar los ingresos, los instrumentos y las propiedades de valor correspondiente como un objetivo de política. Esta conclusión se basa en discusiones con la UIAF, la FGN, la Policía Nacional, el Poder Judicial y una serie de otras autoridades relevantes. El Plan Estratégico 2016-2020 de la FGN, el análisis de las estadísticas sobre extinción de dominio y los ejemplos de casos respaldaron esta conclusión. El equipo de evaluación pudo verificar que la recuperación de activos de alto valor sigue siendo una prioridad en la investigación y está en línea con el enfoque de "seguir al dinero" (GAFILAT, 2018: 63).

No obstante, como en los demás países de la región, la coordinación interinstitucional y la falta de aplicación de una estrategia nacio-

nal clara, son los problemas que impiden alcanzar mejores niveles de efectividad (GAFILAT, 2018: 134).

4.5. México

El GAFILAT considera que "México tiene un régimen ALA/CFT maduro, con un marco legal e institucional consecuentemente bien desarrollado". Desde su última evaluación en 2008, el país ha tenido en su opinión una mejora significativa en algunas áreas del régimen ALA/CFT (FATF/GAFILAT, 2018: 3).

Históricamente, México ha presentado deficiencias en cuanto a la falta de "disposición legislativa" y a la falta de mecanismos para evitar la comercialización, la transferencia o la enajenación de los bienes producto del delito. En su última evaluación mutua, el GAFI considera que ha habido un avance en materia de combate a los flujos financieros ilícitos. No obstante, subraya que:

> […] aunque la legislación mexicana dispone una amplia variedad de facultades para el embargo, decomiso y aseguramiento de bienes y activos, no hay disposiciones específicas para prevenir o invalidar ciertas acciones legales que perjudican la capacidad del país de congelar, asegurar o recuperar bienes sujetos a decomiso (FATF/GAFILAT, 2018: 143).

De otra parte, aunque "el volumen de bienes asegurados y decomisados aumentó ligeramente, sin embargo, estos esfuerzos son escasos y no son proporcionales con el perfil de riesgo de México" (FATF/GAFILAT, 2018: 63).

Es importante tener en cuenta que, luego de la última evaluación mutua, México ha promulgado en 2019 una reforma estructural y de fondo a la ley federal de extinción de dominio. Aunque no se ha evaluado el cumplimiento técnico de las recomendaciones y estándares internacionales por parte de esta nueva ley, ni tampoco se ha evaluado su efectividad, es previsible que las instituciones, mecanismos y procedimientos introducidos en esta legislación, mejoren la calificación de México en la recomendación 4 del GAFI.

Entre los aspectos positivos y fortalezas de la legislación mexicana, el GAFILAT afirma que:

> Los derechos de terceros de buena fe están protegidos bajo las diferentes leyes mexicanas, como la FCPC (Art. 182.L), LFCDO (Art. 29), la LED (Art. 11) y la Ley Federal de Administración y Enajenación de Bienes del Servicio Público (LFAEBSP) (Art. 17), que contienen disposiciones que protegen los derechos de terceros inocentes que actúan de buena fe (FATF/GAFILAT, 2018: 143).

En consecuencia, puede concluirse que el marco jurídico mexicano relacionado con el decomiso y las medidas provisionales generalmente cumple técnicamente la recomendación 4 del GAFI. Sin embargo, hay que evaluar el impacto de la reforma a la ley de extinción de dominio introducida en 2019, para verificar si las recomendaciones hechas por el GAFI en la última evaluación mutua han sido atendidas.

4.6. Perú

La conclusión de la tercera ronda de evaluaciones mutuas fue que Perú presentaba importantes deficiencias. La falta de una normativa que permitiera el decomiso de bienes de valor equivalente era una de las más importantes. Además, el GAFILAT no veía con claridad que la legislación penal vigente ofreciera la posibilidad de adoptar medidas cautelares o disponer del decomiso de bienes provenientes indirectamente de la actividad delictiva e independientemente de que el titular o propietario fuera o no el imputado en una acción penal.

Sin embargo, al terminar la cuarta ronda, Perú ha resultado ser uno de los países latinoamericanos mejor calificados en materia de persecución de activos ilícitos. En general, cumple ahora técnicamente con la mayoría de los estándares internacionales. En particular, el IEM subraya que:

> Perú cuenta con un marco normativo que permite el decomiso de los bienes o activos, instrumentos usados o que se intentaron usar para la comisión del LA, sus delitos determinantes, así como de los bienes de valor equivalente. Asimismo, se cuenta con la figura de pérdida de dominio (GAFILAT, 2019: 63).

No obstante, "los resultados de decomisos y acciones por pérdida de dominio son modestos en número" (GAFILAT, 2021: 138). A juicio del GAFILAT, las deficiencias en efectividad se deben a una débil cooperación interinstitucional entre las autoridades peruanas. En el IEM se reconoce que la Fiscalía peruana:

> […] actúa con independencia de criterio, conduciendo desde su inicio la investigación y decidiendo la estrategia de investigación adecuada al caso. Por su parte, la Policía realiza los actos de investigación, bajo la conducción del fiscal y puede brindar sus recomendaciones a la estrategia fiscal.

Sin embargo, el equipo evaluador considera que "dentro de ese marco, ambos deben cooperar y actuar en forma conjunta y coordinada, a fin de garantizar la mayor eficacia en la investigación del delito" (GAFILAT, 2019: 138). Asimismo, el GAFILAT considera que Perú no ha logrado ejecutar una estrategia nacional para combatir las economías ilícitas. En este sentido, el IEM señala que:

> […] aún hace falta la materialización de las acciones del Plan Nacional 2018 con resultados concretos de decomiso final y perdida de dominio de los activos criminales, derivado de la conciencia clara por parte de los operadores policiales, fiscales, o judiciales de atacar los activos del crimen organizado y poder llevar adelante decomisos sistemáticos de casos de LA o de sus delitos determinantes. Con lo cual se concluye que el decomiso de activos, instrumentos y productos criminales y bienes de valor equivalente es perseguido con limitaciones como un objetivo de una política (GAFILAT, 2019: 54).

4.7. Análisis comparado

A la luz de los resultados de la tercera ronda de evaluaciones mutuas del GAFI (Argentina y Brasil), y de la cuarta ronda del GAFILAT (Chile, Colombia, México y Perú), sobre la recomendación número cuatro (búsqueda, persecución, recuperación y aprovechamiento de bienes ilícitos), se puede afirmar de manera general que los seis países latinoamericanos analizados tienen una legislación y autoridades nacionales encargadas de perseguir activos ilícitos, aplicando medidas como el decomiso penal de bienes inmuebles y muebles y en algunos casos el decomiso sin condena.

Sin embargo, mientras Colombia, México y Perú cumplen adecuadamente con las recomendaciones y estándares internacionales (si bien la efectividad de su legislación y autoridades es moderada debido a la limitada coordinación interinstitucional y la falta de aplicación de una estrategia nacional clara, lo que significa que existen importantes oportunidades de mejora en esa materia), Argentina y Brasil cumplen solo parcialmente dichas recomendaciones y estándares internacionales (no habiendo sido posible analizar la efectividad de su legislación debido a la falta de información estadística). Finalmente, Chile se encuentra en un lugar intermedio al cumplir con la mayoría de las recomendaciones y estándares internacionales en materia de decomiso de bienes ilícitos, si bien persisten deficiencias menores que debe solucionar y la efectividad de su legislación y autoridades no supera el nivel de moderada.

En general, la lectura de los informes de evaluación mutua de los seis países evidencia una tendencia positiva, hacia la correcta adopción y cumplimiento de las recomendaciones internacionales en materia de recuperación de activos ilícitos, en especial en lo que se refiere al mecanismo de decomiso sin condena. Los seis países han mostrado avances en esa materia, aunque no de manera simétrica, puesto que es evidente que unos han progresado más que otros.

En general, el común denominador es el cumplimiento técnico de la recomendación 4 de GAFI, en lo que tiene que ver con la adopción de medidas legislativas para el decomiso sin condena de bienes de origen ilícito y de bienes lícitos destinados a actividades ilícitas. Esto permite afirmar que, por lo menos en lo que hace a los seis países analizados, todos ellos cuentan con alguna forma de regulación (leyes, decretos o reglamentos) que hace posible el decomiso sin condena. La diferencia tiene que ver con el grado de independencia de ese mecanismo respecto del decomiso penal. Pues mientras algunos países como Colombia, México, Perú y Argentina han optado por la figura de la extinción de dominio (que ofrece el máximo nivel de independencia y autonomía frente al decomiso penal), otros como Brasil y Chile han apostado por figuras híbridas que siguen atadas al decomiso penal pero que bajo ciertas condiciones pueden ser utilizadas para perseguir bienes ilícitos sin condena penal.

Como consecuencia de lo anterior, los seis países analizados han creado capacidades institucionales para la identificación, búsqueda, ubicación, aseguramiento, persecución judicial y recuperación de bienes ilícitos. La regla general es que todos los países tienen autoridades de inteligencia financiera, investigación judicial, juzgamiento y administración para la persecución y recuperación de los bienes ilícitos. De hecho, los informes de evaluación mutua de los seis países dejan ver que, en todos ellos, las instituciones u órganos dedicados a esta actividad están especializados. Por consiguiente, puede afirmarse que además de un marco regulatorio, estos países también tienen un marco institucional dispuesto para la recuperación de activos ilícitos.

Las oportunidades de mejora se encuentran en la efectividad de las medidas legislativas e institucionales adoptadas. Los informes de evaluación mutua de GAFI/GAFILAT dan cuenta de que las capacidades instaladas no han logrado niveles de efectividad óptimos. En promedio, la efectividad en la recuperación de activos ilícitos es moderada en Colombia, México, Perú y Chile. En el caso de Argentina y Brasil no hay datos suficientes para evaluar su efectividad, lo cual es motivo de preocupación, ya que eso significa que esos países no miden su efectividad y por consiguiente no pueden tener una estrategia apropiada para mejorarla.

Las oportunidades de mejora en cada país son diferentes, pero hay algunas comunes que surgen de los informes de evaluación mutua. La falta de coordinación nacional es una de ellas, lo cual tiene que ver con problemas de articulación entre el Ministerio Público / Fiscalía General con otras instituciones como la unidad de inteligencia financiera, las autoridades fiscales y aduaneras, la policía y algunos sectores privados que tienen información valiosa en el proceso de persecución de activos ilícitos: por ejemplo, las instituciones financieras. Este parece ser un problema común y transversal a todos los países analizados.

El otro gran problema tiene que ver con la cooperación internacional. Los informes de evaluación mutua dejan apreciar, que los países analizados sí solicitan y ofrecen cooperación internacional en materia de persecución internacional de activos ilícitos. Sin embargo, la cantidad de requerimientos u ofrecimientos de cooperación

es baja, si se le compara con el tamaño estimado de las economías ilícitas que se combaten en cada país. Además, esa cooperación internacional es lenta, no es proactiva y en la mayoría de los casos se contrae al intercambio de información y pruebas. La realización de investigaciones conjuntas, operaciones conjuntas o la elaboración de productos conjuntos es prácticamente inexistente.

Puesto en estos términos, parece que el fortalecimiento de la efectividad en materia de recuperación de activos ilícitos pasa, obligatoriamente, por la necesidad de encontrar la forma de cambiar las metodologías de trabajo hacia otras más colaborativas.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

5.1. Conclusiones

Existe un conjunto muy desarrollado de recomendaciones, estándares y mejores prácticas internacionales, en materia de lucha contra las economías ilícitas y los flujos financieros ilegales. En lo fundamental, esas recomendaciones, estándares y mejores prácticas internacionales sugieren a los países adoptar instituciones jurídicas y autoridades a nivel nacional, que permitan el decomiso penal y el decomiso sin condena de los bienes que son producto del delito.

El GAFI evalúa, directamente o a través de los organismos regionales asociados a él, el cumplimiento de las recomendaciones, estándares y buenas prácticas internaciones en materia de decomiso penal y decomiso sin condena. En América Latina, GAFILAT ha realizado cuatro rondas de evaluaciones mutuas. Entre los aspectos que ha evaluado GAFILAT se encuentra el cumplimiento técnico de las recomendaciones, estándares y mejores prácticas internacionales y la efectividad de las medidas tomadas por los países de la región en materia de decomiso penal y decomiso sin condena.

Los seis (6) países observados (Brasil, Argentina, México, Chile, Perú y Colombia) cumplen en general las recomendaciones, estándares y mejores prácticas internacionales, aun cuando unos lo hagan mejor que otros. Colombia Perú y México son los mejores calificados

en materia de cumplimiento técnico de la recomendación 4 sobre decomiso. Brasil, Argentina y México están en condiciones muy similares de cumplimiento parcial. Chile es el país que más oportunidades de mejora tiene de todos.

En materia de efectividad la situación es muy similar. Colombia, Perú, México y Chile muestran una efectividad moderada, a causa de problemáticas como la falta de coordinación entre sus autoridades y la falta de ejecución de una estrategia nacional de persecución de activos ilícitos. Brasil y Argentina aún no han sido evaluados en su efectividad, pero las conclusiones de la tercera ronda sugieren que ésta es baja.

Los mecanismos de identificación, búsqueda, persecución y recuperación de activos ilícitos son muy importantes en la lucha contra la corrupción. El cumplimiento de las recomendaciones, estándares y mejores prácticas internacionales en materia de decomiso penal y decomiso sin condena puede potenciar significativamente, la capacidad de los Estados de combatir la corrupción. Es importante fomentar que los países de América Latina en general cumplan técnicamente las recomendaciones, estándares y mejores prácticas internacionales y aumenten su efectividad en materia de decomiso penal y decomiso sin condena, específicamente en casos de corrupción.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante entender que además de los mecanismos para la identificación, búsqueda, persecución y recuperación de activos ilícitos, también hay mecanismos judiciales para la indemnización de los perjuicios causados por la corrupción. Estos dos grupos de mecanismos deben diferenciarse y no confundirse. Ambos tipos de mecanismos pueden aplicarse de manera concurrente en casos de corrupción, para incrementar la capacidad el Estado de combatir este fenómeno criminal.

El caso colombiano muestra que en este país existen al menos tres mecanismos diferentes para perseguir activos en casos de corrupción: el decomiso administrativo, el decomiso judicial tanto penal (comiso penal) y el decomiso sin condena (la extinción de dominio). Todos estos mecanismos son complementarios, no excluyentes entre ellos, y pueden concurrir con los mecanismos de búsqueda y asegu-

ramiento de bienes con fines de reparación de perjuicios, ya sea en la jurisdicción civil, penal o en juicios de responsabilidad fiscal.

5.2. Recomendaciones para América Latina

El análisis comparativo de los seis países analizados muestra que hay dos oportunidades muy importantes de mejora a nivel regional:

1. En primer lugar, los organismos multilaterales regionales deberían promover la eliminación de las asimetrías existentes, en los marcos legislativos adoptados por los países. Por supuesto, es imperativo el respeto a la soberanía de los Estados. Sin embargo, el hecho de que algunos países estén apostando por mecanismos de decomiso sin condena completamente independientes y autónomos del proceso penal, mientras que otros apuestan por figuras híbridas menos independientes y autónomas, crea diferencias que no favorecen ni promueven la cooperación y coordinación internacional. Lo mismo ocurre frente al alcance mismo de los mecanismos existentes, en relación con las diferencias existentes en materia de definición de las causales para la aplicación de la extinción de dominio y las actividades ilícitas precedentes respecto de las cuales puede aplicarse. Por ejemplo, mientras algunos países han adoptado un catálogo de actividades ilícitas frente a las cuales procede la extinción de dominio, otros países han establecido la posibilidad de aplicarla a todas las conductas descritas en la ley penal como delito, o incluso a infracciones administrativas como en el caso de Perú. Estas asimetrías deberían eliminarse, porque obstaculizan la cooperación y coordinación internacional, cuando un país persigue activos basado en una actividad ilícita o en una causal que no está contemplada en el otro.

2. En segundo lugar, los gobiernos y los organismos multilaterales deberían enfocarse en promover investigaciones conjuntas. La cooperación y coordinación internacional debe salir del escritorio, para ir más allá del frio intercambio de información y de pruebas. Es indispensable que, para enfrentar el crimen organizado trasnacional, los operadores judiciales actúen también de manera trasnacional. Son muy pocos los casos conocidos de grupos de investigadores binacionales (y menos aún plurinacionales), conformados para enfrentar casos transfronterizos. Esos equipos no solo deberían ser capaces

de desplegar actos de investigación conjuntos y coordinados, sino también de elaborar y entregar productos de investigación de manera conjunta. Los informes de evaluación mutua analizados parecen mostrar que América Latina aún está muy lejos de ello.

5.3. Recomendaciones para Colombia

En el caso se Colombia, además de las recomendaciones anteriores, el gran desafío es incrementar la efectividad en la persecución de activos ilícitos. Ello pasa esencialmente por mejorar la forma de trabajar de la Fiscalía General de la Nación, en pro de metodologías que promuevan la coordinación y cooperación con otras instituciones públicas y privadas: por ejemplo, con la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y con las asociaciones, colectivos, colegios y gremios empresariales y profesionales del país. La efectividad del sistema depende de la colaboración de todos los actores que están en capacidad de aportar, y parece que por ahora la Fiscalía General de la Nación tiene una muy limitada capacidad de articulación con ellos.

En línea con lo anterior, Colombia es el país con la historia más larga en materia de decomiso sin condena en la región. Allí nació la extinción de dominio, cuya trayectoria ha inspirado y orientado muchos procesos legislativos en la región. Por esta razón, Colombia debería entrar en debates que en otros países aun no pueden darse, por la juventud de sus instituciones. Entre esos debates está la desmonopolización de la acción de extinción de dominio. En Colombia, la Fiscalía General de la Nación ha tenido el monopolio de la acción de extinción de dominio por veintisiete años, no por mandato constitucional sino por decisión del legislador (Corte Constitucional, 2000): ¿no será hora de que otras instituciones, como la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales o incluso el mismo gobierno nacional a través de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado pueda promover la acción de extinción de dominio? ¿Esa desmonopolización incrementaría la efectividad de la figura?

Por supuesto, el caso de Colombia es lo suficientemente rico, como para discutir muchas otras oportunidades de mejora que es-

capan al alcance de este trabajo. Por esta razón, la presentación y discusión de otras recomendaciones deberían ser abordadas en otro estudio dedicado exclusivamente a ese tema.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

Colombia

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto del 17/10/2012. Radicado 39659.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 10/08/2016. Radicado 47660. Providencia SP11015-2016)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-374 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-409 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-111de 2000. M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-616 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-459 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-782 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-327 de 2020. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Doctrina

Garrido, C. (2009). "*Procedimientos administrativos en Colombia: buenas prácticas en la delegación a la rama ejecutiva*". En: Greenberg, T., Samuel, L. Grant, W., & Gray, L. (Eds.). *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena.* Washington D.C.: Banco Mundial. Pp. 193-196.

Greenberg, T., Samuel, L. Grant, W., & Gray, L. (2009). *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena.* Washington D.C.: Banco Mundial

Martínez, W. (2014). "*La extinción de dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia*". En:. UNODC-ICITAP. (Dir.). *La extinción del derecho de dominio en Colombia. Especial referencia al nuevo código.* UNODC-ICITAP.

Rivera, R. (2014). *La extinción de dominio. Comentarios al Código de Extinción de Dominio Ley 1708 de 2014.* Bucaramanga: Sic Editorial Ltda.

Ternera, F (2021). "La propiedad: un concepto disforme". En: Medina, M. (Ed.). *Debates sobre la propiedad.* Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.

Informes, resoluciones y otros documentos

Asamblea General de Naciones Unidas. (2015). *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. A/70/L.1 emitido el 18 de septiembre de 2015.*

FATF. (2019). Methodology for assessing technical compliance with the FATF recommendations and the effectiveness of AML/CFT systems. https://www.fatfgafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF%20Methodology%2022%20Feb%202013.pdf.

FATF/GAFILAT. (2018). *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures Mexico Mutual Evaluation Report. Enero de 2018.* www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mer-mexico-2018.html.

G8. (2005). *Principios de buenas prácticas del G-8 sobre rastreo, congelación y decomiso de activos.*

GAFI/GAFISUD. (2010a) *Informe de Evaluación Mutua Anti-Lavado de Activos y Contra el Financiamiento del Terrorismo de la República de Argentina.* https://www.gafilat.org/index.php/en/bibliotecavirtual/miembros/argentina/evaluaciones-mutuas/8-argentina-3a-ronda-2010/file.

GAFI/GAFISUD. (2010b) *Informe de Evaluación Mutua Anti-Lavado de Activos y Contra el Financiamiento del Terrorismo de la República Federativa de Brasil.* https://www.gafilat.org/index.php/en/biblioteca-virtual/miembros/brasil/evaluaciones-mutuas-2/1951-informe-de-evaluacion-mutua-de-brasil-3a-ronda/file.

GAFILAT. (2012). "Las 40 Recomendaciones". *GAFILAT.* https://www.gafilat.org/index.php/es/las-40-recomendaciones

GAFILAT. (2018). "Informe de Evaluación Mutua de la República de Colombia". https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/miembros/colombia/evaluaciones-mutuas-4/3286-informe-de-evaluacion-mutua-de-colombia/file

GAFILAT. (2019). "*Informe de Evaluación Mutua de la República de Perú".* https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/miembros/

peru/evaluaciones-mutuas-14/3284-informe-de-evaluacion-mutua-del-peru/file.

GAFILAT. (2020). "El organismo internacional". *GAFILAT*. http://www.gafilat.org/index.php/es/gafilat/quienes-somos/organismo-internacional.

GAFILAT. (2021). "Informe de Evaluación Mutua de la República de Chile". https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/iem-del-gafilat/4110-informe-de-evaluacio-n-mutua-de-chile/file.

GAFILAT. (s.f.). "¿Qué es el GAFILAT?". *GAFILAT*. https://www.gafilat.org/index.php/es/gafilat/que-es-gafilat.

OEA. (2011). "Sistemas de Administración de Bienes de América Latina y Guía para la Administración de Bienes Incautados y Decomisados del Crimen Organizado".

OEA. (2017). "La emancipación del comiso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado".

UNESCO. (13 de noviembre de 2019b). "Foro Político de Alto Nivel sobre el Desarrollo Sostenible". *UNESCO*. https://es.unesco.org/sdgs

UNESCO. (16 de noviembre de 2019a). "La UNESCO y los Objetivos de Desarrollo Sostenible". *UNESCO*. https://es.unesco.org/sdgs

UNODC. (2011). "Ley Modelo de Extinción de Dominio para América Latina". https://www.unodc.org/documents/legaltools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf.

UNODC. (2015). "La extinción del derecho de dominio en Colombia Especial referencia al nuevo Código". Bogotá D.C: UNODOC.

UNODC. (2017). "Informe sobre la reunión del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Recuperación de Activos celebrada en Viena a los 24 días y 25 de agosto de 2017.

Capítulo 4

Los modelos institucionales de cooperación jurídica internacional en materia civil

MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT*

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción es un delito tipificado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo, así como en múltiples tratados internacionales. No obstante, se trata de un fenómeno que no solamente debe ser combatido desde el derecho penal, sino desde todas las ramas del derecho. En este sentido, el derecho privado se presenta como una buena herramienta para luchar frente a esta indeseable realidad y sus consecuencias. En primer lugar, porque el derecho penal siempre ha de ser la *ultima ratio* y, en segundo, porque el ejercicio de una acción civil permite el resarcimiento de los daños sufridos por los perjudicados sin que dependa del ejercicio de una acción penal[1].

---

* Profesora contratada, doctora de derecho internacional privado de la Universidad de Murcia (España).

1 No obstante, se ha de tener en cuenta la prejudicialidad penal, que puede obligar a la suspensión del procedimiento civil cuando en el mismo aparecen hechos con apariencia delictiva. En España, esta institución está regulada en los arts. 40 y 41 LEC y tiene incidencia tanto sobre procesos judiciales como arbitrales. La jurisprudencia la ha interpretado de forma restrictiva, no apreciándola cuando hay prueba suficiente en el pleito civil que permite resolverlo sin esperar al penal. Respecto de los procesos judiciales, entre otras muchas, véase la SAP Valencia 341/2015, 10 de noviembre de 2015, ECLI:ES:APV:2015:4932, en la que se declara la nulidad de la orden de compra de acciones de Bankia suscrita por los actores, al considerar que la entidad financiera había suministrado información contable falsa en el momento de su salida a bolsa, hechos que estaban siendo investigados como posible delito. Años más tarde, el Tribunal Supremo ha confirmado

Cuando se piensa en el papel del derecho privado en la tutela de los intereses de los particulares en casos de corrupción, la acción por "excelencia" es la de responsabilidad civil derivada del delito, ejercitada al hilo de la acción penal o tras la condena del acusado[2]. Esta acción puede tener por objeto (a) la restitución del bien que haya sido objeto del delito; (b) la reparación del daño mediante obligaciones de dar, hacer o no hacer; y/o (c) la indemnización por los daños y perjuicios materiales y morales causados por el hecho punible, que comprenderá no sólo los daños que se hubieren causado a la víctima, sino también los que hubieren sufrido sus familiares o terceros[3]. Esta responsabilidad se puede reclamar no solo al autor material del delito, sino también a otros sujetos, como pueden ser los colaboradores o cómplices, así como a quien la doctrina penalista ha denominado "responsable civil subsidiario", que, según el ordenamiento jurídico que se analice, cubre un espectro mayor o menor de personas físicas o jurídicas y que también alcanza al Estado, lo que puede ser de importancia en los casos de corrupción pública[4]. Así, por ejemplo, un

---

que el folleto contenía una "amplia y certera" información financiera (STS Sala 1ª, de 24 de octubre de 2022, n. 839/2022, ECLI:ES:TS:2022:3836). Respecto de los procesos arbitrales, véanse la STC 50/2022, 4 de abril de 2022, ECLI:ES:TC:2022:50 y la STC 79/2022, de 27 de junio de 2022, ECLI:ES:TC:2022:79, ambas relativas a la incidencia de un delito de corrupción en un proceso arbitral sobre resolución de contratos de obra con empresas del sector público.

2 En derecho español, esta acción civil viene regulada en el art. 100 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, "Gaceta de Madrid" núm. 260, de 17/09/1882, versión online actualizada disponible en https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con (en adelante, "Ley de Enjuiciamiento Criminal española"): "De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible".

3 La responsabilidad civil *ex delicto* viene regulada en derecho español en los arts. 110 a 113 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, "BOE" núm. 281, de 24/11/1995 (en adelante, "Código penal español").

4 En derecho español, son responsables civiles subsidiarios: (a) las aseguradoras cuando éstas hubiesen asumido el riesgo asegurado (art. 117 Código penal español; (b) los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados

concursante de una licitación pública puede solicitar una indemnización, bien a la empresa que resultó ganadora, bien a la Administración licitadora, tras haberse demostrado en un proceso penal que el contrato fue adjudicado tras soborno a los miembros de la mesa.

No obstante, la acción de responsabilidad civil derivada del delito no es la única herramienta que los particulares tienen en su mano para combatir las conductas corruptas. En la jurisprudencia se puede encontrar todo un abanico de acciones distintas que sirven para combatir la corrupción o sus efectos ante la jurisdicción civil. Respecto de la corrupción pública, por ejemplo, se ha solicitado la anulación de contratos de compraventa de participaciones sociales cuando posteriormente se conoce que la sociedad obtenía parte de sus ganancias de delitos de corrupción[5]. En cuanto a la corrupción privada, por

---

por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia; (c) las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos cometidos utilizando los medios de los que sean titulares; (d) las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción; (e) las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios; y de las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos cometidos en la utilización de aquéllos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas (art. 120 del Código Penal español); y (f) la Administración, por los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones.

5 Véase la SAP Baleares 593/2012, 19 de diciembre de 2012, en la que un nuevo socio solicita la anulación del contrato de compraventa del 20% de las participaciones de una sociedad por error de consentimiento provocado por la parte vendedora. Sostiene la parte actora que la parte vendedora le ocultó que la sociedad obtenía sus ingresos más sustanciales a través de sis-

ejemplo, los socios de una sociedad pueden reclamar la anulación de ciertos acuerdos societarios que el Consejo de Administración acordó tras haber recibido un soborno, o incluso solicitar que se declare la responsabilidad personal de los administradores que tomaron tal decisión. Otra solicitud bastante presente en la jurisprudencia es la de resolución de contratos de compraventa de vivienda construidas sobre suelo objeto de delitos urbanísticos. Asimismo, por citar un ejemplo de derecho mercantil, se puede solicitar la separación del cargo a un administrador concursal por el hecho de que haya sido admitida a trámite una querella contra él por un delito de corrupción de particulares[6].

La lucha contra la corrupción también puede ser un argumento jurídico para el demandado y no sólo para el demandante. En el ámbito de la Unión Europea (EU), la Directiva (UE) 2019/1937 sobre la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión[7], en vigor desde el 17 de diciembre de 2019, se aplica en los procedimientos en los que sea parte demandada el denunciante de corrupción. Su art. 21.7 dispone que, en los procesos

---

temas de contratación irregulares con la Administración, así como la existencia de irregularidades contables que camuflaban la realidad societaria.

6 Véase la SAP Girona n. 462/13, de 16 de diciembre de 2013, ECLI: APGI: 2013: 1304, FJ 5: "Efectivamente, la interposición de una querella criminal por las conductas que va describiendo en la misma en relación con la actuación del apelante en el concurso y que tipifica en la querella como de los presuntos delitos de prevaricación; delito de cohecho; delito continuado de administración desleal; delito de estafa en grado de tentativa; delito de corrupción de particulares, se estima por esta Sala como justa causa para acordar la separación, y ello porque, si como hemos referido la separación requiere la existencia de una causa de entidad, razonable y fundada, sin que quepa, sin más equipararse a meras discrepancias en su actuación, tenemos que concluir que la admisión a trámite de una querella contra el apelante por un Juzgado de Instrucción, es causa más que razonable y de entidad suficiente para estimar la separación cuando además la misma esta prevista como una causa de recusación en el Art. 219 de la LOPJ en relación con el Art 124 de la L.E.C. y 33.2 de la LC".

7 Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, OJ L 305, 26.11.2019, Pp. 17-56.

judiciales, incluidos los relativos a difamación, violación de derechos de autor, vulneración de secreto, infracción de las normas de protección de datos, revelación de secretos comerciales, o a solicitudes de indemnización basadas en el derecho laboral privado, público o colectivo, las personas a que se refiere el art. 4 no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo como consecuencia de denuncias o de revelaciones públicas en virtud de la Directiva. Dichas personas tendrán derecho a alegar en su descargo el haber denunciado o haber hecho una revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la denuncia o revelación pública era necesaria para poner de manifiesto una infracción en virtud de la Directiva (SAP Valencia, 2021).

Cuando la corrupción viene asociada al crimen organizado transnacional (COT), el escenario de estos pleitos suele estar conectado con varios Estados. Esta asociación "internacionaliza" el caso de forma casi automática, pues resulta muy poco frecuente que todos los elementos del supuesto se localicen en la jurisdicción del tribunal ante el que se plantea la demanda. El demandado, sus bienes, las sociedades que se han utilizado para recibir los pagos, las pruebas, se encontrarán en la mayoría de ocasiones distribuidos por varios países y el tribunal necesitará realizar alguna actuación en el extranjero.

Dado que un Estado no puede realizar actos jurisdiccionales más allá de su territorio soberano (TPJI, 1927), tendrá que solicitar la colaboración de las autoridades de esos otros Estados implicados, mediante lo que se conoce como "mecanismos de cooperación jurídica internacional en materia civil". Estos mecanismos permitirán, por ejemplo, que se notifique a un demandado que se encuentra domiciliado en el extranjero o solicitar la práctica de una prueba en el territorio de otro Estado. Del buen funcionamiento de estos mecanismos dependerá el éxito o el fracaso del proceso civil.

Un ejemplo concreto que ilustra la importancia de la asistencia jurídica internacional en materia civil en la lucha contra la corrupción asociada al COT es el caso Oderbrecht. Este caso es un ejemplo emblemático de corrupción transnacional que involucra a una empresa

brasileña de construcción[8]. A través de la cooperación jurídica internacional, se logró obtener pruebas y testimonios que revelaron una vasta red de sobornos y lavado de dinero en varios países de América Latina. La asistencia jurídica permitió el intercambio de información entre los países afectados, facilitando las investigaciones y el enjuiciamiento de los responsables ante tribunales civiles y penales. Varios países han llevado a cabo juicios y condenas, recuperado activos ilícitos y consiguiendo reparación por los daños causados (Campos, 2021; Morales & Morales, 2021).

Otro caso célebre fue la conocida como "Operación *Lava Jato*", en Brasil. Mediante la cooperación jurídica internacional, se descubrió un esquema de sobornos relacionado con la empresa estatal Petrobras, que involucraba a políticos, empresarios y funcionarios públicos en varios países de América Latina. La asistencia jurídica fue fundamental para rastrear activos ilícitos, repatriar fondos y resarcir a los perjudicados (Mota, & De Assis, 2021).

También cabe citar el "caso FIFA" como ejemplo destacado de corrupción en el ámbito del deporte a nivel global. La investigación

---

8 Este caso salió a la luz en 2014, cuando las investigaciones revelaron pagos de sobornos a funcionarios gubernamentales a cambio de obtener contratos públicos en diferentes países. Las revelaciones iniciales señalaron que Odebrecht había establecido un Departamento de Operaciones Estructuradas, también conocido como la "Caja de Sobornos", para gestionar los pagos ilegales a políticos, funcionarios y partidos políticos en diferentes países. Estos sobornos tenían el objetivo de asegurar contratos lucrativos para la empresa en sectores como la construcción de infraestructuras, energía y petroquímica. A medida que las investigaciones avanzaban, se descubrió que Odebrecht había utilizado un elaborado sistema de contabilidad paralela para ocultar los pagos ilícitos. Se establecieron empresas offshores y se realizaron transferencias a través de una compleja red financiera para dificultar el rastreo de los fondos. Estos mecanismos se utilizaron para sobornar a funcionarios en diversos países y obtener ventajas competitivas en el mercado. El impacto del caso Odebrecht fue enorme. Los pagos de sobornos ascendieron a miles de millones de dólares, afectando a gobiernos, partidos políticos y empresas en varios países. Entre los países más afectados se encuentran Brasil, Perú, Colombia, Ecuador y República Dominicana, pero también se descubrieron conexiones con otros países de América Latina, así como en África y el Medio Oriente.

reveló un entramado de sobornos y pagos ilegales en el seno de la Federación Internacional de Fútbol Asociación (FIFA), involucrando a altos funcionarios y dirigentes deportivos de diferentes países. La asistencia jurídica internacional permitió el intercambio de pruebas y la coordinación de acciones legales penales y civiles para desmantelar la red de corrupción y procesar a los responsables (Esposito, 2016).

Estos ejemplos demuestran cómo la asistencia jurídica internacional en materia civil ha sido fundamental para desmantelar redes de corrupción asociadas al crimen organizado transnacional. La cooperación entre los países afectados ha permitido compartir información, intercambiar pruebas y coordinar acciones jurídicas, lo que ha resultado en la persecución efectiva de los responsables y la recuperación de activos ilícitos. Estos casos también resaltan la importancia de fortalecer los mecanismos de cooperación y promover una cultura de transparencia y rendición de cuentas en la región.

Consciente de la relevancia de la asistencia jurídica internacional, el Convenio Civil sobre la Corrupción (número 174 del Consejo de Europa) establece en su art. 13 el deber de los Estados parte de cooperar efectivamente en cuestiones relacionadas con procesos civiles en casos de corrupción, especialmente en lo que se refiere a la notificación de documentos, la obtención de pruebas en el extranjero, la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras y los costes de litigación, de acuerdo con las disposiciones de los instrumentos sobre cooperación jurídica internacional en materia civil o mercantil de los que sean parte así como con su normativa interna[9].

A la luz de lo anterior, el objeto de este trabajo es analizar las normas de cooperación jurídica internacional en materia civil de los países de referencia del proyecto (Argentina, Brasil, Chile, Colombia,

---

9 "*The Parties shall co-operate effectively in matters relating to civil proceedings in cases of corruption, especially concerning the service of documents, obtaining evidence abroad, jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgements and litigation costs, in accordance with the provisions of relevant international instruments on international cooperation in civil and commercial matters to which they are Party, as well as with their internal law*".

México, Perú y España), a efectos de examinar si favorecen el buen desarrollo de los procesos civiles en los que se combate la corrupción relacionada con el COT. Ante la imposibilidad material de estudiar todos los mecanismos de cooperación internacional de los países de referencia, por la multiplicidad de normas nacionales y convenios bilaterales firmados al respecto, se centrará el análisis en los modelos de cooperación institucional clásica multilateral con un mayor alcance en el ámbito universal: las Convenciones de La Haya, con la finalidad de determinar hasta qué punto y de qué manera una mejora en la regulación de los mecanismos de la estructura institucional clásica de cooperación internacional puede contribuir a la lucha contra la corrupción asociada al COT en América Latina y Colombia.

2. LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL Y SU REGULACIÓN EN LOS ESTADOS DE REFERENCIA

2.1. Qué es "cooperación jurídica internacional"

La cooperación jurídica internacional se define como "los procedimientos o mecanismos que se encuentran disponibles para facilitar la eficacia de un acto o procedimiento jurídico que debe surtir efecto o llevarse a cabo en una jurisdicción extranjera" (Goicoechea, 2016: 128). A los actos que ponen en práctica estos mecanismos se les denomina actos de "asistencia judicial internacional"[10].

Los tipos de actos de asistencia que han de incluirse en la categoría de cooperación jurídica internacional han sido objeto de debate en diversos foros (Carrillo & Elvira, 2012; Pocar, 1967). Se pueden distinguir tres posiciones: una concepción amplia, una intermedia y otra más estricta (Captna, 1988). En primer lugar, según una concepción amplia, la asistencia judicial internacional se integra por la no-

[10] Pocar (1967: 4), define la asistencia judicial internacional como como el conjunto de actos de ayuda, de colaboración, que un Estado presta a otro Estado extranjero con la finalidad de que cumpla o desarrolle mejor una determinada actividad relacionada a su función jurisdiccional.

tificación en el extranjero, la obtención de pruebas en el extranjero, el régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, la legalización de documentos extranjeros, la dispensa de la obligación del extranjero de prestar caución en juicio y la admisión de dichos extranjeros al beneficio de justicia gratuita (Fernández & Sánchez, 1988). Una concepción intermedia excluye la validez extraterritorial de decisiones (Sereni, 1961; Morelli, 1954). Por último, una concepción más estricta circunscribe el contenido de la asistencia judicial internacional a la notificación de documentos y a la obtención de pruebas (Carrillo & Elvira, 2012).

De las tres posibilidades, la concepción estricta es la que parece preferible. Esta parece ser también la preferida por las normas estatales (Elvira, 1997). En este aspecto, se coincide con Carrillo & Elvira (2012) en que se han de considerar como actos de asistencia judicial internacional únicamente aquellos actos procesales dirigidos al desenvolvimiento normal y buen fin del proceso y no aquéllos que se ubican realmente en un momento posterior.

Por lo tanto, adoptar una concepción estricta del concepto de cooperación implica dejar fuera, en primer lugar, las medidas de ejecución o de validez extraterritorial de decisiones. Como también señala Pocar (1967), la actividad relativa al reconocimiento de las sentencias extranjeras solamente tiene efectos en el Estado en que viene desplegada. La misma no está destinada a "ayudar" al Estado del que procede la sentencia a desarrollar su función jurisdiccional, pues la misma ya ha sido culminada en lo que respecta a la fase declarativa. La misma se trata de una ayuda a los ciudadanos privados, nacionales o extranjeros, con un interés en la fase ejecutiva del procedimiento, a que no tengan que repetir todo el procedimiento que ya ha sido llevado a cabo en el extranjero (Carrillo & Elvira, 2012).

Esta concepción estricta excluye también del concepto de asistencia judicial internacional la legalización de documentos extranjeros, la dispensa de la obligación del extranjero de prestar caución en juicio o la admisión de dichos extranjeros al beneficio de justicia gratuita. Se trata de ventajas a los particulares, de las que pueden servirse, pero que no "ayudan" al desarrollo de la función jurisdiccional del Estado extranjero del que proceden dichos particulares (Cucinotta, 1935).

Como consecuencia de la adopción de esta concepción estricta de cooperación jurídica internacional, este trabajo se circunscribirá exclusivamente al análisis de las normas sobre obtención de pruebas y notificación de documentos.

2.2. Qué es "materia civil"

Por otra parte, resulta necesario definir "materia civil". Por lo general, se considera como "materia civil" toda acción que traiga causa de una relación entre particulares, o bien de una relación entre un particular y el Estado, cuando éste actúa despojado de sus poderes públicos[11]. Sin embargo, en el ámbito de la cooperación jurídica internacional, el término "civil" no tiene un significado único, sino que cada instrumento delimita de forma autónoma las áreas del derecho a las que se aplica, sin referencia al derecho del Estado requirente ni al derecho del Estado requerido (Franzina, 2009; HccH, 2009).

Por ejemplo, el concepto de "materia civil o mercantil" del Reglamento (UE) 2020/1784 relativo a la notificación y el traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, es muy amplio. Tal y como ha sido interpretado por doctrina y jurisprudencia, incluye todas las áreas del derecho privado: derecho civil (tanto patrimonial como personal y familia), derecho mercantil o comercial y derecho laboral[12]. Presenta un alcance incluso más amplio el término "materia civil o comercial"

---

11 Respecto del Reglamento UE en materia de notificaciones, véase la STJUE 11 junio 2015, C-226/13, C 245/13, C 247/13 y C 578/13, Stefan Fahnenbrock y otros vs. Hellenische Republik [ECLI:EU:C:2015:383].

12 En cuanto a la doctrina, véase Cebrián (2018); Aguilera & Cubillo (2011); y Relmy (2011). En cuanto a la jurisprudencia, véase, la Sent. Trib. Haarlem (Holanda) 26 octubre 2004 [AR7011, 101226/2004], sobre una demanda de divorcio interpuesta por un marido residente en Holanda frente su esposa residente en Alemania. El tribunal estima que, al tratarse de un asunto civil, la notificación se ha de realizar mediante el Reglamento europeo de notificaciones o la Sent. Cour Cass. Francia 21 septiembre 2005 [n. pourvoi 03-45090], sobre la notificación de una resolución en que se condenaba a una sociedad extranjera al pago de diferentes sumas en concepto de salarios e indemnizaciones a trabajadores.

utilizado por el Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial y por el Convenio de la Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial[13]. Como ha señalado la Comisión especial sobre el funcionamiento de estos dos convenios, la expresión ha de ser interpretada de forma flexible, para lo que se tiene en cuenta que estos instrumentos no excluyen expresamente ninguna materia de su ámbito de aplicación[14]. En contraste, la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975[15], se declara aplicable a las notificaciones en materia civil y comercial, pero no laboral (salvo que el Estado signatario lo indique expresamente, ex. art. 16 de la Convención).

Resulta también necesario determinar si para calificar la materia como civil el criterio ha de ser el de la acción ejercitada o el del orden del órgano jurisdiccional ante el que tal acción se haya hecho valer. El criterio mayoritario es que lo relevante es la naturaleza del fondo de la cuestión a que se refiere la solicitud, independientemente del órgano que la remite o del tipo de proceso en que la misma se inserta (Droz & Dyer, 1981). Así, por ejemplo, los instrumentos sobre cooperación jurídica internacional en materia civil deberían aplicarse cuando un órgano judicial adscrito al orden penal quiera obtener pruebas que sólo afectan a la responsabilidad civil derivada de ilícito penal (Calvo & Carrascosa, 2017; Aguilera & Cubillo, 2011).

Este criterio es teóricamente correcto, pero genera una importante dificultad práctica: la de determinar el instrumento a utilizar cuando el acto de asistencia que se solicita deriva de una acción de derecho privado y de una de derecho público. Siguiendo con el ejemplo anterior, ¿qué instrumento utilizar cuando la prueba a practicar afecta tanto a la responsabilidad penal como a la responsabilidad civil *ex delicto*? Este caso es relativamente frecuente cuando se trata de

---

13 *Vid.*: https://assets.hcch.net/docs/a7dd36c0-a757-4f1a-86a1-d41278ccda5c.pdf.

14 *Vid.*: https://assets.hcch.net/upload/wop/jac_concl_s.pdf, p. 9.

15 *Vid.*: https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-36.html.

combatir la corrupción asociada al crimen organizado, en que las acciones civiles suelen ejercitarse junto con las penales. La pregunta no es baladí, puesto que, si el tribunal no utiliza el instrumento adecuado, se podría retrasar el proceso, alegando el acusado/responsable civil un defecto en la notificación o incluso solicitando la nulidad de actuaciones.

La respuesta que parece preferible es la de dejar al tribunal la opción sobre el instrumento a utilizar. El tribunal debería utilizar el que permita una respuesta más rápida y eficaz por parte del Estado requerido (por ejemplo, si en el Estado del foro se encuentra en vigor un convenio bilateral sobre cooperación jurídica en materia penal con el Estado al que se destina la solicitud, y no existe un homólogo en materia civil, lo más justo es que se pueda utilizar ese convenio bilateral para solicitar la práctica de una prueba que tendrá repercusión sobre la responsabilidad tanto penal como civil del acusado, o para realizar una notificación, que contenga tanto pronunciamientos civiles como penales respecto de tal acusado). La realidad, no obstante, va por otro camino: el instrumento a utilizar suele venir determinado por el orden del órgano que realiza la solicitud. Así, las actuaciones que vaya a realizar un juez penal respecto de un responsable civil o una prueba sitos en el extranjero generalmente se encauzan a través de los mecanismos de cooperación en materia penal, incluso cuando la solicitud se refiere a cuestiones exclusivamente relacionadas con la acción de responsabilidad civil "*ex delicto*"[16].

2.3. Regulación en los Estados de referencia

Los Estados de referencia en la investigación (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, México y Perú), por su proximidad geográfica, histórica y cultural, comparten un número relevante de normas relativas a cooperación jurídica internacional en materia civil. Estas normas, de carácter convencional, solamente se aplicarán si la solicitud de cooperación se envía desde un Estado que haya ratificado tal instrumento a otro Estado que también lo haya hecho. Si no

---

[16] Estudio de jurisprudencia 2013-2023 realizado por la autora en la plataforma "Vlex" en las bases de datos de todos los Estados de referencia.

existe Convenio internacional aplicable entre el Estado que cursa la solicitud (Estado requirente) y el Estado destinatario de la solicitud (Estado requerido), el tribunal del Estado requirente tendrá que recurrir a las normas de producción interna de tal Estado requirente (Ley del foro).

Dado que la investigación se centra en la cooperación entre los Estados de América Latina entre sí y/o con España, no se incluirán en el análisis las normas que en alguno de esos Estados estén en vigor para realizar actos de asistencia con otros Estados distintos de los indicados[17].

2.3.1. Convenios multilaterales

Tanto la Organización de Estados Americanos (en adelante, "OEA") como la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado (en adelante, "HCCH") han auspiciado la firma de varios convenios internacionales que tienen como finalidad facilitar la cooperación jurídica internacional en materia civil.

En el marco de la HCCH, organización internacional de carácter mundial, se cuenta con los siguientes convenios:

1. Convenio sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial, hecho el 15 de noviembre de 1965[18]. Se encuentra en vigor en los siguientes Estados de referencia: Argentina, Brasil, Colombia, España y México. Ni Chile ni Perú lo han firmado. en adelante, "CHN 1965"). Este instrumento sustituye a su antecesor, el Convenio de La Haya de 1 marzo 1954 sobre procedimiento civil[19], que preveía como cauce ordinario para las solicitudes de cooperación la vía diplomáti-

---

17 Respecto de España, por su particular situación como Estado miembro de la Unión Europea, se ha de tener en cuenta que las normas europeas de asistencia judicial internacional tienen primacía sobre las normas españolas (ya sean convencionales o de producción interna).

18 *Vid.*: https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=17

19 *Vid.*: https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=33.

ca o consular y que por lo tanto resultaba muy lento y poco garante de los derechos de las partes (Fernández, 1997).

El mismo trata de solucionar los problemas planteados por su antecesor. Así, su finalidad es que los documentos judiciales y extrajudiciales que deben ser objeto de notificación a un país extranjero no se tramiten principalmente por vía diplomática, lo que ralentiza el procedimiento y no permite que los mismos sean conocidos por sus destinatarios con tiempo suficiente para organizar su defensa. Al mismo tiempo, trata de asegurar que el proceso no se detenga en el caso de que la notificación sea difícil o imposible. Para ello, el Convenio crea un sistema de autoridades centrales que administran la transmisión de los documentos del Estado requirente al Estado receptor (el Estado en que se ha de practicar la notificación). La autoridad del Estado requerido ha de realizar ella misma la notificación, manteniéndose el régimen de Ley aplicable de su antecesor. Así, dicha notificación se ha de realizar bien conforme a su derecho del foro, bien conforme a un método particular indicado por el Estado requirente. Como en su antecesor, la autoridad del Estado receptor se puede oponer a realizar la notificación si considera que la misma compromete la soberanía o la seguridad de su Estado (Garnett, 2012: 80). El Convenio deja un amplio margen de operación a la Ley del Estado en que se practica la notificación (*Ibíd.* 75).

2. Convenio sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, hecho el 18 de marzo de 1970[20]. En vigor en los mismos Estados de referencia que el Convenio sobre la Notificación. Este convenio sustituye, en las relaciones entre Estados contratantes, a los arts. 8 a 16 del mencionado Convenio de 1954 sobre procedimiento civil. El mismo tiene como finalidad establecer una vía principal para la práctica de la comisión rogatoria distinta de la vía diplomática o consular. En consecuencia, permite articular dicha práctica a través de distintos cauces. En primer lugar, se puede realizar mediante el sistema de las autoridades centrales de los Estados parte, la vía principal (art. 13 CHP 1970). También se puede realizar a través de funcionarios diplomáticos del Estado requirente, o bien mediante funcionarios "comisarios", nombrados específicamente

---

[20] *Vid.*: https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=82

para ejecutar estas comisiones rogatorias. Al igual que se regulaba en su antecesor, la práctica de la prueba puede denegarse si se estima que la misma podría causar perjuicio a la soberanía o seguridad del Estado receptor (art. 12 CHP 1970).

En el marco institucional de la OEA, organización internacional de carácter regional, los convenios suscritos en materia de notificación y práctica de la prueba son[21]:

1. Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975[22]. La Convención se encuentra en vigor en los siete Estados de referencia (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, México y Perú). Su ámbito de aplicación en los mencionados Estados se extiende a los actos de asistencia judicial internacional que tengan por objeto la realización de notificaciones o la recepción y obtención de pruebas y de informes en el extranjero (art. 2). Dispone de un Protocolo adicional que desarrolla de forma más detallada la forma en que se deben cursar las solicitudes de asistencia y que incluye formularios modelo[23]. Este Protocolo sólo está en vigor en dos de los siete Estados de referencia (Argentina y México) y su razón de ser fue la de tratar de adaptar el Convenio a la estructura jurídica de Estados Unidos (Elvira, 1997; Abarca, 1982; VV. AA., 1979). Esta Convención establece unos requisitos para el cumplimiento y tramitación comunes tanto de la notificación como de la práctica de pruebas en sus arts. 2, 5 *et seq.* y 10 *et seq.* La convención está inspirada en los convenios elaborados por la Conferencia de La HCCH., aunque existen algunas diferencias, por ejemplo, la Convención interamericana contempla sólo dos canales de notificación: autoridades centrales y vía diplomática, sin considerar expresamente la vía postal directa (sí presente en el régimen de La Haya, salvo que el Estado se oponga a ello) y se aplica únicamente a documentos judiciales (a diferencia del Convenio de La Haya).

---

21 *Vid.*: en general, Parra (1980). Sobre la codificación del derecho internacional privado y la cooperación jurídica internacional civil en América latina, véase Fernandez (1994).

22 *Vid.*: https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-36.html.

23 *Vid.*: https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-46.html.

2. Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975[24]. Se encuentra en vigor en cinco de los siete Estados de referencia (Argentina, Chile, Colombia, México y Perú). Cuenta también con un Protocolo adicional, también en vigor sólo en dos de los siete Estados de referencia (Argentina y México)[25].

Es además destacable el trabajo realizado en el marco de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos ("COMJIB"), la organización internacional que agrupa a los Ministerios de Justicia de los 22 países iberoamericanos. Su función es, precisamente, el fomento de la cooperación jurídica entre los Estados miembros[26]. Uno de sus frutos es "IBERRED", la red iberoamericana de cooperación jurídica internacional en materia civil y penal, que tiene además como una de sus líneas de actuación principal la lucha contra la corrupción a través de la asistencia judicial civil y penal. Como fruto de esta organización se encuentran los convenios siguientes:

1. Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia, hecho en Mar del Plata el 3 de diciembre de 2010[27]. De los Estados de referencia, es aplicable de momento entre México y España. Argentina está pendiente de depositar el instrumento de ratificación desde 2015. Este Convenio cuenta con un Protocolo adicional, relacionado con los costos, régimen lingüístico y remisión de solicitudes[28].

2. Tratado relativo a la transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre autoridades centrales, conocido como "Tratado de Medellín". A fecha de febrero de 2023, son cinco los Estados parte: Andorra, Cuba, España, Paraguay y Uruguay. De los Estados objeto de estudio, el Tratado ha sido firmado por Ar-

---

24 *Vid.*: https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-37.html.

25 *Vid.*: https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-51.html.

26 *Vid.*: https://comjib.org/comjib/.

27 *Vid.*: http://www.comjib.org/wp-content/uploads/imgDrupal/Convenio-Videoconferencia-ES-publicaciones_1.pdf.

28 *Vid.*: http://www.comjib.org/wp-content/uploads/imgDrupal/Protocolo-Videoconf-ES-publicaciones.pdf.

gentina, Brasil, Colombia y Chile. Este acuerdo internacional tiene como objetivo modernizar y acelerar la colaboración jurídica entre países a través de la plataforma Iber@, un sistema informático para la transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre autoridades centrales. Este método tiene validez legal y elimina la necesidad de envíos físicos posteriores[29]. Su utilidad viene del hecho de que no se circunscribe a ningún mecanismo de cooperación en concreto, sino que se puede aplicar con todos los convenios que establezcan la vía de las autoridades centrales (siempre que pueda remitirse una solicitud de cooperación de autoridad central de Estado requirente a autoridad central de Estado requerido). El Tratado está abierto a la adhesión de cualquier país en el mundo.

2.3.2. Convenios bilaterales suscritos entre los Estados de referencia

2.3.2.1. Argentina

De los Estados objeto de estudio, Argentina solamente cuenta con un régimen bilateral específico de asistencia judicial internacional en materia civil respecto de Brasil y de Colombia.

Entre Argentina y Brasil está en vigor el Acuerdo sobre cooperación jurídica en materia civil, comercial, laboral y administrativa suscrito en Brasilia el 20 de agosto de 1991[30]. Se trata de un Convenio aplicable tanto a la notificación (judicial y extrajudicial) como a la práctica de la prueba, así como a otras cuestiones que quedarían fuera del concepto estricto de cooperación jurídica internacional (reconocimiento y ejecución de sentencias, exención de caución de arraigo, fuerza probatoria de documentos públicos…).

---

[29] *Vid.*: https://iberred.notariado.org/-/paraguay-quinto-pa-c3-ads-en-ratificar-el-tratado-de-medell-c3-adn.

[30] *Vid.*: https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=kp2llg. El Acuerdo sustituye a un tratado anterior, el Acuerdo para la ejecución de las cartas rogatorias entre los gobiernos de la República Argentina y del Brasil, de 14 de febrero de 1880, modificado por el protocolo de 16 de septiembre de 1912.

Respecto de Colombia, está en vigor el Tratado sobre cooperación jurídica mutua entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Colombia, de 22 de febrero de 1994[31]. Este convenio se aplica a la cooperación jurídica internacional en todas las materias, por lo tanto, también sirve para materia civil. Permite efectuar requerimientos a través de las autoridades centrales designadas por cada una de las partes, pero no establece un régimen jurídico completo sobre estos actos de cooperación, por lo que debería completarse con el tratado multilateral que corresponda. En materia penal sí existe un convenio mucho más completo, el Acuerdo de asistencia judicial en materia penal entre la República de Argentina y la República de Colombia de 3 de abril de 1997, que podría utilizarse cuando la asistencia solicitada tenga repercusiones penales y no solo civiles.

En cuanto a los demás Estados objeto de esta investigación, existen algunos convenios pero que no configuran un régimen completo de asistencia judicial. Así, Argentina y Chile suscribieron la Convención Relativa a la Tramitación de los Exhortos Judiciales entre la República Argentina y la República de Chile de 2 de julio de 1935[32]. Con Perú está en vigor el Convenio entre la República Argentina y la República del Perú relativo a la Tramitación de Exhortos Judiciales de 2 de julio de 1935[33]. Pero estas dos normas únicamente comprometen a los Estados a eximir de la legalización de las firmas cuando los exhortos judiciales se cursen por la vía diplomática (exención ya vigente por el art. 6 de la Convención interamericana sobre exhortos

---

31 *Vid.*: https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=kp+nmg.

32 *Vid.*: https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=kqKilQ. Esta Convención sustituye a la Convención de 9 de enero de 1903, que ya no está en vigor.

33 *Vid.*: https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=mJ6jnA==. El Convenio deroga parcialmente a su antecesor, el Convenio entre la República Argentina y la República del Perú relativa a la supresión de la legalización de los exhortos, cartas rogatorias y demás documentos provenientes de uno u otro país de 10 de febrero de 1910, del que solamente quedan en vigor los arts. 2 y 3 y que está disponible en: https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=mJ6jmg.

y cartas rogatorias y en el art. 13 de la Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero).

Siguiendo con Perú, hay un Convenio de cooperación entre la República Argentina y la República del Perú en materia de lucha contra el tráfico ilícito de drogas y el crimen organizado transnacional de 3 de noviembre de 2017[34], que compromete a las partes a cooperar de una forma más estrecha en la lucha contra el crimen organizado utilizando los mecanismos legales ya existentes. Este Convenio se podría invocar, junto con la normativa aplicable, para tratar de acelerar o favorecer la tramitación de las solicitudes de cooperación entre estos Estados, pero tampoco serviría como base normativa única para sustentar una petición de cooperación jurídica internacional en un asunto civil relacionado con la lucha contra la corrupción y el crimen organizado.

Con México y con España no existen tratados bilaterales de cooperación en materia civil, solamente penal[35].

2.3.2.2. Brasil

Brasil cuenta con un régimen bilateral específico de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil con Argentina (véase n. 2.3.2.1.), España y Perú. Con España tiene suscrito el Convenio de cooperación jurídica en materia civil[36]. Brasil y Perú firmaron un acuerdo bilateral en 1879, denominado Convenio para la ejecución recíproca de exhortos o cartas rogatorias, aplicable a causas penales y civiles. Este Convenio fue ampliado el 8 de junio de 1891 con el Acuerdo sobre Exhortos o Cartas Rogatorias para la Región Amazónica de 1891[37]. Este régimen bilateral acordado con Perú se encuentra en desuso debido a su antigüedad y en la práctica es sustituido

---

34 *Vid.*: https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=kp6lmpw.

35 *Vid.*: https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=k6Gkmg y https://www.boe.es/eli/es/ai/1987/03/03/(1).

36 Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1991-17793.

37 Disponibles en: https://apps.rree.gob.pe/portal/webtratados.nsf/Tratados_Bilateral.xsp?action=openDocument&documentId=C752 y https://

por los mecanismos de los convenios multilaterales de los que ambos Estados son parte (Santos & Mendes, 2015: 635).

Entre Brasil y Chile existe un Acuerdo para facilitar la tramitación de las cartas rogatorias entre el Gobierno de la República Federal de Brasil y el Gobierno de la República de Chile (Canje de notas), de 10 de febrero de 1970[38]. Este texto únicamente acuerda la supresión del trámite de legalización de los exhortos judiciales dirigidos a las autoridades del otro cuando hayan sido cursados por la vía diplomática. Lo mismo ocurre con México, con quien existe un Acuerdo de exención de legalización de los documentos expedidos por los tribunales de un país con destino del otro y sus respectivas traducciones, siempre que se tramiten por la vía diplomática[39]. Respecto de Colombia no hay ningún instrumento bilateral de cooperación aplicable a materia civil o mercantil, en contraste con la materia penal[40].

2.3.2.3. Chile

De los países objeto de estudio, Chile solamente cuenta con un acuerdo de cooperación jurídica en materia civil con la República de Colombia, se trata del Convenio sobre exhortos o cartas rogatorias y despachos judiciales, suscrito entre los gobiernos de las Repúblicas

---

apps.rree.gob.pe/portal/webtratados.nsf/Tratados_Bilateral.xsp?action=openDocument&documentId=5EDA.

38 *Vid.*: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=400373

39 *Vid.*: https://cja.sre.gob.mx/tratadosmexico/tratados.

40 El "Acordo de Cooperação Judiciária e Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Colômbia" de 7 de noviembre de 1997, incluye en su art. 2.i dentro de su ámbito de aplicación el "embargo y secuestro de bienes para efectos de cumplimiento de indemnizaciones y multar impuestas por sentencia judicial de carácter penal", que podría dar lugar a su aplicación respecto de indemnizaciones relativas a responsabilidad civil derivada del delito, pero nada más. Además, ambos Estados cuentan con un convenio suscrito en Brasilia el 3 de septiembre de 1991 que es específico de asistencia judicial en materia de prevención de uso y de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, campo en el que tiene una máxima incidencia el crimen organizado y la corrupción derivada de éste, pero, de nuevo, solamente se aplica a materia penal.

de Chile y de Colombia, de 17 de junio de 1981, aplicable a las solicitudes libradas en procesos de carácter civil, de menores, laboral, penal, comercial o administrativo que tengan por objeto la realización de diligencias o actos judiciales de trámite, incluyendo notificaciones y obtención de pruebas (art. 1).

Respecto de Argentina y de Brasil, existen convenios que eximen de la legalización de los exhortos cuando se realizan por vía diplomática (véase n. 2.3.2.1 y n. 2.3.2.2). Con México, Perú y España no hay ningún acuerdo bilateral de asistencia en materia civil.

2.3.2.4. Colombia

Colombia cuenta con acuerdos bilaterales sobre asistencia judicial internacional aplicables en materia civil o mercantil con los siguientes países de los que son objeto de esta investigación: Argentina, Chile y Perú.

Respecto de Argentina, como se indicó, está en vigor el Tratado sobre cooperación jurídica mutua entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Colombia, de 22 de febrero de 1994 (véase n. 2.3.2.1).

En cuanto a Chile, se encuentra el Convenio sobre exhortos o cartas rogatorias y despachos judiciales, suscrito entre los gobiernos de las Repúblicas de Chile y de Colombia, de 17 de junio de 1981 (véase n. 2.3.2.3).

Por último, Colombia y Perú tienen suscrito el Tratado sobre cooperación jurídica en materia civil, comercial y administrativa[41]. Todos ellos se aplican tanto a notificación como a práctica y obtención de pruebas (respecto del Tratado colombiano-peruano, véase art. 4). Entre Colombia y Perú también resultaría potencialmente aplicable el Convenio bilateral sobre asistencia judicial en materia penal de 12 de julio de 1994, destinado a establecer una cooperación más estrecha en territorios fronterizos. Su art. 16 contiene disposicio-

---

41 *Vid.*: https://apps.rree.gob.pe/portal/webtratados.nsf/Vistas_Tratados.xsp.

nes aplicables respecto de restituciones a la víctima del delito, lo que constituye materia civil[42].

En cuanto a Brasil y a España, no existe ningún instrumento bilateral potencialmente aplicable. Tampoco con México, pues el Acuerdo de Cooperación en Materia de Asistencia Jurídica entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Colombia de 7 de diciembre de 1998 se aplica solamente en materia penal.

2.3.2.5. España

España cuenta con un abanico muy restringido de acuerdos bilaterales de asistencia judicial internacional en materia civil. De los Estados de referencia, solamente tiene suscrito con Brasil el Convenio de cooperación jurídica en materia civil[43] (véase n. 2.3.2.2). No existen acuerdos específicos con Argentina, Chile, Colombia, México[44] ni Perú.

---

42 Art. 16: "1. Si una de las Partes contratantes se percatara de la existencia de los medios para la comisión del delito y de los frutos provenientes del mismo ubicados en el territorio de la otra Parte contratante, que pudiesen ser decomisados, incautados o de otro modo aprehendidos conforme a las leyes de ese Estado, deberá comunicar este hecho a la Autoridad Central del otro Estado. Si ese otro Estado tiene jurisdicción, presentará dicha información a sus autoridades para determinar si procede tomar alguna medida. Estas autoridades emitirán su decisión de acuerdo con las leyes de su país y, por mediación de su Autoridad Central informarán al otro Estado sobre la acción que se haya tomado.
2. Las Partes contratantes se prestarán asistencia judicial en la medida que 1o permitan sus respectivas leyes y el presente Convenio, en los procedimientos relacionados con el decomiso de los medios usados en la comisión de delitos, de los frutos provenientes de los mismos, las restituciones a las víctimas de delitos y el pago de multas impuestas como condena en juicios penales".

43 *Vid.*: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1991-17793.

44 Entre ambos Estados existe el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil, *vid.*: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1991-8480, pero esta

2.3.2.6. México

Los Estados Unidos Mexicanos no cuentan con ningún convenio bilateral aplicable a la asistencia judicial internacional en materia civil respecto de los Estados de referencia (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, México, Perú).

Con Brasil existe un acuerdo de exención de legalización de los documentos expedidos por los tribunales de un país con destino del otro y sus respectivas traducciones, siempre que se tramiten por la vía diplomática[45], pero, como ya se indicó, este tipo de acuerdos no configuran ningún mecanismo de cooperación y se encuentran superados por los convenios multilaterales de los que son parte los Estados de referencia, pues todos ellos contienen una exención de las mismas características.

2.3.2.7. Perú

Perú tiene un acuerdo bilateral de asistencia en materia civil con el Estado de Colombia, el Tratado sobre cooperación jurídica en materia civil, comercial y administrativa el (véase n. 2.3.2.4)[46]. También cuenta con un Convenio sobre la materia suscrito con Brasil, pero, como se indicó, se encuentra en desuso (véase n. 2.3.2.2). Respecto de Argentina, se cuenta con una norma parcial que exime de legalización los exhortos tramitados por vía diplomática (véase n. 2.3.2.1).

Con los demás Estados objeto de estudio (Chile, México y España), Perú no comparte tratado bilateral sobre la materia.

2.3.3. Jerarquía normativa

Entre los Estados objeto de estudio existe, al menos, un instrumento de cooperación que es común a todos ellos: la Convención In-

---

materia no se considera "cooperación jurídica internacional" en sentido estricto, como se argumentó en el apartado 2.1 del presente trabajo.

45 *Vid.*: https://cja.sre.gob.mx/tratadosmexico/tratados.

46 *Vid.*: https://apps.rree.gob.pe/portal/webtratados.nsf/Vistas_Tratados.xsp.

teramericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975[47]. Dado que su ámbito de aplicación se extiende de tanto a materia de notificaciones como a obtención de pruebas (art. 2), se trata de un Convenio potencialmente aplicable a todos los supuestos de cooperación entre los Estados objeto de estudio.

Ahora bien, además de la Convención Interamericana sobre exhortos, tal y como se ha expuesto, existe un buen número de convenios en vigor entre los Estados de referencia. En consecuencia, en muchos casos, la mencionada Convención concurrirá con uno o más instrumentos bilaterales o multilaterales, también potencialmente aplicables a la solicitud de cooperación. Así, por ejemplo, si se ha de realizar una notificación de una demanda de Colombia a Chile, se produce un concurso entre la mencionada Convención interamericana sobre exhortos y el Convenio bilateral sobre exhortos o cartas rogatorias y despachos judiciales, suscrito entre los gobiernos de las Repúblicas de Chile y de Colombia, de 17 de junio de 1981. Dada la multitud de instrumentos suscritos entre los Estados de referencia, pueden incluso concurrir tres o cuatro normas potencialmente aplicables a la cooperación entre Estado requirente y Estado requerido. Piénsese en la práctica de una prueba España-Brasil (Convenio bilateral, Convención Interamericana y Convenio de La Haya sobre práctica de pruebas) o Brasil-Argentina (Convenio bilateral, las dos Convenciones Interamericanas y el Convenio de La Haya sobre práctica de la prueba).

Para determinar el instrumento que debe prevalecer, el punto de partida ha de ser el art. 30 de la Convención de Viena de 1969, que lleva en primer lugar a consultar las cláusulas de desconexión de los tratados en conflicto y, en segundo, a hacer prevalecer el tratado posterior sobre el anterior (Dawar, 2010; Schullz, 2016). No obstante, cuando los tratados en conflicto tienen normas que pueden afectar directamente a los derechos de los particulares, como son los tratados en materia de asistencia judicial internacional, esta norma debe ser modulada, tal y como ha señalado la mejor doctrina (Majoros & Dutoit, 1984):

---

47 *Vid.*: https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-36.html.

1. En primer lugar, se tendrán en cuenta las disposiciones de los Tratados en conflicto (debe prestarse especial atención a las cláusulas de desconexión).
2. En caso de que los Tratados guarden silencio o contengan simples cláusulas de compatibilidad, se aplicará la "regla de la eficacia máxima" (*efficacité maximale*). Según ésta, debe prevalecer el convenio internacional que mejor satisfaga el principio inspirador común de los convenios en conflicto (por ejemplo, en materia de sustracción de menores, el convenio que mejor satisfaga la restitución anticipada del menor al Estado de su residencia habitual).
3. Si no es posible detectar un "principio inspirador común", debe prevalecer el convenio que regule una materia más específica (*lex specialis*).
4. En ausencia del criterio anterior, prevalece el tratado internacional más reciente (*lex posterior*).

En cualquier caso, estas reglas deben corregirse en el caso de que uno de los "tratados en conflicto" sea un "tratado fuerte", es decir, un tratado que incluya derechos humanos fundamentales. Tales tratados prevalecen, en cualquier caso, sobre otros tratados internacionales (Brière, 2001). Por ejemplo, el art. 6 del Convenio Europeo de derechos humanos de 1950 prevalecerá sobre otros convenios que regulen los efectos de las sentencias extranjeras y permitirá al tribunal requerido denegar el reconocimiento o la ejecución de la sentencia extranjera si en el proceso de origen no se respetó el derecho a un juicio justo del condenado (Majoros & Dutoit, 1984).

En aplicación de las reglas expuestas, cada caso se resolverá de forma distinta. Por ejemplo, si concurre el Convenio de La Haya de 1965 sobre notificaciones con un Convenio bilateral (anterior o posterior), la cuestión la resuelve el propio Convenio de La Haya en su art. 25, que indica que el mismo no deroga los Convenios en los que los Estados contratantes sean o puedan llegar a ser partes y que contengan disposiciones sobre las materias reguladas por éste. En consecuencia, los Convenios bilaterales deberían aplicarse con preferencia al Convenio de La Haya (Cebrián, 2018).

Como otro ejemplo, si la concurrencia se presenta entre una de las Convenciones interamericanas y el Convenio de La Haya de 1965, como pone de manifiesto Barreiro (2008), no existe impedimento expreso en aplicar uno u otro instrumento, ya que ambos prevén que su aplicación será compatible con la de otros instrumentos de similar carácter (art. 15 CIA y art. 25 CHN 1965). Lo mismo ocurre cuando se produce la concurrencia entre una Convención interamericana y el Convenio de La Haya de obtención de pruebas (art. 32 de este último) (Cebrián, 2018). En estos casos, el criterio por el que se ha de guiar el operador jurídico sería el de la eficacia máxima, es decir, se debería escoger el régimen que mejor satisfaga el principio común de los Convenios en conflicto, que, en materia de asistencia judicial internacional será aquél que permita un mejor equilibrio entre la tutela judicial efectiva de demandante y demandado, esto es, la mejor combinación entre rapidez y garantías (Calvo & Carrascosa, 2016). En este sentido, algún autor ha puesto de manifiesto la mayor flexibilidad de las normas de la OEA frente a las de La Haya, lo que podría hacerlas preferibles, por ejemplo, en caso de exhortos fronterizos (con un régimen específico mucho más directo en la Convención Interamericana de Exhortos, art. 7) (Fernández, 1994). No obstante, por regla general, el régimen de La Haya parece preferible al de Panamá, al menos en relación a la notificación, por las razones siguientes: por el mayor detalle en la regulación de la tramitación de las solicitudes, por su especialidad en "notificaciones", por la previsión de más vías de notificación (salvo que los Estados se opongan) y por su aplicación a la notificación de documentos no sólo judiciales sino también extrajudiciales.

Como último ejemplo, se puede citar la concurrencia entre las dos Convenciones interamericanas en el caso de una solicitud de práctica de la prueba entre dos Estados parte de ambos Convenios, puesto que ambas se declaran aplicables a la práctica de la prueba en el extranjero. Por un lado, la Convención interamericana sobre exhortos es un texto genérico que aborda todos los aspectos de la cooperación jurídica internacional. Por otro lado, la Convención interamericana sobre prueba es un texto específico que se centra exclusivamente en la obtención de pruebas en el extranjero. Si se siguen los criterios expuestos, de nuevo, tanto por las cláusulas de desconexión de los textos como por la búsqueda de la "eficacia máxima", debería pre-

valecer la Convención sobre pruebas, señalada por la doctrina como más favorable en términos de la práctica de obtención de pruebas. Como excepción, y en atención al art. 27 de la Convención sobre pruebas, quizá se podría hacer prevalecer la posibilidad de utilizar la transmisión directa del interesado al órgano requerido, posibilidad prevista en el art. 4 de la Convención sobre exhortos y que no recoge la Convención sobre pruebas, generándose una suerte de "mosaico convencional" (Álvarez, 1993; Elvira, 1997).

3. ANÁLISIS DE LOS MECANISMOS DE COOPERACIÓN CLÁSICOS: LAS CONVENCIONES DE LA HAYA DE 1965 Y 1970

Ante la imposibilidad de estudiar todos los mecanismos de cooperación internacional de los países de referencia, se centrará el análisis en los modelos de cooperación institucional clásica multilateral con un mayor alcance en el ámbito universal: los establecidos por las Convenciones de La Haya, con la finalidad de determinar hasta qué punto y de qué manera pueden contribuir a la lucha contra la corrupción asociada al crimen organizado transnacional en América Latina y Colombia.

3.1. El Convenio de La Haya de 1965 sobre notificación de documentos en materia civil y comercial

El Convenio de La Haya de 15 noviembre 1965 sobre traslado y notificación en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y comercial tenía como finalidad dos objetivos. El primero era acelerar el proceso de traslado y notificación de documentos judiciales y extrajudiciales a un país extranjero, ofreciendo una vía alternativa a la vía diplomática por la que hasta el momento se tramitaban los exhortos, para ofrecer así al destinatario una mayor posibilidad de defenderse en tiempo y forma (Droz & Dyer, 2981: 162). El segunda era establecer unas normas que permitieran no detener el proceso en el caso de que la notificación no pudiera

practicarse (Calvo & Carrascosa, 2017; Virgós & Garcimartín, 2000; HCCH, 2016).

3.1.1. Ámbito de aplicación del Convenio

3.1.1.1. Ámbito de aplicación material

Este Convenio resulta aplicable a la notificación y traslado de documentos en materia civil o comercial, como señala el primer inciso del art. 1 CHN 1965. No regula notificaciones administrativas o penales[48]. La Comisión Especial sobre el funcionamiento de los Convenios de La Haya sobre Notificación, Obtención de pruebas y Acceso a la Justicia recuerda que la expresión "materia civil o comercial" ha de ser interpretada de forma autónoma, sin referencia al derecho del Estado requirente ni al derecho del Estado requerido, y que la misma ha de ser aplicada de forma coherente en el Convenio sobre notificaciones y en el Convenio sobre obtención de pruebas[49] (HCCH, 2016; Droz & Dyer, 1981). A la misma se ha de dar una interpretación amplia y flexible, para lo que se tiene en cuenta que el CHN 1965 no excluye expresamente ninguna materia de su ámbito de aplicación. En consonancia con esta interpretación flexible, se ha de tener en cuenta para calificar una materia como civil o mercantil la naturaleza de fondo de la cuestión a que se refiere la solicitud, independientemente del órgano que la remite o del tipo de proceso en que la misma se inserta. Junto con lo anterior, se ha de señalar que el CHN 1965 se aplica al traslado de documentos tanto judiciales como extrajudiciales, aunque el concepto de documento extrajudicial se deja a los Estados miembros (HCCH, 2009: 5; 2016: 29).

---

48 *Vid.*: https://assets.hcch.net/docs/a7dd36c0-a757-4f1a-86a1-d41278ccda5c.pdf.

49 Las conclusiones de la Comisión especial son el resultado del compromiso de la Conferencia de La Haya por revisar periódicamente el funcionamiento del instrumento para adaptarlo a los nuevos tiempos. de ahí que la CHN 1965 continúe en vigor y en plena forma más de cuarenta años después de su aprobación.

Por último, resulta necesario destacar que el CHN 1965 no presenta ningún impedimento para su aplicación a la notificación de documentos relativos a acciones colectivas. Así, el mismo será aplicable a la petición de notificación a un demandado en el marco de una acción colectiva. A lo que no se aplicará, tal y como señala la Comisión Especial sobre el Convenio, es al envío de la información relativa a la constitución de la "*class*" o grupo de demandantes, es decir, a las notificaciones enviadas a posibles demandantes para alentarlos a incorporarse a la acción colectiva u optar por no hacerlo (HCCH, 2016: 36).

3.1.1.2. Ámbito de aplicación espacial

El Convenio se aplica cuando una notificación se haya de remitir a un Estado parte del Convenio. Pero no determina los casos en que se ha de realizar una notificación en el extranjero. La respuesta se deja por lo tanto a lo que disponga el derecho de cada Estado miembro. El art. 1.I CHN 1965 solamente señala que "El presente Convenio se aplica, en materias civil o comercial, a todos los casos en que un documento judicial o extrajudicial deba ser remitido al extranjero para su notificación o traslado", pero no precisa en qué casos tales documentos deben ser "remitidos al extranjero" (Virgós, Garcimartín, 2000: 271 *et seq.*). Como se ha señalado anteriormente, la Ley del Estado de origen es la que determina si se debe remitir un documento al extranjero para su notificación o traslado en el otro Estado.

El ámbito de aplicación espacial del Convenio sí se delimita expresamente de forma negativa. El art. 1.II CHN 1965 señala que: "El Convenio no se aplicará cuando la dirección del destinatario del documento sea desconocida". En consecuencia, si a pesar de las pesquisas realizadas resulta que el domicilio del demandado es desconocido, el CHN 1965 no es aplicable. En dicho supuesto, la notificación se llevará a término con arreglo a los mecanismos de notificación previstos en las normas nacionales del Estado cuyos tribunales conocen del asunto (HCCH, 2016: 32).

3.1.1.3. Carácter imperativo/no imperativo

La Comisión especial de aplicación del Convenio ha señalado el carácter no imperativo, pero sí exclusivo, del Convenio (HCCH, 2009: 4). Esto es, los Estados parte son los que determinan los casos en que se aplica la Convención, pero una vez que la misma se considera aplicable, ésta ha de ser el único instrumento aplicable. Lo que esto significa se puede entender de forma muy clara a través del célebre caso Volkswagen, sustanciado ante los tribunales de Estados Unidos[50].

En definitiva, el CHN 1965 se aplica a las notificaciones de forma obligatoria una vez que las mismas entran en su ámbito de aplicación, pero no determina de forma autónoma la totalidad de ese ámbito de aplicación. Por lo que respecta a su ámbito espacial, no se precisa cuando un documento ha de ser notificado a un Estado extranjero, extremo que ha de ser fijado por el derecho nacional del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. Como señalan Calvo y Carrascosa, lo anterior puede explicarse en base a los objetivos del Convenio. Como se señaló anteriormente, y como se puede observar en su preámbulo, uno de los objetivos perseguidos por el CHN 1965 es asegurar la "defensa en tiempo útil". Este objetivo, que constituye una manifestación del derecho a un proceso justo, no sólo puede conseguirse por los medios previstos en el Convenio, sino que también puede ser alcanzado por los medios de notificación previstos en el Derecho del foro, y en este caso en concreto, si la filial a la que se notifica informa a la sociedad matriz con sede en un Estado extranjero (Calvo & Carrascosa, 2017).

3.1.2. Vías o canales de notificación

3.1.2.1. Vía diplomática

El Convenio mantiene la tradicional vía diplomática como canal de notificación (art. 8 CHN 1965). Cada Estado contratante tiene la

---

50 Al respecto, *vid.* la célebre Sent. de la Corte Suprema de Estados Unidos del 15 junio 1988, Volkswagen Aktiengesellschaft v. Schlunk, 27 I.L.M. 1902 (1988).

facultad de realizar directamente, por medio de sus agentes diplomáticos o consulares, sin medida de compulsión alguna, las notificaciones o traslados de documentos judiciales a las personas que se encuentren en el extranjero. Todo Estado podrá declarar que se opone a la utilización de esta facultad dentro de su territorio, salvo que el documento deba ser notificado o trasladado a un nacional del Estado de origen. En cuanto a la forma de ponerla en práctica, la autoridad remitente dirigirá la solicitud de notificación al Ministerio de Asuntos Exteriores del Estado de origen, previo paso por el Ministerio de Justicia si así lo exige su normativa interna, para que ésta la traslade a un representante diplomático o consular del Estado de origen en el Estado de destino, representante que estará encargado de realizar la notificación al destinatario (HCCH, 2006). Como señalaba Droz (1994) ya en los años noventa, ni la vía diplomática directa ni la indirecta se usa prácticamente por los Estados partes.

Junto con la vía diplomática "directa", el Convenio contempla lo que podría llamarse vía diplomática o consular indirecta (art. 9 CHN, 1965). Cada Estado contratante tiene además la facultad de utilizar la vía consular para remitir, a los fines de notificación o traslado, los documentos judiciales a las autoridades de otro Estado contratante que éste haya designado. Si así lo exigen circunstancias excepcionales, cada Estado contratante tiene la facultad de utilizar, a los mismos fines, la vía diplomática en vez de la consular (HCCH, 2016). Esta vía permite a la autoridad remitente dirigir la solicitud al Ministerio de Asuntos Exteriores del Estado de origen, previo paso por el Ministerio de Justicia si así lo exige su normativa interna, para que éste la traslade a un representante consular del Estado de origen en el Estado de destino, representante que hará llegar la solicitud a una autoridad del Estado de destino específicamente designada para estos fines (y que generalmente coincide con la Autoridad Central de cada Estado), que será la encargada de cursar la notificación (HCCH, 2006).

3.1.2.2. Vía de las autoridades centrales

El CHN 1965 prevé como vía de remisión principal para la realización de las notificaciones el "sistema de las Autoridades Centrales". El mismo se encuentra regulado en los arts. 2-6 CHN 1965. Estas

autoridades son las encargadas de recibir y practicar las solicitudes de notificación remitidas por las autoridades que, según el Derecho interno de cada Estado, están encargadas de la notificación (HCCH, 2016). Cada Estado contratante designa una "Autoridad Central", que tendrá la obligación de cursar las solicitudes de notificación salvo circunstancias altamente excepcionales (que como se verá posteriormente, están previstas en el art. 13 CHN, 1965) (Droz, 1994). Por citar un ejemplo entre los Estados de referencia de este estudio, en España es la Subdirección General de Cooperación Jurídica internacional del Ministerio de Justicia. Además, cada Estado contratante podrá designar, adicionalmente de la Autoridad Central, otras autoridades, determinando el alcance de sus competencias. Sin embargo, el requirente tendrá siempre derecho a dirigirse directamente a la Autoridad Central. Los Estados federales tendrán la facultad de designar varias Autoridades Centrales (art. 18 CHN 1965). La información sobre estas autoridades se encuentra disponible en el sitio web del CHN 1965[51].

A través de esta vía de remisión, la autoridad o funcionario competente de acuerdo a la Ley del Estado requirente, esto es, del Estado de donde proviene el documento a notificarse, ha de remitir el documento que se va a notificar a la Autoridad Central del Estado requerido, esto es, del Estado en que se llevará cabo la notificación. En cuanto a estas autoridades remitentes, son distintas de la Autoridad Central. El Convenio señala expresamente que la autoridad remitente ha de ser una autoridad o funcionario ministerial o judicial del Estado requirente, pero es la Ley de dicho Estado requirente la que determinará cuales son las autoridades competentes para transmitir peticiones de notificación. Quienes no están autorizados para remitir directamente la petición de notificación a la Autoridad Central son los particulares, aunque así lo permita el Derecho del Estado de origen (HCCH, 2016).

---

[51] Información disponible en la pestaña "Autoridades" de la página sobre el Convenio: https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/authorities1/?cid=17.

3.1.2.3. Otras vías

El Convenio de La Haya presenta como ventaja frente a otros instrumentos la previsión de otras vías de notificación distintas de las anteriores, que en ocasiones pueden resultar más eficaces.

La primera de éstas es la vía postal. Esta vía solamente se permite si el Estado receptor no se opone a ello (art. 10.a CHN 1965). Conforme a la misma, la autoridad remitente podrá enviar directamente por correo al destinatario el documento a notificar[52]. La forma en que esta vía ha sido interpretada por los Estados parte ha sido muy distinta. Por ello, la Comisión Especial ha estimado que en relación a la misma se permite también a los Estados realizar una reserva limitada que indique las condiciones para aceptar este tipo de documentos, como, por ejemplo, requerir que se envíen por correo certificado con acuse de recibo.

Además, se prevé la vía de la comunicación directa entre las autoridades respectivas, pero sólo si los Estados afectados así lo acuerdan (art. 10.b CHN, 1965). En función de esta vía, que como las demás del art. 10 CHN 1965 puede ser excluida por el Estado de destino, la autoridad requirente del Estado de origen podrá transmitir la solicitud de notificación a los funcionarios judiciales, ministeriales u otras personas competentes del Estado de destino sin necesidad de pasar por la Autoridad Central del Estado de destino.

Por último, como señalan los arts. 11, 24 y 25 CHN 1965, el Convenio no se opone a que los Estados contratantes acuerden admitir, a los fines de notificación o traslado de documentos judiciales, otras vías de transmisión distintas a las previstas en los artículos precedentes y, en particular, la comunicación directa entre sus autoridades respectivas. Los acuerdos adicionales a los Convenios sobre Procedimiento Civil de 1905 y 1954 concluidos por Estados parte en el CHN 1965 se considerarán también como aplicables salvo que los Estados convengan lo contario. Junto con lo anterior, la Ley interna de un Estado contratante puede permitir otras formas de remisión no previstas en el Convenio a efectos de notificación o traslado dentro de su

---

52 *Vid.*: ATS 24 abril 2002.

territorio de documentos procedentes del extranjero (art. 19 CHN, 1965) (HCCH, 2016).

3.1.3. Normas de funcionamiento

A continuación, se expondrán las normas de funcionamiento aplicables a la vía principal de remisión, esto es, la vía de las Autoridades centrales. No obstante, algunas de las provisiones relativas a la misma serán también aplicables a las demás vías, especialmente las relacionadas con cuestiones lingüísticas y con la notificación del escrito de demanda y su relación con el proceso, antes y después de la emisión de la sentencia (estas últimas se aplicarán a todas las vías salvo a las vías derogatorias).

3.1.3.1. Solicitud

La autoridad requirente, eso es, la autoridad o funcionario ministerial o judicial competente según las leyes del Estado requirente, remitirá la petición de notificación directamente a la Autoridad Central del Estado requerido (art. 3 CHN, 1965). Para ello, tendrá que utilizar un "modelo oficial" de formulario anexo al CHN 1965[53]. Este formulario, que es de uso obligatorio, contiene varias páginas, de las que la última se denomina "elementos esenciales del documento" (HCCH, 2016: 47-52; Droz & Dyer, 1981: 155-210 y 163-164). Esta resulta muy importante, pues, como se verá posteriormente, servirá al demandado para identificar el objeto del acto que se le notifica. La misma contiene menciones relativas al nombre y dirección de la autoridad requirente; a la identidad de las partes; a la naturaleza y objeto del documento; a la naturaleza y objeto del procedimiento y, en su caso, a la cuantía del litigio; a la fecha y lugar para verificar la comparecencia; a la autoridad judicial que ha dictado la resolución; a la fecha de resolución; a la indicación de los plazos que figuran en el documento y que en su caso tengan que respetarse por el desti-

---

[53] El formulario puede descargarse en el enlace: https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6560&dtid=65.

natario para contestar al mismo; y a la precisión de si se trata de un documento judicial o extrajudicial. El formulario contiene también una importante sección denominada "ADVERTENCIA", que no tendrá que rellenarse por el requirente, pero sí adjuntarse, pues la misma está destinada a informar al destinatario del documento sobre la notificación del documento (Droz & Dyer, 1981).

El formulario al completo del anexo al Convenio ha de acompañarse del documento a notificar o de copia del mismo, que no debe legalizarse, y que ha de enviarse por duplicado. En cuanto a la forma en que se ha de remitir la petición, ante el silencio del CHN 1965, la práctica de los Estados parte es variable. Algunos incluso admiten las solicitudes que les han sido remitidas por servicio de mensajería privada (HCCH, 2009; 2016).

3.1.3.2. Idiomas

En cuanto al idioma de la solicitud, el Convenio distingue entre la lengua en que han de constar los enunciados del formulario y la lengua en que se han de rellenar los espacios en blanco. Los espacios en blanco del formulario de la solicitud de notificación, y con ello los "elementos esenciales del documento", deberán cumplimentarse en lengua francesa, lengua inglesa o en la lengua del Estado requerido (art. 7 CHN, 1965). En cambio, las menciones impresas en dicho formulario de solicitud de notificación anexa al Convenio estarán obligatoriamente redactadas ya en lengua francesa, ya en lengua inglesa y podrán redactarse además en la lengua o en una de las lenguas oficiales del Estado de origen (también art. 7 CHN, 1965).

En cuanto a los documentos a notificar, en principio, no se exige traducción. No obstante, se ha de tener en cuenta que la Autoridad Central del Estado requerido podrá solicitar que el documento a notificar sea redactado o traducido a la lengua o a una de las lenguas oficiales de su país (art. 5.3 CHN, 1965). Esta regla debe también aplicarse en el caso de notificaciones realizadas directamente a través de funcionarios ministeriales o judiciales (arts. 10.b y 10.c CHN, 1965). Además, se permite a los Estados declarar que solamente aceptan los documentos traducidos a su lengua oficial, de forma que, en relación

con los mismos, la traducción será obligatoria en todo caso (HCCH, 1026).

Este carácter facultativo de la traducción del documento a notificar se explica por una razón muy sencilla. Dado que junto con el documento a notificar se adjunta también el formulario, que contiene una sección sobre los "elementos esenciales del documento", que necesariamente se encuentra traducido al inglés o al francés o a la lengua del Estado de destino, puede que el destinatario comprenderá perfectamente el contenido del documento sin necesidad de que se tenga que traducir el mismo. Lo anterior ha de valorarse por la Autoridad Central del Estado requerido, que siempre podrá solicitar la traducción del documento a la lengua oficial de ese Estado requerido si estima que el destinatario no podrá comprender el sentido del documento a notificar con los datos que constan en el resumen de los "elementos esenciales del documento", o bien, cuando los mismos estén redactados en inglés o francés, si considera que el destinatario no será capaz de comprender esos idiomas[54]. A este respecto, como señalan Calvo Caravaca & Carrascosa (2017), debe recordarse la traducción supone un alto coste de tiempo y dinero, y que, en principio, y sin perjuicio de un posterior pronunciamiento sobre las costas, corre a cargo del sujeto que insta la realización de la notificación.

3.1.3.3. Recepción y curso de la solicitud

Una vez que la Autoridad Central del Estado receptor reciba la solicitud, deberá proceder u ordenar proceder a la notificación salvo que estime que las disposiciones del Convenio no han sido respetadas por la autoridad requirente, cao en que tendrá que informar directamente a dicho requirente, precisando sus objeciones a la petición (art. 4 CHN, 1965), lo que parece indicar la capacidad de subsanación del trámite por parte de dicha autoridad requirente. Así lo

---

[54] Como señala la Comisión Especial sobre el Convenio, la práctica en la realidad es a la inversa: las Autoridades Centrales requieren como norma general la traducción, salvo que estimen que el destinatario comprende el idioma en que está redactado el documento (HCCH, 2009).

indica la Comisión Especial sobre el Convenio, que invita en estos casos a la Autoridad Central a ponerse en contacto rápidamente y por cualquier medio de comunicación, incluyendo el correo electrónico y el fax, con la autoridad requirente a fin de solicitar la información o documentos defectuosos o incompletos (HCCH, 2016). Dicha Comisión recomienda además que la Autoridad Central examine la petición en un plazo máximo de 30 días desde su recepción.

Si la Autoridad Central del Estado requerido considera que la solicitud es conforme al Convenio, procederá a practicar la notificación, o bien a transmitirla al órgano de su país que, según su derecho nacional, sea competente para practicar la notificación. Esta autoridad competente para realizar la notificación será en la mayoría de los casos el tribunal del domicilio del destinatario o algún funcionario adscrito a dicho órgano jurisdiccional (en España, por ejemplo, esta labor recae sobre el Letrado de la Administración de Justicia)[55].

Dicha notificación se realizará bien según las formas prescritas por la legislación del Estado requerido para la notificación o traslado de los documentos otorgados en este país y que se destinen a personas que se encuentren en su territorio, bien según la forma particular solicitada por el requirente, siempre que no resulte incompatible con la ley del Estado requerido (art. 5.1 CHN, 1965) o bien por simple entrega al destinatario que lo acepte voluntariamente (art. 5.2 CHN, 1965). A este último medio de realizar la notificación se le conoce como "entrega informal" en el léxico habitual de los usuarios de la Convención (HCCH, 2016). Realizada la notificación, la autoridad que la llevó a cabo debe entregar a la Autoridad Central del Estado receptor una certificación en la que hará constar las circunstancias en las que se practicó tal notificación y dicha Autoridad Central deberá remitirla con prontitud a la autoridad remitente del Estado de origen (art. 6 CHN, 1965) (Calvo & Carrascosa, 2017).

---

55 Art. 152.1 LEC: "1. Los actos de comunicación se realizarán bajo la dirección del secretario judicial, que será el responsable de la adecuada organización del servicio. Tales actos se ejecutarán por: 1.º Los funcionarios del Cuerpo de Auxilio Judicial. 2.º El procurador de la parte que lo solicite. […]".

3.1.3.4. Motivos de denegación

El cumplimiento de una petición de notificación o traslado conforme a las disposiciones del presente Convenio podrá ser rehusado únicamente si el Estado requerido juzga que este cumplimiento es de tal naturaleza que implica un atentado a su soberanía o a su seguridad (art. 13.1 CHN, 1965). El Convenio también indica expresamente que no se podrá denegar el cumplimiento de una petición de notificación por la sola razón de que el Estado requerido reivindique competencia judicial exclusiva para el procedimiento en cuestión o de que su derecho interno no admita la acción a que se refiera la petición (art. 13.2 CHN, 1965). En caso de denegación, la Autoridad Central informará inmediatamente al requirente e indicará los motivos, sin que se prevea en estos casos si se podrá volver a cursar una nueva solicitud de notificación relativa al mismo proceso y con el mismo destinatario[56].

3.1.3.5. Otros aspectos relevantes.

En primer lugar, se ha de señalar que el CHN 1965 no contiene ninguna norma sobre la fecha en que ha de entenderse realizada la notificación. Al respecto, la Comisión Especial sobre el Convenio se ha limitado a señalar que ello no ha presentado problemas significativos en la práctica. Sin embargo, obviamente se plantea la cuestión de si dicha fecha ha de computarse de conformidad con el derecho del Estado requirente o del Estado requerido. Si se tiene en cuenta que la práctica de la notificación se sujeta al derecho del Estado requerido, la respuesta más lógica será sujetar a la misma Ley la fecha en que se entiende practicada dicha notificación.

Por otra parte, el Convenio de La Haya de 1965, también contiene normas especiales relativas a la notificación al demandado del escrito de demanda o documento de incoación del proceso judicial equivalente. Sin importar la vía de remisión escogida (salvo las vías derogatorias), el Convenio tiene dos disposiciones clave que protegen al demandado antes de que emita una sentencia en rebeldía (art.

---

56 Sobre el concepto de "soberanía y seguridad", *vid.*: HCCH (2016: 70).

15 CHN, 1965) y después de que dicha sentencia en rebeldía haya sido remitida (art. 16 CHN, 1965). Este tipo de disposiciones fueron incluidas por primera vez en la CHN 1965, no estaban previstas en los Convenios anteriores, y su finalidad fue responder a las exigencias de los Estados de tradición *common law* y en particular de Estados Unidos para establecer un estándar mínimo de *due process* que fuera conforme con lo dispuesto en la Quinta y Décimocuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos (Droz, 1994).

En cuanto a la protección previa a la sentencia, cuando un escrito de demanda o un documento equivalente haya sido remitido al extranjero a efectos de notificación o traslado según las disposiciones del Convenio, el tribunal que conoce del caso en el Estado requirente debe aguardar para proveer el tiempo que sea necesario, en el supuesto de que el demandado no comparezca, hasta que se asegure de que la notificación fue efectivamente realizada y en tiempo útil para que el demandado haya podido defenderse (art. 15.1 CHN, 1965).

No obstante, el tribunal que conoce del asunto podrá continuar el proceso a pesar de no haber recibido una comunicación acreditativa de la práctica de la notificación o traslado, siempre que concurran estas circunstancias: (a) que se haya notificado el documento según alguno de los modos previstos por el mismo Convenio de La Haya de 1965; (b) que haya transcurrido, desde la fecha de envío del documento, un plazo que el juez apreciará *in casu* y que será, al menos, de seis meses; (c) que, a pesar de haber realizado las diligencias oportunas ante las autoridades del Estado requerido, la autoridad requirente o el tribunal del Estado de origen no haya podido obtener certificación alguna; y(d) que el Estado parte en el CHN 1965 haya declarado expresamente que sus jueces, no obstante el art. 15.I citado, puedan continuar con el proceso a pesar de no haberse recibido comunicación alguna acreditativa de la notificación, traslado o entrega, siempre que se cumplan los tres requisitos anteriores (art. 15.2 CHN, 1965). España ha declarado expresamente su voluntad de aplicar esta disposición[57]. Como ha señalado la jurisprudencia, con

---

[57] La información sobre los Estados parte y sus declaraciones en relación al CHN 1965 puede encontrarse en la página de la Conferencia de La Haya en el siguiente enlace: https://assets.hcch.net/docs/6365f76b-22b3-4bac-

este tipo de reglas se evita que un demandado que con mala fe procesal patente se sustrae a la notificación, paralice el proceso[58].

Hasta que concurra alguna de las circunstancias descritas en los párrafos anteriores, que permita la comprobación mediante presunción expresa o tácita de que la notificación fue practicada, el tribunal del Estado de origen seguirá estando facultado para adoptar medidas provisionales o cautelares (art. 15 *in fine* CHN, 1965).

En cuanto a la protección del demandado después de haberse emitido una sentencia u otro tipo de resolución en rebeldía, el tribunal del Estado de origen ante el que se sustanció el procedimiento tendrá la facultad de dispensar al demandado que no recibió la notificación, o que la recibió con retraso, de los plazos de prescripción para recurrir contra la decisión recaída en dicho asunto, a no ser que la falta de conocimiento en tiempo le sea imputable o que sus medios de defensa carezcan de todo fundamento (art. 16 CHN, 1965). Esta posibilidad no se aplica a las resoluciones que conciernen al estado o condición de las personas. Además, cada Estado contratante tendrá la facultad de declarar que tal demanda no será admisible si se formula después de la expiración de un plazo de tiempo que habrá de precisar en su declaración, siempre que dicho plazo no sea inferior a un año a computar desde la fecha de la decisión. España también ha ejercitado este derecho y ha declarado que la demanda destinada a eximir al demandado de los efectos de la preclusión no será admi-

---

82ea-395bf75b2254.pdf. La información sobre España se encuentra en la página 14.

58 A este respecto puede consultarse la STS 20 octubre 2006, FJ 2. La misma se refiere a la concesión de exequátur en España de una sentencia dictada en Suiza, exequátur al que se opone el condenado alegando no haber sido notificado válidamente en el proceso de origen. En el caso, la notificación se regía por el Convenio hispano-suizo de 1896. El TS estima, al igual que se hizo en anteriores instancias, que se trató de una rebeldía voluntaria, basada en una conducta procesal maliciosa., pues el demandado tuvo efectivamente conocimiento del proceso que se sustanciaba contra él y pudo defenderse en tiempo y forma. Sobre la misma, consúltese Calvo & Carrascosa (2017).

sible cuando se interponga pasados dieciséis meses desde la fecha de la decisión[59].

Por último, resultan relevantes las normas relativas a los gastos. En principio, no se podrán cargar tasas o gastos por la notificación o traslado de los documentos (Art. 12.1 CHN, 1965). No obstante, esta norma tiene una importante excepción: el requirente tendrá que abonar los gastos siempre que utilice una vía que requiera la intervención de un funcionario judicial o ministerial o de una persona competente según la ley del Estado de destino, o cuando requiera la utilización de una forma particular (art. 12.2 CHN, 1965). En consecuencia, la vía de las autoridades centrales no debería comportar coste alguno para el requirente, salvo que dicho requirente haya solicitado una forma específica para realizar la notificación, caso en que la Comisión Especial relativa al Reglamento recomienda que tampoco se cobre nada al requirente si se trata de una forma prevista expresamente en el derecho interno del Estado requerido y que en el mismo se use de forma general (HCCH, 2009: 5).

3.2. El Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero

El Convenio de La Haya de 18 marzo 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil sigue en la línea del CHN 1965 y por ello proporciona soluciones más modernas en materia de asistencia judicial internacional que su antecesor, el Convenio de Procedimiento Civil de 1954. En relación a su homóloga en materia de notificaciones, se puede decir que la CHP 1970 resulta más flexible, pues las operaciones que se pretenden llevar a cabo a través de la misma —la obtención de pruebas en el extranjero— no resulta tan rutinaria como la práctica de una notificación (Droz, 1994; Droz & Dyer, 1981).

---

[59] La información sobre los Estados parte y sus declaraciones en relación al CHN 1965 puede encontrarse en la página de la Conferencia de La Haya en el siguiente enlace: https://assets.hcch.net/docs/6365f76b-22b3-4bac-82ea-395bf75b2254.pdf. La información sobre España se encuentra en la página 14.

Su finalidad fue la de proponer una vía principal de transmisión de las comisiones rogatorias que fuera más eficaz que la vía diplomática o consular, la vía preferida por el CHPC 1954 en materia de obtención de pruebas (HCCH, 2016). Para ello, estableció dos vías, la de las cartas rogatorias y la de la ejecución directa de las pruebas por funcionarios diplomáticos o consulares o comisionados del Estado requirente en el Estado requerido. Junto con ello, trató de establecer métodos de cooperación para la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial que pudieran superar las diferencias existentes entre los sistemas de *civil law* y *common law* (HCCH, 2010: 130).

3.2.1. Ámbito de aplicación del Convenio

3.2.1.1. Ámbito de aplicación material

El convenio se aplica a la obtención de pruebas en materia civil o comercial (arts. 1.1 y 15 CHP 1970). La Comisión Especial sobre el Convenio ha señalado que este concepto ha de interpretarse de forma coherente con el del CHN 1965. En consecuencia, se le ha de dar a este término una interpretación liberal, teniendo en cuenta que ninguno de estos Convenios excluye expresamente ninguna materia (HCCH, 2009: 9). Basta con concentrarse en la naturaleza y objeto de la acción en que se basa la obtención de prueba. La Convención se ha aplicado incluso en casos en que se entremezclaban acciones civiles y penales, como las referidas al derecho *antitrust* (Droz & Dyer, 1981). Sin duda ha de entenderse incluida la obtención de pruebas en materia de responsabilidad civil derivada de ilícito penal (Calvo & Carrascosa, 2017).

Las pruebas que podrán obtenerse mediante la aplicación del Convenio han de estar destinadas a procesos judiciales presentes o futuros. Ello incluye procedimientos para la obtención de pruebas iniciados antes del proceso principal, cuando exista el peligro de que la prueba pueda perderse. El Convenio se aplica también a la realización de "otras actuaciones judiciales", lo que no comprenderá ni la notificación de documentos judiciales ni las medidas de conservación o ejecución (art. 1.3 CHP, 1970).

3.2.1.2. Ámbito de aplicación espacial

El CHP 1970 se aplicará cuando se tenga que practicar una prueba en el extranjero. Ahora bien, en la línea de sus antecesores y de los demás instrumentos sobre asistencia judicial internacional ya estudiados, no especifica cuándo debe llevarse a cabo una prueba "en el extranjero". No lo precisan ni el art. 1.1 en relación a las comisiones rogatorias ni los arts. 15 y 16 en relación a la obtención de la prueba por los agentes diplomáticos del Estado requirente. Como ya se señaló, esta es una cuestión fáctica o circunstancial y no una cuestión de derecho, En consecuencia, los casos en que la obtención de la prueba requiere la intervención de autoridades judiciales extranjeras o su práctica directa en el extranjero quedarán a la apreciación circunstancial del tribunal que conoce del asunto. Dicho juez estimará que la prueba se debe realizar en el extranjero cuando el material probatorio se encuentre en el extranjero. Así lo señala muy claramente el Documento Preliminar núm. 10 de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado en relación al Convenio de 28 de marzo de 1970 sobre obtención de pruebas (HCCH, 2008: 4; Virgós & Garcimartín, 2000: 273).

3.2.1.3. Carácter exhaustivo/no exhaustivo

Cuando la prueba se haya de realizar en el extranjero, porque así lo determine el juez del foro, se plantea por lo tanto la cuestión de si dicho tribunal ha de seguir obligatoriamente alguno de los cauces previstos por el CHP 1970, o si puede por el contrario seguir recurriendo a las vías de obtención que le ofrece su derecho nacional. En otras palabras, se ha discutido si el convenio presenta o no un carácter exhaustivo. La cuestión ha suscitado un amplio debate, en que se ha generado división entre la postura de los Estados de tradición civilista, partidarios de su exclusividad, y los de tradición anglosajona, partidarios de su compatibilidad con sus normas nacionales en materia de prueba, que por lo general presentan estándares muy exigentes en relación a la obligación de facilitar la misma (por ejemplo, la posibilidad de solicitar un *discovery*, o de utilizar las *depositions*). En consecuencia, no existe unanimidad entre los Estados parte en relación a la exhaustividad o no exhaustividad del Convenio

(HCCH, 2009). Dada la incertidumbre sobre la cuestión, algunos Estados miembros han realizado declaraciones al respecto, señalando si los medios dispuestos por la Convención han de ser utilizados de forma exclusiva, prioritaria o indistintamente respecto a los previstos por la legislación interna[60].

3.2.2. Vías de solicitud de práctica de prueba

El convenio contiene tres formas de práctica de la comisión rogatoria: mediante la Autoridad Central, que es el cauce general; mediante funcionarios diplomáticos o consulares del Estado requirente; mediante funcionarios, llamados comisarios, nombrados específicamente para ejecutar la comisión rogatoria. El primer cauce se regula en el Capítulo I de la Convención, y los dos otros en el capítulo II. Estos dos últimos medios supusieron un importante avance en relación a la práctica de obtención de pruebas de muchos Estados, sobre todo los de corte anglosajón (Droz, 1994; Droz & Dyer, 1981).

3.2.2.1. Vía de las autoridades centrales

Esta vía permite que una autoridad judicial del Estado requirente pueda solicitar la práctica de pruebas a la autoridad judicial competente del Estado requerido mediante la redacción de una "carta rogatoria" (HCCH, 2016). Dicha carta será transmitida por la autoridad requirente a la Autoridad Central del Estado requerido, que la trasladará al tribunal territorialmente competente para practicar la prueba (art. 2.1 CHP, 1970). De forma paralela a lo dispuesto por el CHN 1965, las Autoridades Centrales serán designadas por los Estados parte del Convenio. En principio, habrá una Autoridad Central por cada Estado, aunque caben excepciones. La Autoridad Central

---

60 Por ejemplo, el caso de Suiza, que ha declarado que los medios de la Convención han de aplicarse de forma prioritaria a los dispuestos por sus normas nacionales. Información disponible en la ficha de Suiza publicada en la sección de este Convenio en la página web de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, *vid.* https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=561&disp=resdn.

española es la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia[61].

3.2.2.2. Obtención directa por funcionarios diplomáticos o consulares

La segunda vía prevista por la Convención es la obtención directa de las pruebas por los funcionarios diplomáticos o consulares del Estado requirente acreditados en el Estado de destino. Mediante este sistema se permite que dichos funcionarios puedan, en el territorio de otro Estado contratante y dentro de la circunscripción en la que ejerzan sus funciones, proceder, sin compulsión, a la obtención de pruebas de nacionales de un Estado que dicho funcionario represente y que se refieran a un procedimiento incoado ante un Tribunal de dicho Estado (art. 15 CHP, 1970). Los Estados parte de la Convención pueden someter el ejercicio de esta vía a la condición de haberse obtenido previamente una autorización por parte de la autoridad que ellos designen como Estados requeridos (HCCH, 2016). Como señala M Benítez (2005), se ha de tener en cuenta que el poder conferido a estos agentes es el de "obtener pruebas" y no el de realizar "otras actuaciones judiciales" previsto en el art. 1.1. CHP 1970.

Asimismo, se permite que dichos funcionarios diplomáticos o consulares puedan obtener pruebas no sólo de sus nacionales, sino también de los sujetos que residan en el Estado del que depende el diplomático o cónsul, ya sean nacionales de este Estado o de terceros Estados (art. 16 CHP, 1970). Esta posibilidad puede también someterse a autorización previa. El Estado español ha señalado que, cuando estas vías se utilicen en su territorio, será necesaria la autorización previa de las autoridades españolas, salvo que la prueba se obtenga en los locales de la representación diplomática o consular del Estado requirente (art. 18 CHP, 1970).

---

61 *Vid.*: https://www.hcch.net/es/states/authorities/details3/?aid=520.

3.2.2.3. Vía de los comisarios

El tercer sistema prevé el nombramiento de un "comisario", que puede proceder, en el territorio del Estado requerido, sin compulsión, a la obtención de pruebas que se refieran a un procedimiento incoado ante un Tribunal de otro Estado contratante en los casos determinados por el art. 17 CHP 1970, esto es, previa autorización por parte de las autoridades del Estado donde han de obtenerse las pruebas, ya sea una autorización en general o para cada caso en particular, y si dicha persona cumple con las condiciones fijadas en la autorización.

3.2.3. Normas de funcionamiento

A continuación, se expondrán las normas de funcionamiento de la vía de las cartas rogatorias o autoridades centrales, dispuestas en el capítulo I del Convenio ("Cartas rogatorias"), arts. 1-14 CHP 1970. Las normas relativas a las otras dos vías se encuentran contenidas en su capítulo II ("Obtención de pruebas por funcionarios diplomáticos o consulares y por comisarios"), arts. 15-22 CHP 1970.

3.2.3.1. Solicitud

El procedimiento comienza con la solicitud por parte de la autoridad judicial que está conociendo del asunto en el Estado requirente. Dicha solicitud tomará la forma de una "carta rogatoria" dirigida a la autoridad competente del Estado requerido. La autoridad requirente remitirá la carta rogatoria a la Autoridad Central del Estado requerido y dicha Autoridad Central la remitirá al órgano que corresponda para su ejecución, normalmente el juez competente por razón del territorio. Dicho envío se puede realizar por cualquier medio. La Comisión especial sobre el Convenio anima a las Autoridades Centrales de los Estados a que acepten el envío incluso por mensajería privada y por correo electrónico (HCCH, 2009:9). La comisión rogatoria no debe legalizarse.

La comisión rogatoria debe contener, necesariamente, datos relativos a la autoridad requirente y autoridad requerida; a la identidad

y dirección de las partes; a la naturaleza y objeto de la instancia, y exposición sumaria de los hechos; y a las pruebas que hayan de obtenerse (HCCH, 2016: 45). En cuanto a la información sobre las pruebas, variará en función del tipo de actuación que se solicite. Así, si se solicita el interrogatorio de un testigo, deberá constar su nombre y dirección, las preguntas que se le han de hacer o un resumen de los hechos sobre los que se le ha de preguntar, y si se debe exigir que las declaraciones se presten bajo juramento. Si se solicita la inspección de ciertos documentos, objetos muebles o inmuebles, se tendrán que especificar estos objetos para que el tribunal pueda identificarlos. Para la cumplimentación de la carta rogatoria existe un formulario modelo, que se desarrolló por la Comisión especial del Convenio en su reunión de 1978, aunque el mismo no es obligatorio. Éste se encuentra disponible en la página web del Convenio y puede rellenarse electrónicamente en varios idiomas[62].

3.2.3.2. Idiomas

La comisión rogatoria ha de redactarse en francés o inglés como norma general (art. 4 CHP, 1970). No obstante, caben excepciones. Los Estados podrán exigir que las comisiones rogatorias que se dirijan a sus jueces se redacten o traduzcan a la lengua oficial de dicho Estado, o de las lenguas oficiales del mismo a la lengua o una de las lenguas oficiales del lugar al que va destinada la comisión. La traducción que acompañe a la comisión rogatoria deberá estar certificada por un funcionario diplomático o consular o por traductor jurado (HCCH, 2016: 63). A este respecto, España ha declarado que la comisión rogatoria ha de estar redactada o traducida al idioma español.

3.2.3.3. Recepción y curso de la solicitud

La autoridad jurisdiccional competente de Estado requerido, una vez haya recibido la carta rogatoria remitida por su Autoridad Cen-

---

62 Formulario de carta rogatoria disponible en varios idiomas en: https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6557&dtid=65

tral, procederá a examinarla. Si se aprecia algún defecto que haga imposible cursar la solicitud, la Comisión especial sobre el Convenio recomienda que la comunicación entre las autoridades se produzca de forma informal, por cualquier medio adecuado, lo que incluye el correo electrónico y el fax (HCCH, 2009: 8). Si la misma es conforme al Convenio, practicará la prueba. Para ello se ajustará a sus propias Leyes procesales, las Leyes del Estado requerido (*lex fori regit processum*), como dispone el art. 9 CHP 1970. No obstante, si la solicitud tiene por objeto una declaración o la presentación de documentos por parte de una persona en concreto, la persona a la que vaya dirigida esta solicitud podrá hacer valer una exención o una prohibición de prestar declaración tanto en virtud de la ley del Estado requirente como de la ley del Estado requerido (art. 11 CHP, 1970) (Droz, 1994). Además, como ocurre con el resto de instrumentos de asistencia judicial internacional ya estudiados, se prevé la posibilidad de que la autoridad requirente solicite la aplicación de un procedimiento especial, excepto si este procedimiento es incompatible con la Ley del Estado requerido o es imposible su aplicación debido a la práctica judicial del Estado requerido o por dificultades prácticas. Como se señala en la Reseña oficial sobre el Convenio, algunos Estados incluso han procedido a modificar su Ley interna para permitir técnicas de ejecución de las solicitudes usadas con frecuencia en otros Estados, como la redacción de transcripciones literales de los testimonios o la posibilidad de repreguntar (*cross-examination*) (HCCH, 2010). Al ejecutar la carta rogatoria, la autoridad requerida aplicará los medios de compulsión apropiados previstos por su derecho procesal interno, de la misma forma en que los aplicaría si la solicitud hubiera provenido de un tribunal de su propio Estado o de una petición formulada a este efecto por una parte interesada (art. 10 CHP 1970).

Asimismo, cuando así lo haya permitido el Estado requerido, bien mediante autorización general o bien mediante autorización para el caso en particular, será posible la presencia y participación de miembros del personal judicial de la autoridad requirente, de las partes y/o de sus representantes en la ejecución de la carta rogatoria (art. 8 CHP, 1970) (Ibid.). España ha declarado que esta intervención de un juez del Estado requirente en el cumplimiento de una comisión rogatoria precisa de la previa autorización caso por caso, por parte del Ministerio de Justicia. Esta asistencia se puede realizar asimismo

a través de medios telemáticos, como enlaces de vídeo u otras nuevas tecnologías, pues nada en el texto del Convenio lo impide (HCCH, 2009).

Aunque el Convenio no prevé ningún plazo para la ejecución de la carta rogatoria por parte de la autoridad requerida, sí que se señala que la misma deberá ejecutarse "con carácter de urgencia" (art. 9.3 CHP, 1970). Pese a ello, tal y como reconoce la Comisión especial sobre la aplicación de este convenio, existen demoras importantes en los Estados parte (HCCH, 2009). Cuando la autoridad competente del Estado requerido haya dado cumplimiento a la carta rogatoria, remitirá a la autoridad requirente los documentos en que conste la ejecución de la misma (Art. 13 CHP, 1970). Algunos Estados utilizan para remitir estos documentos la vía de la comunicación directa entre las autoridades requirente y requerida, mientras que otros hacen pasar los mismos por la Autoridad Central.

3.2.3.4. Motivos de denegación

Sólo se denegará la práctica de la comisión rogatoria si en el Estado requerido la ejecución no se corresponde con las atribuciones del Poder Judicial o cuando el Estado requerido estime que podría causar perjuicio a su soberanía o seguridad (art. 12.1 CHP, 1970). Resulta relevante el primero de estos motivos, que podrá alegarse cuando el tipo de prueba que se solicite practicar no esté permita por el derecho procesal del Estado requerido, lo que puede ocurrir, por ejemplo, en relación a las pruebas biológicas para determinar la paternidad. No se puede denegar la ejecución de la comisión rogatoria por el solo motivo de que el asunto sea objeto de competencia judicial exclusiva del Estado requerido (art. 12.2 CHP 1970) (HCCH, 1994).

3.2.3.5. Otros aspectos relevantes

En cuanto a los gastos, la ejecución de la carta rogatoria no podrá dar lugar a ningún tipo de reembolso de tasas o gastos (art. 14.1 CHPC). La práctica de los Estados no cumple del todo con esta pre-

visión (Droz, 1994). No obstante, el Estado requerido podrá cargar al Estado requirente los honorarios pagados a peritos e intérpretes y los gastos ocasionados por la aplicación de un procedimiento especial de práctica de la prueba solicitado por el Estado requirente (Art. 14.2 CHPC).

El Convenio contiene normas especialmente destinadas a tratar de conciliar los sistemas de derecho continental y derecho anglosajón en materia de obtención de pruebas, lo que constituye una de las principales problemáticas a la hora de aplicar este instrumento. Dado que los Estados de referencia de este estudio son todos de tradición civilística, se trata de una cuestión en la que no se profundizará.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El presente estudio ha puesto de manifiesto un panorama legislativo complejo en relación a la cooperación jurídica internacional en materia civil entre los siete Estados objeto de estudio (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, México y Perú) que puede entorpecer la lucha contra la corrupción asociada al COT.

En primer lugar, la existencia de normas confluyentes sobre asistencia judicial internacional en materia civil entre los distintos Estados puede generar dudas sobre el instrumento aplicable a una solicitud de cooperación. Como se ha demostrado, el art. 30 CVDT no es suficiente para proporcionar una respuesta sobre qué instrumento debe prevalecer. Según el mismo, si las disposiciones del Tratado no excluyen la aplicación de otros instrumentos, se habrá de estar al criterio de la *lex posterior*. Ello implicaría que, en muchos casos, se deberían aplicar a las solicitudes de cooperación tratados bilaterales mucho menos sofisticados que los tratados de La Haya, por mucho que sean posteriores a éste. En este trabajo se propone que, si las cláusulas de desconexión de los tratados en juego no dan ninguna solución, se ha de optar por el instrumento que permita una cooperación de máxima eficacia. Esto no siempre resultará fácil de dilucidar, pues requerirá un análisis comparativo de las normas potencialmente aplicables.

En segundo lugar, y dado que el Convenio aplicable a cada solicitud de cooperación puede ser distinto según cuál sea el Estado requerido, el coste de información sobre cada uno de esos Convenios aplicables es alto. En los casos de corrupción transnacional, la cooperación no suele ser solamente con un Estado, sino con varios, pues las redes suelen extenderse a más de un país (así ocurría, por ejemplo, en el mencionado caso Oderbrecht). Ello puede ralentizar o entorpecer la actuación del órgano jurisdiccional del Estado requirente, que se verá obligado a manejar distintos textos, formularios, idiomas y plazos en función del Estado al que desee trasladar la solicitud de cooperación.

En tercer lugar, los mecanismos de cooperación institucional analizados más en profundidad, los Convenios de La Haya de 1965 y 1970, pese a ser instrumentos multilaterales de vocación universal, tampoco proporcionan soluciones totalmente uniformes. Dichos convenios dejan muchas cuestiones a la Ley del Estado requerido, lo que impide al tribunal del Estado requirente manejar unos criterios únicos, por ejemplo, en relación a los intentos que se han de haber realizado para que la notificación se considere correctamente efectuada, o a la cadena de custodia del material probatorio.

A lo largo de la sección tercera de este estudio se han puesto de manifiesto otras características regulativas que pueden afectar a la eficacia de estos Convenios cuando se trata de luchar contra el COT y las prácticas de corrupción promovidas por el mismo. Por ejemplo, la vía de las autoridades centrales, que puede ser un equilibrio justo entre garantías y rapidez en la mayoría de asuntos civiles, resulta excesivamente lenta y burocratizada cuando se trata de luchar contra la corrupción. En un campo en que cada día que pasa es decisivo, el tener que cursar las solicitudes por la vía de las autoridades centrales (aun cuando todos los Estados objeto de estudio ratificaran el Tratado de Medellín y las comunicaciones se realizaran de forma telemática), podría poner sobre aviso al demandado o a aquél que tiene en su poder el material probatorio, permitiéndole poner en marcha esquemas de protección de activos que darían al traste con toda la operación.

Por otra parte, estas autoridades centrales se encuentran por lo general saturadas, pues suelen ejercer este papel respecto de múlti-

ples convenios (no sólo sobre pruebas y notificaciones, sino también sobre sustracción de menores o adopción).

Por último, los Convenios estudiados son de aplicación únicamente en materia civil o mercantil, lo que no se adapta a la realidad del COT, en que las acciones civiles se dan en muchas ocasiones entrelazadas con las penales, bajo la forma de la responsabilidad civil *ex delicto*.

Por todo lo expuesto, una solución de *lege ferenda* que aumentaría la eficacia de la cooperación jurídica internacional como instrumento de lucha contra el COT y las práctica corruptas que fomenta sería la redacción de un nuevo convenio específicamente aplicable a la cooperación jurídica internacional en casos de corrupción transnacional. Este Convenio se podría aplicar a la cooperación tanto civil como penal, y en lo que respecta a su parte civil, debería incluir disposiciones tanto sobre notificaciones como sobre prueba. La norma debería permitir que una sola solicitud aunara, si fuera necesario, acciones en materia civil como en materia penal (por ejemplo, que permitiera incluir en un mismo trámite la solicitud de notificación de la apertura de juicio oral al acusado como al responsable civil subsidiario).

Al tratarse de una materia tan específica y acotada como es la corrupción relacionada con el COT, en este nuevo instrumento se podría prescindir del mecanismo de las autoridades centrales, de forma que las solicitudes se trasladaran directamente del órgano jurisdiccional requirente al órgano jurisdiccional requerido, que sería el encargado de cursar materialmente la solicitud. Esta opción permitiría agilizar las solicitudes de cooperación jurídica cuando se esté ante un caso de corrupción transnacional. Junto con esta medida, se podrían prever plazos más cortos de suspensión del proceso cuando no existe respuesta por parte del Estado requerido, o se podrían restringir los motivos por los que el Estado requerido puede oponerse a la práctica de la prueba o de la notificación.

Finalmente, otra cuestión a precisar sería si debiera tratarse de un instrumento de cooperación regional o global. A estos efectos, la vía del Tratado de Medellín podría ser la adecuada: se trata de un convenio celebrado bajo el auspicio de la COMJIB, pero abierto a todos los

Estados. Ello permitiría aprovechar la experiencia, concienciación y preocupación que ya existe en esta organización internacional sobre la lucha contra la corrupción transnacional y ponerla al servicio de la comunidad internacional en su conjunto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

España

Audiencia Provincial de Baleares, España. (19 de diciembre de 2012). Sentencia n. 593/2012.

Audiencia Provincial de Girona, España. (16 de diciembre de 2013). Sentencia n. 462/13.

Audiencia Provincial de Valencia, España. (13 de octubre de 2021). Sentencia n. 1136/2021.

Audiencia Provincial de Valencia, España. (10 de noviembre de 2015). Sentencia n. 341/2015.

Tribunal Constitucional de España. (4 de abril de 2022). Sentencia n. 50/2022. [ECLI:ES:TC:2022:50].

Tribunal Constitucional de España. (27 de junio de 2022). Sentencia n. 79/2022. [ECLI:ES:TC:2022:79].

Tribunal Supremo de España, Sala 1ª (2022) Sentencia n. 839/2022, de 24 de octubre de 2022 [ECLI:ES:TS:2022:3836].

Tribunal Supremo de España (2006), Sentencia n. 1051/2006, de 20 de octubre de 2006 [ECLI: ES:TS:2006:6593].

Estados Unidos

Tribunal Supremo de Estados Unidos (1988), Volkswagen Aktiengesellschaft v. Schlunk, Sentencia de 15 de junio de 1988 [27 I.L.M. 1902 (1988)].

Francia

Corte de Casación de Francia. (21 de septiembre de 2005), Sentencia. [n. pourvoi 03-45090].

Holanda

Tribunal de Haarlem, Holanda (26 de octubre de 2004), Sentencia. [AR7011, 101226/2004].

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (11 de junio de 2015). Stefan Fahnenbrock y otros v. Hellenische Republik, Sentencia. asuntos C-226/13, C 245/13, C 247/13 y C 578/13, [ECLI:EU:C:2015:383].

Tribunal Permanente de Justicia Internacional (1927), Lotus case (Francia v. Turquía), Sentencia de 7 septiembre 1927.

Doctrina

Abarca, R. (1982). "*Convenciones interamericanas en materia procesal. Panamá 1975*". En: Abarca, R., Aguirre, M., Antillón, W., Barrios, D., Bidegain, C., Briseño, H., Camacho, E., Céspedes (et.al). (Coord.). *Cooperación interamericana en los procedimientos civiles y mercantiles*. México: UNAM. Pp. 617-619.

Aguilar, M. (2005). *Intervención consular en Derecho internacional privado*. Sevilla: Universidad de Sevilla.

Aguilera, M. & Cubillo, I. (2011). "*Transmisión de documentos judiciales y extrajudiciales a efectos de notificación y traslado*". En: De la Olivasí, A. (dir.). *Derecho Procesal Civil Europeo*. Vol. II. Cizur Menor: Aranzadi. Pp. 175-249.

Álvarez, S. (1993). "*Cláusulas de compatibilidad en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*". *REDI*. Vol. 45(1). Pp. 39-62.

Barreiro, B. (2008). "La cooperación judicial civil en el ámbito iberoamericano y las aportaciones de Iber-Red. El caso de la cooperación hispano-argentina". *Revista Electrónica Iberoamericana*. Vol. 2(2). Pp. 57-77.

Brière, C. (2001). *Les conflits des conventions internationales en droit privé*. París: LGDJ.

Calvo, A. & Carrascosa, J. (2017). *Derecho internacional privado*. Vol. I. Granada: Comares.

Campos, N. Engel, E., Fischer, R. & Galetovic, A. (2021). "The ways of corruption in infrastructure: Lessons from the Odebrecht case". *Journal of Economic Perspectives*. Vol. 35(2). Pp. 71-90.

Capatina, O (1983). "L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale". *RCADI*. Vol. 179.

Carrillo, L. & Elvira, M. (2012). *Instrumentos procesales de la UE. Los reglamentos sobre notificaciones y obtención de pruebas*. Granda: Comares.

Cebrián, M. (2018). *La asistencia judicial internacional en España*. Granada: Comares.

Cebrián, M. (2018). *La notificación internacional en materia civil y mercantil en la Unión Europea*. Granada: Comares.

Cucinotta, E (1935). *L'assistenza giudiziaria nei rapporti internazionali*. Milano: Giuffrè.

Dawar, K. (2010). "Disconnection clauses: an inevitable symptom of regionalism?". *Working Papers of the Society of International Economic Law*.

Droz, G. (1994). "A comment on the role of The Hague Conference on Private International Law". *Law and Contemporary Problems*. Vol 57(3). Pp. 3-11.

Droz, G. & Dyer, A. (1981). "The Hague Conference and the Main Issues of Private International Law for the Eighties". *Northwestern Journal of International Law and Business*. Vol. 3.(1). Pp. 155-210.

Dutoit, B. & Majoros, F. (1984). "Le lacis des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles". *RCDIP*. Pp. 565-596.

Elvira, M. (1997). "La obtención de pruebas en el extranjero. Estudio sobre el Convenio de La Haya de 1970 y su aplicación en el ordenamiento español". Universidad Autónoma de Madrid.

Esposito, C. (2016). "A red card for FIFA: Corruption and scandal in the world's foremost sports association". *Rich. J. Global L. & Bus*. Vol. 16. Pp. 45-60.

Fernández Rozas, J. (1997). "Los tratados internacionales en el sistema español de Derecho internacional privado y su aplicación judicial". En: Fernández, J (dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Pp. 59-158.

Fernández, D. (1994). *La Codificación del Derecho internacional privado en América Latina. Ámbitos de producción jurídica y orientaciones metodológicas*. Madrid: Beramar.

Franzina, P. (2009). "La notificazione degli atti giudiziari e stragiudiziali in ambito comunitario". En: Bonomi, A. (dir.). *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia* civile. Turín: Giappichelli. Pp. 217-259.

Garnett, R. (2012). Substance and procedure in Private international law. Oxford: Oxford Univ. Press.

Goicoechea, I. (2016). "Nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial". *Rev. secr. Trib. perm. revis*. Vol 4. (7). Pp. 127-151.

Guerrero, S. (2007). "La cooperación judicial civil y mercantil entre Argentina y España". *Revista de Derecho Procesal*. Pp. 437-470.

HccH. (2006). *Reseña sobre el Convenio de Notificaciones de La Haya*. La Haya: HccH Publications Office.

HccH. (2008). *El carácter obligatorio/no obligatorio del Convenio sobre obtención de pruebas: Documento Preliminar nº 10 de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en relación al Convenio de 28 de marzo de 1970 sobre obtención de pruebas*. La Haya: HccH Publications Office.

HccH. (2009). *Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya sobre Apostilla, Notificación, Obtención de Pruebas y Acceso a la Justicia*. La Haya: HccH Publications Office.

HccH. (2010). *Reseña sobre el Convenio de La Haya sobre obtención de pruebas*. La Haya: HccH Publications Office.

HccH. (2016). *Practical Handbook on the operation of the Evidence Convention*. 4ª ed. La Haya: HccH Publications Office.

Morales, S. & Morales, O. (2019). "From bribes to international corruption: the Odebrecht case". *Emerald Emerging Markets Case Studies*.

Mota, M. & De Assis, M. (2021). "Using Criminal Law to Fight Corruption: The Potential, Risks, and Limitations of Operation Car Wash (Lava Jato)". *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 69(4). Pp. 834-879.

Parra, G. (1980). "Las seis convenciones suscritas en Panamá (1975) sobre Derecho internacional privado". *Revista Fac. D° Universidad Católica Andrés Bello*. Núm. 27. Pp. 9-40.

Pimenta, R. & Venturini, O. (2021). "International Cooperation and Negotiated Settlements for Transnational Bribery: A Study of the Odebrecht Case". *Revista Direito GV*. Vol. 17. Pp. 1-35.

Pocar, F. (1967). *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*. Padova: Cedam.

Relmy, P. (2011). "Règlement (CE) nº 1393/2007 du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les états membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale et abrogeant le règlement (CE) nº 1348/2000". En: Torck, S., Cadiet, L. & Jeuland, E. (dirs.). *Droit processuel civil de l'Union européenne*. Paris: Lexis Nexis. Pp. 217-246.

Santos, R. & Mendes, S. (2015). "Cooperação jurídica internacional: uma análise dos sistemas brasileiro e peruano para o cumprimento de cartas rogatórias". *Rev. Fac. Direito UFMG*. Núm. 66. Pp. 615-640.

Schulz, A. (2016). "Die EU und die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht". En: Von hein, J. & Rühl, G. (eds.). *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union*. Pp. 110-144.

Sereni, A. (1961). "L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile con speciale riferimento alle relazioni italo-statiunitensi". *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* Pp. 751-779.

Udina, M. (1933). *Elementi di diritto internazionale privato* italiano. Roma: Anonima..

Virgós, M. & Garcimartín, J. (2000). *Derecho procesal civil internacional (Litigación internacional)*. Madrid: Civitas.

Informes, resoluciones y otros documentos

VV.AA. (1979). "Actas y documentos de la Segunda Conferencia especializada interamericana sobre Derecho internacional privado". Vol. I. Montevideo.

Capítulo 5

El reconocimiento y la ejecución de resoluciones firmes en materia civil

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO*

1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente volumen es dar respuestas a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional desde la perspectiva de la cooperación judicial. En concreto, en este capítulo vamos a centrarnos en la cooperación judicial civil y, más exactamente, en el reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes.

En este sentido, lo primero que debemos hacer es exponer la relación entre los procesos penales relativos a la corrupción, especialmente, a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional, y la necesidad de que una resolución dictada en materia civil en ellos deba tener validez extraterritorial. A este respecto, nos cuestionarnos en este punto acerca de cuáles son esas decisiones judiciales en materia civil que se pueden dictar en relación con procedimientos penales de corrupción.

En un primer momento, podemos pensar en pronunciamientos en materia de responsabilidad civil derivada del delito. Casos, como el siguiente. Una organización criminal, para blanquear dinero o para devolver favores, soborna a los funcionarios públicos que deben adjudicar la realización de una obra para la Administración. Este acto de corrupción conlleva que la licitación la gane la empresa en cuestión dejando fuera a terceros extranjeros a los que se les ocasiona un daño por el coste que les ha supuesto formar una *joint venture*

---

* Profesora Titular, acreditada a Catedrática de Derecho Internacional Privado, de la Universidad Carlos III de Madrid.

con sociedad común para cumplir con el requisito de la convocatoria de participación solo de empresas nacionales. En este supuesto, la indemnización derivada del delito podría tener que ejecutarse en un tercer Estado en el que el responsable tenga bienes que poder embargar para hacer cumplir la resolución. Es en este escenario en el que se utilizaría la herramienta del reconocimiento y ejecución de la resolución en materia civil en un Estado distinto a aquel en el que ha sido dictada. Esta resolución podría haber sido emitida por un juez penal o por un juez civil, por ejemplo, en España[1].

Otro tipo de pronunciamientos en materia civil relacionados con la corrupción asociada al crimen transfronterizo organizado pueden ser los relativos a la restitución de los bienes del delito. La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transfronteriza, hecha en Palermo en el año 2000, después de señalar que su finalidad es la de cooperar para prevenir y combatir el crimen organizado transnacional (art. 1), regula en el precepto 13 la cooperación internacional para fines de decomiso y, en el art. 14, prescribe la devolución al Estado requirente de los productos del delito o de los bienes decomisados para poder indemnizar a las víctimas del delito o para entregarlos a sus legítimos propietarios[2]. Como indica el precepto 13, los bienes decomisados pueden estar situados en el mismo Estado en el que se encuentra el tribunal que está conociendo del delito pero, también, pueden estar situados en otro país diferente. Es en este escenario en el que se requiere la cooperación judicial para inmovilizar los bienes en el Estado requerido a petición del Estado requirente y, posteriormente, devolverlos a éste.

Este tipo de acciones de decomiso, sin embargo, necesitan de una serie de aclaraciones para que puedan ser consideradas decisiones

---

1 El artículo 109 del Código Penal español indica que "1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados. 2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil".

2 Productos del delito son "los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito" (art. 2.e). Decomiso es "la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente" (art. 2.g).

en materia civil susceptibles de ser sometidas al procedimiento del reconocimiento o ejecución ante los tribunales civiles de un tercer Estado.

En este capítulo vamos a dar respuesta a la pregunta de investigación que cuestiona si los instrumentos normativos que existen en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia civil aportan una solución adecuada al fenómeno de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional, en América Latina, en general, y en Colombia, en particular. Para ello, en primer lugar, analizaremos el concepto, la tipología y las características de la acción de recuperación de activos. En segundo lugar, estudiaremos la regulación existente en esta materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales firmes, en el ámbito europeo y en el latinoamericano. A continuación, realizaremos un análisis de derecho comparado en los países de América Latina, referencia para esta investigación, y en países como España, Italia y EEUU. Por último, se aportarán conclusiones que incluirán estrategias de acción para América Latina y para Colombia.

2. RECUPERACIÓN DE ACTIVOS DEL DELITO

2.1. Concepto y tratamiento

Si bien el elemento punitivo del delito ha sido la principal preocupación del legislador penal a lo largo del tiempo, lo cierto es que la recuperación de los activos obtenidos de manera ilícita se ha convertido en la actualidad en uno de los objetivos más importantes para luchar contra la corrupción y el crimen organizado (Fiscalía General del Estado, España, 2010; Jiménez-Villarejo, 2011: 92-96; Jaén Vallejo & Perrino Pérez, 2016: 121-122). Así es, las organizaciones criminales existen, fundamentalmente, porque las personas que las conforman obtienen un beneficio económico con sus actos y, a su vez, la corrupción se mantiene por la capacidad económica de aquellas. La recuperación de los activos persigue, por un lado, evitar ese enriquecimiento injusto del que se beneficiarían los criminales, quienes, después de cumplir con su condena, podrían disfrutar de una vida mucho mejor de la que tenían gracias a los bienes obtenidos y no devueltos y, por

otro, es una manera de combatir la corrupción y desmantelar los grupos delictivos, los cuales, sin dinero, no podrían sobornar a nadie (Jaén & Perrino, 2016: 121)[3]. Con esta herramienta de la devolución de los activos se puede conseguir el efecto disuasorio querido por el legislador para prevenir la comisión de estos delitos (Jaén & Perrino, 2016: 121; Jorge, 2008: 74). Es más, podría llegar a afirmarse, incluso, que la restitución de bienes es más eficiente como herramienta de lucha contra el crimen organizado y la corrupción que la privación de libertad del condenado por estos delitos (Jorge, 2008: XVIII).

Ya en el año 1988, en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas[4], las partes contratantes destacaron que son "Conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la Administración Pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad en todos sus niveles" y que están "Decididas a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad". Posteriormente, en el Convenio Internacional para la represión de la financiación de terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999 (art. 8), la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (arts. 13 y 14) —Convención de Palermo— y la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Mérida (México) los días 9 a 11 de diciembre de 2003 (art. 31), se incide en la misma idea[5].

---

3 "*The Commission considers it vital to tackle the confiscation of criminal instrumentalities, proceeds and property as an effective means of combating organised crime, by depriving criminals of their financial resources and thereby both restricting their scope for causing harm and preventing them from enjoying the property with which they surround themselves for their own comfort*" Comisión Europea, 2007: 2).

4 Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena, el 19 de diciembre de 1988.

5 Convenio Internacional para la represión de la financiación de terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999; Convención de las Nacio-

En el marco de la Unión Europea (UE) también se han adoptado normas que regulan la recuperación de los activos como lucha contra el crimen organizado. Así, por ejemplo, la Decisión Marco del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, la Decisión Marco del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, la Decisión Marco del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias o el Reglamento (UE) 2018/1805, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso[6].

En el ámbito del Consejo de Europa podemos mencionar el Convenio núm. 141 relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990, y el Convenio núm. 198 relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

En el continente americano, en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), contamos con la Convención Interamericana contra la corrupción (B-58), en la cual, los 35 Estados miembros reconocen, en su preámbulo, "que la corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente" y están convencidos:

---

nes Unidas contra la corrupción, hecha en Mérida (México) los días 9 a 11 de diciembre de 2003.

6 *Vid.*: Decisión marco 2001/500/JAI (DOUE L182, de 5 de julio de 2001), Decisión marco 2003/577/JAI (DOUE L196, de 2 de agosto de 2003), Decisión marco 2005/214/JAI (DOUE L76, de 22 de marzo de 2005) y Reglamento (UE) 2018/1805 (DOUE L303, de 28 de noviembre de 2018), respectivamente. La Decisión Marco 2003/577/JAI ha sido sustituida por el Reglamento 2018/1805, en lo que se refiere al embargo de bienes entre Estados miembros parte de la norma, a partir del 19 de diciembre de 2020 (art. 39 del Reglamento 2018/1805).

> […] de la necesidad de adoptar cuanto antes un instrumento internacional que promueva y facilite la cooperación internacional para combatir la corrupción y, en especial, para tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados con dicho ejercicio; así como respecto de los bienes producto de estos actos.

Centrándonos en Latinoamérica, más concretamente, tenemos el Acuerdo Marco para la disposición de bienes decomisados de la delincuencia organizada transnacional en el MERCOSUR, firmado por los cuatro países del bloque regional —Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay—, en Montevideo el 17 de diciembre de 2018[7].

2.2. Decomiso penal y decomiso civil o sin condena

Las dos vías existentes de cooperación judicial para conseguir la recuperación de los activos son la penal y la civil, definiendo ambas, no por la naturaleza del órgano que pueda decretar la medida, sino por las características del procedimiento en el que se adopta. En este sentido, podemos distinguir entre decomiso *in personam*, en el que los elementos que justifican la limitación del derecho a la propiedad se predican del titular del bien y no del bien mismo, y decomiso *in rem*, en el que la circunstancia que legitima esa limitación del derecho a la propiedad se refiere al bien y no a su titular (Santander, 2017: 433-434).

La penal es la más utilizada y, en ella, el decomiso lo declara un juez de este orden jurisdiccional —decomiso *in personam*—[8]. La civil, en cambio, tiene un uso limitado a unos escasos Estados por ahora

---

7 *Vid.* https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=RJNTJu7CSVsWqnmTJdoKag%3d%3d; http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Decisions/DEC_005_2018_s.pdf. El Acuerdo marco ha sido ratificado por Argentina y Paraguay.

8 *Vid.* en relación con la Ley española 4/2010 de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso (BOE núm. 61, de 11 marzo 2010), que regula esta vía de reconocimiento por jueces penales españoles del decomiso dictado en el extranjero por jueces también penales, Jiménez-Villarejo Fernández (2011: 91-116).

—aunque en crecimiento, como veremos más adelante— y puede ser adoptada por órganos o tribunales no penales —decomiso *in rem*—[9]. La Convención de Naciones Unidas contra la corrupción —Convención de Mérida—, ya mencionada, en el artículo 43.1 reconoce la posibilidad de cooperación en procedimientos en materia civil y administrativa relacionados con la corrupción.

La vía penal requiere una sentencia firme de condena para poder iniciar o culminar el procedimiento de recuperación de los bienes del delito (Jorge, 2008: 74). Pero, en muchas ocasiones, los delitos no son investigados —por prescripción, por ejemplo, o por muerte o fuga del acusado o por inmunidad del funcionario— o el proceso penal se dilata demasiado en el tiempo, lo que puede provocar el desembargo de los bienes previamente inmovilizados como medida cautelar (Jorge, 2009: 53; 2008: 89). En la vía penal, por tanto, puede no conseguirse el objetivo de recuperación de los activos del delito.

Sin embargo, la vía civil no requiere de condena penal alguna y, en caso de incumplimiento de la orden de pago, se utilizarían los instrumentos ordinarios de ejecución de requerimientos de pago y no la prisión del deudor[10]. El decomiso sin condena es ya una institución en países anglosajones como Estados Unidos, Irlanda, Reino Unido, Australia, Ontario, Italia, Eslovenia, Sudáfrica, España y, también, por la influencia estadounidense, en diversos países latinoamericanos como Colombia, Perú y México; también en Suiza se admite el decomiso antes de la finalización del proceso penal (Jorge, 2008: 200; 2009: 46)[11]. En estos casos, el decomiso civil se resolvería en un

---

9 *Vid.* respecto de las diferencias entre el decomiso *in personam* y el decomiso *in rem*, Jorge (2008: 72-73). En Estados Unidos, por ejemplo, se distingue entre *civil forfeiture of fungible property* y *civil forfeiture of real property* y sólo respecto de la segunda se exige que sea una autoridad judicial la que lo adopte (United States Code, Sec. 985).

10 TEDH Decisión 656/2005. Caso *Dassa Foundation and others v. Lienchtenstein* (Jorge, 2008: 201).

11 En España también se regula el decomiso sin condena, en los supuestos contemplados en el artículo 54.1.c) de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción —fallecimiento, fuga o ausencia del delincuente o en otros casos apropiados—, y se exige que el tribunal competente para

proceso independiente del penal o subsidiario de éste y se articularía como una extinción del dominio (Jorge, 2008: 89-90).

La Convención de Mérida regula este tipo de procedimientos sin condena y, en relación con ellos, indica que cada Estado parte "Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan dar efecto a toda orden de decomiso dictada por un tribunal de otro Estado Parte" y "Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados" (apartados a y c del art. 54.1). Igualmente, recoge en el art. 55 que:

> 1. Los Estados Parte que reciban una solicitud de otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención con miras al decomiso del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 31 de la presente Convención que se encuentren en su territorio deberán, en la mayor medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno: […] b) Presentar a sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en el grado solicitado, la orden de decomiso expedida por un tribunal situado en el territorio del Estado Parte requirente de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 31 y en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 54 48 de la presente Convención en la medida en que guarde relación con el producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 31 que se encuentren en el territorio del Estado Parte requerido.

De este modo, esta norma convencional prevé esta posibilidad de adoptar decisiones de decomiso sin condena que puedan ser ejecutadas en el Estado extranjero en el que se encuentren los bienes objeto de las mismas para conseguir la devolución de los activos al Estado víctima o Estado de origen de la resolución (Jorge, 2008: 186, 187 y 192). De hecho, como ya se ha mencionado, son varios los países que prevén esta posibilidad —Estados Unidos, Irlanda, Gran Bretaña, Ontario, Australia, Italia, Eslovenia, Sudáfrica, España, Perú, Colom-

---

declararlo debe ser de la jurisdicción penal (art. 127.ter del Código Penal español).

bia y México— y otros tantos que están estudiando implementarla en sus ordenamientos —Brasil, Bolivia, Guatemala, Panamá y Ecuador (Jorge, 2009: 46)—. Debemos recordar que, siguiendo en el marco de la Convención de Mérida, decomiso es "la privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente" (art. 2.g) y, como vemos, el texto convencional no exige que esta medida deba ser adoptada necesariamente por un tribunal penal.

En este contexto, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones se presenta como una de las herramientas civiles para conseguir la restitución de los bienes. Otro mecanismo civil es la denominada recuperación directa, la cual consiste en el inicio de un proceso civil, por parte del Estado víctima, en el Estado extranjero en el que se encuentran los bienes del delito de corrupción (art. 53 Convención de Mérida 2003) (*vid.* entre otros, Jorge, 2008: 133-155).

La validez extraterritorial, como instrumento para conseguir el reconocimiento y la ejecución de resoluciones civiles dictadas en relación con la corrupción, resoluciones de responsabilidad civil derivada del delito, con carácter general, o de decomiso de activos para ser devueltos al Estado víctima, en particular, es el objeto de este Capítulo.

2.3. Característica del decomiso para que pueda ser objeto de reconocimiento o ejecución civiles: materia civil o mercantil

En el entorno europeo, en el marco del Reglamento 1215/2015 y del Convenio de Lugano II, uno de los requisitos para que la orden de decomiso sea susceptible de ser sometida al procedimiento de reconocimiento y/o ejecución ante órganos jurisdiccionales civiles en otro Estado es que la materia objeto de la decisión tenga carácter civil o mercantil[12]; independientemente del órgano que dicte la

---

[12] *Vid.* Reglamento (UE) Nº 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L351, de 20 de diciembre de 2012 —Reglamento Bruse-

resolución, sea éste civil, penal, administrativo o de cualquier otro orden jurisdiccional (Calvo & Carrascosa, 2020c: 3866). Es, por tanto, la materia y no el tribunal, lo que determina que la resolución pueda ser objeto de este procedimiento civil de reconocimiento y/o ejecución en el entorno europeo. En este sentido, la naturaleza jurídica del decomiso, entendido como extinción de la propiedad de un bien, podría ser civil[13]. No obstante, lo cual, en muchos Estados el reconocimiento y la ejecución de estas órdenes de decomiso deben ser solicitados a los jueces de lo penal. Este es el caso del ordenamiento español, por ejemplo, en el que, como ya se ha comentado anteriormente, las resoluciones de decomiso dictadas en España y las resoluciones de decomiso extranjeras que se ejecuten en España, ambas, deben ser conocidas por un juez penal[14].

Como decimos, lo importante es que la materia objeto de la resolución tenga carácter civil. Para determinar si el objeto de la resolución es materia civil debemos saber qué naturaleza tienen los derechos que se protegen con ella. Así es, lo relevante a estos efectos es que los derechos que se salvaguardan con la decisión sean priva-

---

las I bis—; Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L339, de 21 diciembre 2007 —Convenio Lugano II—.

13 En el punto VIII del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal se cita una Decisión del TEDH en la que se afirma que el decomiso sin condena penal no tiene naturaleza propiamente penal. En palabras de la Corte, "es una consecuencia civil de un acto delictivo" (TEDH. Decisión 656/2005. Caso *Dassa Foundation and others v. Liechtenstein*). *Vid.*, en relación con esta consideración, y criticándola, Garrido Carrillo, 2019: 56-61. *Vid.* también, STSJ de Cantabria, de 21 de febrero 2020 (ECLI: ES: TSJCANT: 2020: 290), en la cual se mencionan una serie de Decisiones del TEDH que avalan el carácter no propiamente penal del decomiso y se confirma su naturaleza administrativa en los siguientes términos: "el comiso de las ganancias producidas por una actividad delictiva se integraría, al suponer un ejercicio del imperium, en el ámbito administrativo" (FD Quinto).

14 Artículo 4 de la Ley 4/2010 de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso, BOE núm. 61, de 11 marzo 2010.

dos[15]. De esta manera, si el decomiso tiene como objetivo proteger el derecho de un tercero a ser indemnizado por el daño sufrido con el delito, la resolución de decomiso sería considerada materia civil o mercantil a efectos de que un órgano jurisdiccional civil pueda conocer de la solicitud de reconocimiento o ejecución sobre ella en este marco.

Por otro lado, es irrelevante la persona que solicite el reconocimiento o la ejecución de la resolución, cuestión ésta importante en estos casos de decomiso en los que, habitualmente, será el Estado víctima el que solicite al Estado requerido que ejecute la orden de decomiso. Independientemente de quien inste el procedimiento, la materia objeto de la resolución sigue siendo la misma y los derechos a proteger con la medida, también.

En este sentido, tanto el decomiso civil como el penal pueden tener como derechos a salvaguardar los de los particulares, en los casos en los que la medida se adopte con ese objetivo[16]. Efectivamente, si el decomiso se ordena para indemnizar los daños y perjuicios sufridos por los particulares como consecuencia del delito, se considerará de naturaleza civil precisamente por el carácter civil de los derechos que se protegen con él.

No obstante, lo anterior, lo importante es estudiar lo que dicen las normas que regulan el reconocimiento y la ejecución de decisiones de decomiso para saber si, según ellas, esta medida tiene un carácter civil o penal y si los tribunales que pueden conocer de la solicitud de validez extraterritorial deben ser del orden civil o del penal, o

---

15 *Vid*. STJUE de 27 de marzo de 1979, *De Cavel*, asunto 143/78, ECLI:EU:C:1979:83, apartado 8; STJUE de 17 de noviembre de 1998, *Van Uden*, C-391/95, ECLI:EU:C:1998:543, apartado 33; STJUE de 18 de octubre de 2011, *Realchemie*, C-406/09, ECLI:EU:C:2011:668, apartados 40-41; STJUE de 26 de marzo de 1992, *Richert y Kockler*, C-261/90, ECLI: EU: C: 1992: 149, apartado 32.

16 *Vid*. en este sentido, Santander Abril "La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción del dominio y otras formas de comiso ampliado", en *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional de la Organización de Estados Americanos, 5ª ed., 2017: 431-432, 448-449.

de ambos. Así, por ejemplo, en España, como ya se ha mencionado antes, el decomiso, tanto penal como el determinado sin condena, sólo puede ser reconocido o ejecutado por tribunales penales[17]. Sin embargo, el Acuerdo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, suscrito en los Estados parte del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile —al que se ha adherido Perú—, se aplica a la reparación de daños y restitución de bienes pronunciadas en la jurisdicción penal (art. 18)[18]. También, el Código de Derecho Internacional Privado —Código Bustamante—, en el capítulo dedicado a la ejecución de resoluciones extranjeras, indica que podrán ejecutarse en su marco sentencias penales, en lo referente a la responsabilidad civil y los efectos sobre los bienes del condenado (art. 437)[19].

3. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL EN EL ÁMBITO EUROPEO

3.1. Caracteres

El reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales es el principio en el que se sustenta la cooperación judicial civil en el marco de la Unión Europea. Así lo indica el art. 81.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, en adelante) cuando establece que:

> La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento

---

17 Artículo 4 de la Ley 4/2010 de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso (BOE núm. 61, de 11 marzo 2010) que, como norma especial, se aplica con preferencia a la normativa general que regula el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil.

18 *Vid.* http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec0802s.asp.

19 *Vid.* Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), La Habana 20 de febrero de 1928 (https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo3.pdf).

> mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros[20].

Además, como medidas para conseguir ese objetivo de la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza y, en particular, cuando sea necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el TFUE recoge aquellas que garanticen "el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución" (art. 81.2.a).

El reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras se encuentra dentro del sector de la validez extraterritorial de decisiones; tercer sector que conforma el contenido del Derecho Internacional Privado, junto con el sector de la competencia judicial internacional y el de la ley aplicable (Calvo & Carrascosa, 2020b: 149). A través de la validez extraterritorial de decisiones, las resoluciones extranjeras pueden desplegar efectos procesales en un Estado distinto a aquel en el que han sido dictadas. Efectivamente, las sentencias judiciales sólo tienen efectos directos en el Estado en el que han sido dictadas (Calvo & Carrascosa, 2020a: 823). El Poder Judicial de cada ordenamiento dicta resoluciones judiciales con efectos en su territorio. Lo anterior, sin embargo, no significa que las decisiones emitidas en un país no puedan tener efectos en el extranjero. Así es, sí es posible que estas resoluciones desplieguen efectos fuera del Estado en el que han sido dictadas. No obstante, para ello es necesario desarrollar un procedimiento en el Estado requerido, a través del cual, se solicite que la resolución judicial extranjera despliegue efectos extraterritoriales. El juez de este Estado al que se le requiere que permita que la sentencia extranjera despliegue efectos, aplicando la normativa correspondiente, accederá a esa solicitud o la rechazará. Esto es, la sentencia extranjera no deja de ser extranjera y, por esta razón, el reconocimiento o la ejecución de la misma en otro país distinto a aquel en el que ha sido dictada no puede ser automática. En relación con ella, el juez competente debe realizar un control legal para determi-

---

20 *Vid.* en este sentido, Salerno(2015: 311).

nar si puede, o no, desplegar efectos en su territorio[21]. Este control será diferente dependiendo de la norma aplicable en cada supuesto.

En este contexto debemos hablar de dos Estados implicados, el Estado de origen y el Estado requerido. El Estado de origen es el país en el que ha sido dictada la sentencia que se pretende reconocer o ejecutar en el extranjero. El Estado requerido, que ya ha sido mencionado en el párrafo anterior, es aquel al que se le solicita el reconocimiento o la ejecución de la sentencia dictada en el Estado de origen. Según cuál sea el Estado de origen de la resolución, el juez del Estado requerido seleccionará en su ordenamiento la norma reguladora de la validez extraterritorial de decisiones aplicable.

Los efectos extraterritoriales que pueden desplegar las resoluciones judiciales se pueden conceder a través de dos procedimientos, el reconocimiento y la ejecución (Esplugues, 2014). En ambos casos, el objetivo del demandante es conseguir que la sentencia extranjera tenga efectos en el Estado requerido, sin embargo, dependiendo del tipo de resolución de que se trate y de los concretos efectos procesales que quiera el demandante que despliegue la sentencia, se iniciará el reconocimiento o la ejecución de la decisión extranjera. Así, a través de la ejecución, se solicita que la resolución judicial despliegue efectos ejecutivos y, por esta razón, sólo las sentencias que contengan un pronunciamiento ejecutivo, un pronunciamiento de condena, un pronunciamiento que sea susceptible de ejecución, podrán ser objeto de este procedimiento. A través del reconocimiento, sin embargo, se consigue que la resolución extranjera despliegue los efectos procesales que tienen las sentencias, entre otros, el efecto de cosa juzgada, por ejemplo. De este modo, cualquier resolución, sea ejecutiva, declarativa o constitutiva, podría ser objeto de reconocimiento. Este capítulo lo vamos a enfocar a la ejecución por el carácter ejecutivo de las resoluciones en materia civil objeto de estudio y porque la intención del solicitante de efectos extraterritoriales será, normalmente, la ejecución, bien de la responsabilidad civil derivada del delito, bien del decomiso.

---

21 *Vid.* AAP de Madrid, de 21 febrero 2008, JUR 2008\121935.

En un mundo globalizado, como es éste en el que nos encontramos, es necesario que exista esta posibilidad de validez extraterritorial de las resoluciones. La razón es clara. El escenario más habitual en el que se plantea la ejecución de sentencias es aquel en el que la parte perjudicada en una decisión con pronunciamiento de condena no quiere cumplir de manera voluntaria lo dispuesto por el órgano judicial. En esta situación, si, además, esta parte no posee bienes en el Estado donde se ha dictado la sentencia y, por tanto, la resolución no puede ser ejecutada en ese país de manera automática —Estado de origen—, la parte beneficiada, si quiere recibir la cantidad de dinero que recoge la resolución, deberá solicitar la ejecución forzosa de dicha decisión en el país en el que el deudor tenga bienes con los que poder hacer efectivo el pago —Estado requerido—. Por eso, en un contexto globalizado como es el actual y, centrándonos en las resoluciones en materia civil dictadas en relación con delitos de corrupción asociada al crimen organizo transnacional, es muy probable que concurra este escenario en el que el deudor no tenga bienes en el Estado de origen y sí los tenga en el Estado requerido al que los ha llevado para blanquear el dinero y/o para escapar de la Hacienda pública. Y, en esta situación, se hace necesario que exista esta posibilidad de reconocer y/o ejecutar las resoluciones judiciales en el extranjero para conseguir, así, que los pronunciamientos del Poder Judicial tengan efectividad plena. De lo contrario, sería muy fácil para la parte deudora que no poseyera bienes en el Estado de origen, no cumplir con lo dispuesto en la sentencia y no pagar. En este escenario, tendríamos una sentencia claudicante, una resolución que no puede desplegar efectos en el Estado en el que debería hacerlo. Las sentencias claudicantes son papel mojado, son decisiones en las que el órgano judicial resuelve el asunto planteado ante él pero que no pueden ser cumplidas. Y, desde esta perspectiva, en nada satisfaría a la parte acreedora que el juez establezca que la otra parte le debe determinada cantidad de dinero si, efectivamente, no pudiera recibirla. Desde otro punto de vista, cabría preguntarse, en esta situación, dónde quedaría el poder coactivo que se predica de los jueces, y que es necesario para hacer cumplir sus decisiones, si se dejara a la voluntad de las partes el cumplimiento de las mismas.

Precisamente, para facilitar el cumplimiento de las resoluciones judiciales, la regulación en materia de validez extraterritorial de las mismas tiende, en mayor o menor grado, a favorecer esa circulación de sentencias. Como es evidente, dependiendo del entorno espacial del que hablemos, la normativa existente en este tema será más o menos proclive a ese favorecimiento en el despliegue de efectos de las resoluciones judiciales. Así, por ejemplo, en el espacio de integración regional que representa la Unión Europea, el principio que inspira al legislador en esta materia es favorecer esa libre circulación de resoluciones. En este entorno, si bien la sentencia judicial seguirá siendo extranjera, sin embargo, "cualquier resolución dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro debe ser tratada como si se hubiera dictado en el Estado miembro requerido" (Considerando 26 Reglamento Bruselas I *bis*).

El legislador europeo, en materia de validez extraterritorial de decisiones, elabora normas que buscan la consecución de la libre circulación de resoluciones judiciales —y extrajudiciales— en el entorno de la Unión (Considerandos 1, 3, 4 y 6 del Reglamento Bruselas I bis). Libre circulación de resoluciones que, si bien no existe como tal, la doctrina ya habla de ella como la quinta libertad europea (*vid.* entre otros, Orejudo, 2006: 482); además de la libre circulación de mercancías, de servicios, de personas y de capitales, reconocidas en el art. 26.2 del TFUE. Esta idea se ve apoyada por la consideración del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales como la base de la cooperación civil con repercusión transfronteriza que deben desarrollar los Estados miembros para conseguir que la Unión Europea sea un espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 81 TFUE); reconocimiento mutuo sustentado en la confianza recíproca que debe existir en todos los Estados miembros (Lenaerts, 2018: 287-300; Guedes da Costa, 2015: 140 y 143). Así lo ha manifestado el Tribunal de Justicia europeo, entre otras, en la STJCE 28 marzo 2000. Y lo hizo, en estos términos:

> Procede recordar que el Convenio [Convenio de Bruselas de 1968, antecesor del Reglamento 44/2001] pretende facilitar, en la mayor medida posible, la libre circulación de resoluciones, estableciendo un procedimiento de exequatur simple y rápido (vid., entre otras, las sentencias de 2 de junio de 1994, Solo Kleinmotoren, C-414/92, Rec.

p. I-2237, apartado 20, y de 29 de abril de 1999, Coursier, C-267/97, Rec. p. I-2543, apartado 25)[22].

Este objetivo de facilitar la circulación de resoluciones, como ya se ha comentado, inspira la regulación que el legislador europeo ha elaborado en materia civil y mercantil. Y, además, fundamenta la interpretación teleológica que debe realizarse de estas normas[23]. Así, en el marco de esta normativa europea, la regla general es el reconocimiento o la ejecución de resoluciones y, la excepción, el no reconocimiento o la no ejecución de las mismas[24]. Por esta razón, lo habitual es que en estos textos se enumeren una serie de motivos tasados de denegación del reconocimiento y la ejecución, que dichos motivos se interpreten de manera estricta y que deban ser alegados a instancia de parte. Todo lo anterior, para que concurran en el menor número de casos posibles y sea, así, el mayor número de casos posibles el que se beneficie de la libre circulación por el territorio de los Estados miembros. Sin embargo, en defecto de la aplicación de la normativa de producción europea, esto es, en relación con resoluciones que procedan de terceros Estados no europeos, salvo que haya algún convenio bilateral o multilateral aplicable, los países de la Unión tendrán que utilizar sus normas de producción interna en esta materia de validez extraterritorial de decisiones para decidir si la resolución extranjera puede, o no, ser reconocida o ejecuta-

---

22 *Vid.*: STJCE 28 marzo 2000, *Krombach,* C-7/98, ECLI:EU:C:2000:164, apartado 19. El Reglamento 44/2001 es el antecesor del actual Reglamento 1215/2012 (Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, DOCE L12, de 16 enero 2001). Convenio de Bruselas de 1968 relativa a la competencia judicial y la ejecución de decisiones en materia civil y comercial, DO L299, de 31 diciembre 1972.

23 *Vid.*: STJCE 4 octubre 1991, *Dalfsen*, ECLI:EU:C:1991:379, apartado 21; STJCE 4 febrero 1988, *Hoffmann*, ECLI:EU:C:1988:61: "10 Procede señalar a este respecto que el Convenio 'tiende a facilitar, en la medida de lo posible, la libre circulación de sentencias' y que 'es con este espíritu como debe interpretarse'".

24 STJCE 28 marzo 2000, *Krombach,* C-7/98, ECLI:EU:C:2000:164, apartado 21; STJCE 2 junio 1994, *Kleinmotoren*, C-414/92, ECLI:EU:C:1994:221, apartado 20, Informe Jenard, p. 160.

da en sus territorios. Y, precisamente por encontrarnos fuera del ámbito europeo, lo habitual es que las condiciones para acceder al reconocimiento o ejecución de resoluciones de terceros Estados sean mucho más estrictas y difíciles de cumplir. En este sentido, si el Estado requerido fuera España, las autoridades judiciales deberían aplicar la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (LCJIMC), en la cual, sin entrar en detalles, existen más motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución que los previstos en la normativa europea, por ejemplo (art. 46 LCJIMC) (De Miguel Asensio, 2017: 87-88).

Por último, respecto de los efectos que debe desplegar la resolución extranjera en el Estado requerido, dependen del sistema que siga el ordenamiento de este país. Así, es posible que se tengan en cuenta los efectos que tienen las resoluciones en el Estado de origen —sistema de la extensión de los efectos— o que se considere que los efectos sean los que tienen las sentencias en el Estado requerido, nacionalizando, de esta manera, las sentencias extranjeras —sistema de equiparación de los efectos— (Calvo & Carrascosa, 2020a: 829-830). En la Unión Europea, por ejemplo, se sigue el primero de ellos, entre otras razones, porque lo que se pone en valor es el carácter extranjero de la resolución y, con ello, el respecto por la multiculturalidad y por los ordenamientos foráneos. De esta manera, los efectos que la sentencia extranjera puede desplegar en el Estado requerido son los previstos en el Estado de origen, si bien, realizando las adaptaciones que fueran necesarias para su convivencia en ese país. Tal como indica el Informe Jenard (1990: 160), "El reconocimiento deberá tener como resultado la atribución a las resoluciones de la autoridad y eficacia que poseen en el Estado donde han sido dictadas"[25].

---

[25] En el mismo sentido se pronuncian la STJCE de 4 febrero 1988, *Hoffmann,* asunto 145/86, ECLI:EU:C:1988:61 (apartado 10), la STJUE de 28 abril 2009, *Apostolides,* C-420/07, ECLI:EU:C:2009:271 (apartado 66), la STJUE de 13 octubre 2011, *Prism,* C-139/10, ECLI:EU:C:2011:653 (apartado 38) y la STJUE de 15 noviembre 2012, *Gothaer,* C-456/11, ECLI:EU:C:2012:719 (apartado 34).

Siguiendo con lo anterior, para que la resolución extranjera pueda tener efectos ejecutivos en el Estado requerido, debe tener ese carácter ejecutivo en el Estado de origen. Así, "Por tanto, el carácter ejecutorio de la resolución judicial en el Estado miembro de origen constituye un requisito para la ejecución de la misma en el Estado miembro requerido (véase la sentencia de 29 de abril de 1999, Coursier, C-267/97, Rec. p. I-2543, apartado 23). A este respecto, aunque, en principio, el reconocimiento debe producir el efecto de atribuir a las resoluciones la autoridad y la eficacia con que cuentan en el Estado miembro en el que han sido dictadas (véase la sentencia Hoffmann, antes citada, apartados 10 y 11), no hay razones para dar a una resolución extranjera, en el momento de su ejecución, derechos que no tiene en el Estado miembro de origen [véase el Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, elaborado por el Sr. Jenard (DO 1979, C 59:48; texto en español en DO 1990, C 189: 122)] o efectos que no produciría una resolución del mismo tipo dictada directamente en el Estado miembro requerido"[26].

En cuanto a las adaptaciones necesarias en los casos en los que los efectos previstos en el Estado de origen no existan en el Estado requerido, el Reglamento Bruselas I bis indica que:

> Si una resolución contiene una medida u orden que no sea conocida en el ordenamiento del Estado miembro requerido, dicha medida u orden, así como todo derecho indicado en la misma, debe adaptarse, en lo posible, a una medida u orden que, en el ordenamiento de dicho Estado miembro, tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad similar. Corresponde a cada Estado miembro determinar cómo proceder a tal adaptación y quién debe realizarla (Considerando 28).

Otros caracteres del reconocimiento y la ejecución en el entorno europeo son que el juez del Estado requerido no debe revisar el fondo del asunto y tampoco debe controlar la competencia del juez del Estado de origen. En relación con lo primero, el órgano judicial competente no puede cuestionar la ley aplicable o la interpretación

---

26 *Vid.*: STJUE de 28 abril 2009, Apostolides, C-420/07, ECLI:EU:C:2009:271 (apartado 66). *Vid.*, también, en este sentido, STJUE de 13 octubre 2011, C-139/10, Prism, ECLI:EU:C:2011:653 (apartado 38).

que el juez del Estado de origen ha hecho en su aplicación al caso concreto[27]. Respecto de lo segundo, el juez del Estado requerido no puede rechazar el reconocimiento o la ejecución de la resolución extranjera justificando su negativa en el hecho de que el juez del Estado de origen se ha declarado competente sin tener foro para ello. Dicho de otra manera, en estos procedimientos de validez extraterritorial no puede controlarse el foro en virtud del cual el juez ha dictado la resolución sobre la que ahora se solicita efectos procesales en el Estado requerido[28]; salvo los foros en contratos con parte débil y los foros exclusivos. De todo lo anterior se deduce que el hecho de que el juez del Estado de origen haya conocido del caso en virtud de un foro exorbitante, por ejemplo, no es motivo suficiente para rechazar el reconocimiento o ejecución; ni siquiera acudiendo al orden público como motivo de denegación[29].

Es importante destacar en este punto que la Unión Europea se ha adherido al Convenio sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil o mercantil, hecho en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado el 2 de julio de 2019, aplicable a las relaciones entre los Estados UE —excepto Dinamarca— y el resto de países contratantes de la norma[30]. El Convenio todavía no ha entrado en vigor y ha sido firmado, a fecha de 2 de marzo de 2022, por Costa Rica, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Israel, Ucrania y Uruguay[31].

---

27 STJCE 28 marzo 2000, *Krombach,* C-7/98, ECLI:EU:C:2000:164, apartados 36 y 37; Informe Jenard, 1990: 162 y 163.

28 *Vid.*: STJCE 28 marzo 2000, *Krombach,* C-7/98, ECLI:EU:C:2000:164, apartados 31-33; STS 12 diciembre 1999, RJ 1999\8864; SAP Zaragoza, de 30 marzo 2004, JUR 2004\137114, Informe Jenard,1990: p. 161.

29 *Vid.*: STJCE 28 marzo 2000, *Krombach,* C-7/98, ECLI:EU:C:2000:164, apartados 31-33:

30 *Vid.* Decisión (UE) 2022/1206, del Consejo, de 12 de julio de 2022, relativa a la adhesión de la Unión Europea al Convenio sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil o mercantil, DOUE L187, de 14 julio 2022.

31 *Vid.*: https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=137.

3.2. Reglamento 1215/2012: Bruselas I bis

3.2.1. Ámbito de aplicación

En la Unión Europea, el Reglamento 1215/2012 es la norma más importante en esta materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales civiles dictadas en relación con procesos de corrupción asociada al crimen organizado transfronterizo. Como ya hemos comentado anteriormente, estas decisiones civiles serán, normalmente, sobre responsabilidad civil derivada del delito y órdenes de decomiso. El Reglamento europeo se encuentra en el ordenamiento de todos los Estados miembros de la Unión.

Es muy importante señalar desde el principio que el Reglamento 1215/2012, en relación con este tercer sector del Derecho Internacional Privado, prescribe el reconocimiento y la ejecución de "resoluciones", entendiendo como tales, "cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, con independencia de la denominación que reciba, tal como auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución, así como el acto por el cual el secretario judicial liquide las costas del proceso" (art. 2.a). En este sentido, como también se ha mencionado, es indiferente la naturaleza del órgano jurisdiccional que ha dictado la resolución, lo importante es que el objeto de la misma sea civil en el sentido de que se protejan con ella derechos de los particulares[32]. Por lo tanto, una decisión dictada por un juez penal puede ser objeto de reconocimiento y/o ejecución en virtud del texto reglamentario. Abundando más en esta idea, el art. 1.1 del Reglamento indica que esta norma se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional (Calvo & Carrascosa, 2020c: 3796).

---

[32] *Vid.*: STJUE de 27 de marzo de 1979, *De Cavel*, asunto 143/78, ECLI:EU:C:1979:83, apartado 8; STJUE de 17 de noviembre de 1998, *Van Uden*, C-391/95, ECLI:EU:C:1998:543, apartado 33; STJUE de 18 de octubre de 2011, *Realchemie*, C-406/09, ECLI:EU:C:2011:668, apartados 40-41; STJUE de 26 de marzo de 1992, *Richert y Kockler*, C-261/90, ECLI:EU:C:1992:149, apartado 32.

La resolución en materia civil objeto de la solicitud de reconocimiento y/o ejecución puede no ser firme[33]. El no exigir firmeza a la decisión puede conllevar el problema de dar efectos procesales a una resolución que, después, pueda cambiar de pronunciamiento en el Estado en el que ha sido dictada. Para evitar que esto ocurra, el texto normativo permite que el juez del Estado requerido pueda suspender el procedimiento de ejecución y esperar a que la sentencia sea firme para reanudarlo. Esta posibilidad la puede hacer efectiva, por un lado, si se ha solicitado su reconocimiento y/o ejecución antes de que haya pasado el plazo para ser recurrida y, por otro, antes de que haya concluido el recurso ya planteado frente a ella en el Estado de origen de la resolución (art. 51). Como puede observarse, se trata de una posibilidad que tiene el órgano jurisdiccional, no es una obligación para él la suspensión del procedimiento.

Otro requisito para que sea aplicable el Reglamento 1215/2012 es que la resolución en materia civil haya sido dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la Unión Europea —Estado de origen— y se solicite su reconocimiento y/o ejecución a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro —Estado requerido—. Las resoluciones objeto de reconocimiento y/o ejecución con base en el Reglamento europeo deben ser judiciales[34]. Será en el Estado requerido en el que el órgano jurisdiccional competente aplique el Reglamento 1215/2012 para aceptar o rechazar la petición de reconocimiento o ejecución planteada ante él. El concepto de órgano jurisdiccional que puede deducirse de la norma es el de autoridades que tengan competencia en asuntos incluidos en [su] ámbito de aplicación y (art. 3).

---

33 Informe Jenard: 161.

34 El Reglamento recoge dos excepciones a este carácter judicial de la resolución. En efecto, en el artículo 3 indica que serán órganos jurisdiccionales los notarios, en Hungría, en relación con los procedimientos abreviados de requerimientos de pago, y el servicio de cobro ejecutivo, en Suecia, en relación con procedimientos abreviados de requerimientos de pago y de asistencia. También considera órgano jurisdiccional al Tribunal de Justicia del Benelux, tribunal común a varios Estados miembros, en la medida en que ejerza su competencia en asuntos cubiertos por el ámbito de aplicación de la norma (Considerando 11).

3.2.2. Procedimiento

A lo largo de este capítulo hemos estado utilizado el término ejecución en sentido amplio. Por lo tanto, hemos hablado de ejecución como el procedimiento para conseguir que la sentencia extranjera despliegue efectos ejecutivos en el Estado requerido. Sin embargo, normalmente, para conseguir que una sentencia sea ejecutada en el extranjero es preciso que tenga que superar dos procedimientos. Así es, es habitual que la normativa reguladora requiera que la resolución supere un primer proceso de exequátur —declaración previa de ejecutividad— para que, después, pueda ser ejecutada materialmente en el Estado en cuestión.

El exequátur es el "mecanismo que convierte la decisión extranjera en un título ejecutivo en el Estado requerido" (Calvo & Carrascosa, 2020a: 836). Dicho de otra manera, es la declaración previa de ejecutividad que puede tener que superar la resolución extranjera antes de ser ejecutada materialmente. Así es, en el proceso de ejecución en el Estado requerido, entendido éste en sentido amplio, la resolución extranjera puede tener que transitar por dos procedimientos. En primer lugar, puede tener que superar el exequátur o declaración previa de ejecutividad. En segundo lugar, debe superar la ejecución material. Como vemos, el prescindible es el primero, el procedimiento de exequátur, el cual puede exigirse o no.

Tratándose de una resolución extranjera, es obvio que no puede ser ejecutada automáticamente en el Estado requerido como si fuera nacional. El órgano judicial requerido debe realizar cierto control de la sentencia para proceder, o no, a ejecutarla. Dependiendo de la confianza que se tenga en la jurisdicción extranjera, este control será más estricto o menos. Efectivamente, cada ordenamiento jurídico se rige por sus propios principios, es autónomo respecto de los demás, y esto supone que se tenga que efectuar ese control de las resoluciones extranjeras para no introducir en el Estado requerido pronunciamientos que, por ejemplo, atenten contra el orden público de ese ordenamiento.

En el entorno europeo se persigue la libre circulación de resoluciones, el legislador intenta facilitar todo lo posible la ejecución de las mismas; motivado, además, por la confianza recíproca que debe

existir entre todos los Estados miembros. Es en este contexto en el que, en materia civil y mercantil, se ha suprimido el exequátur en el Reglamento 1215/2012 con ese objetivo de acercamiento a la libre circulación. Ahora bien, esto no significa que las resoluciones europeas sean directa y automáticamente ejecutadas en cualquier Estado miembro, ya que, los motivos de denegación siguen existiendo, pero antes se controlaban en el procedimiento de exequátur y ahora se tienen en cuenta en el procedimiento de ejecución material[35]. Si bien, como decíamos, el filtro sigue siendo el mismo y las resoluciones europeas que antes no superaban el exequátur ahora no superan la ejecución, lo cierto es que, con la supresión de la declaración previa de ejecutividad se agiliza mucho el proceso, tanto en tiempo como en costes, por el ahorro que supone pasar de dos procedimientos para conseguir la ejecución de la sentencia extranjera, a uno solo.

La solicitud de ejecución de la sentencia extranjera se plantea en primera instancia y, si la persona contra la que se solicita la ejecución se opusiese a ésta, se iniciará un procedimiento de denegación de la ejecución que comienza en primera instancia y puede ser objeto de dos recursos (arts. 47, 49 y 50). Así, en España, los tribunales competentes en este procedimiento de denegación de la ejecución son el juzgado de primera instancia, la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo, respectivamente[36]. En Italia, por ejemplo, la competencia la tienen los *tribunali ordinario*, la *corte d'apello* y la *corte di casazzione*[37].

Los motivos de oposición a la ejecución se encuentran en el art. 45 del Reglamento y son los siguientes:

1. Si el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido (art. 454.1.a). Así, el orden público internacional de un Estado está formado por los principios

---

35 El Reglamento 44/2001, antecesor del actual Reglamento 1215/2012, sí se exigía el exequátur como presupuesto para la ejecución material de la resolución extranjera.

36 *Vid.*: https://e-justice.europa.eu/350/ES/brussels_i_regulation_recast?SPAIN&member=1.

37 *Vid.*: https://e-justice.europa.eu/350/ES/brussels_i_regulation_recast?ITALY&clang=it.

fundamentales que sostienen el ordenamiento jurídico[38]. Se trata de un orden público sectorial, en el sentido de que cada materia del ordenamiento puede tener sus propios principios fundamentales. Por otro lado, el contenido del orden público, esto es, los principios que lo conforman, van cambiando según la evolución de la sociedad y de la legislación. Su contenido, por tanto, no es estático. En todo caso, el Tribunal de Justicia ha reconocido que los principios recogidos en el Convenio Europeo de Derecho Humanos sí forman parte del orden público de todos los Estados miembros de la Unión Europea[39].

El orden público supone un obstáculo a la entrada de resoluciones extranjeras que puedan vulnerarlo —también, a la aplicación de leyes extranjeras que puedan contradecirlo—. Y debe ser tenido en cuenta de manera excepcional[40].

2. Cuando la resolución se haya dictado en rebeldía, si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no haya recurrido contra dicha resolución cuando pudo hacerlo" (art. 45.1.b).

En segundo lugar, la vulneración de los derechos de defensa del demandado que ha permanecido en rebeldía en el proceso de origen. En este caso, son tres los requisitos que deben cumplirse para que concurra este motivo de denegación.

Primero, los derechos de defensa que se protegen son la notificación en tiempo y la notificación en forma de la demanda. Así es, la demanda debe haberse notificado con tiempo suficiente para preparar la defensa y en la forma adecuada para que el demandado sepa de la existencia de un proceso contra él[41].

---

38 *Vid.*: STJCE de 28 marzo 2000, Krombach, C-7/98, ECLI:EU:C:2000:164, apartado 37.

39 *Vid.*: STJCE de 28 marzo 2000, Krombach, C-7/98, ECLI:EU:C:2000:164, apartado 25.

40 *Vid.*: STJCE de 4 febrero 1988, Hoffmann, asunto 145/86, ECLI:EU:C:1988:61, apartado 21; STJCE de 10 octubre 1996, Hendrikman, C-78/95, ECLI:EU:C:1996:380, apartado 23.

41 *Vid.*: STS 28 noviembre 2007 [RJ 2008\31 (*Tol 1213861*)], respecto de la forma de notificación de la demanda; STS 5 noviembre 2001

En este sentido, siguiendo la interpretación que se ha dado a este mismo motivo en el marco del Reglamento 44/2001, antecesor del actual Reglamento Bruselas I bis, el juez del Estado requerido debe determinar, según su criterio, si ha habido esta vulneración[42]; de forma discrecional, por tanto. Y lo debe hacer *in casu*, teniendo en cuenta el caso concreto (Calvo & Carrascosa, 2020c: 3896, 3901).

Segundo, el demandado ha debido permanecer en rebeldía en el proceso de origen, precisamente como consecuencia de la no notificación de la demanda en tiempo o en forma; no puede ser una rebeldía por conveniencia, debe ser una rebeldía forzosa.

En este caso, rebeldía es un concepto autónomo que puede no coincidir con el que existe en los ordenamientos nacionales[43]. Se entiende que el demandado ha permanecido en rebeldía cuando no ha podido defenderse en el proceso, bien por no estar presente en él, bien por no tener quien le represente en el juicio (Calvo & Carrascosa, 2020c: 3902).

Por último, también se requiere que el demandado haya recurrido en el Estado de origen esta vulneración de sus derechos de defensa, si ha tenido posibilidad de hacerlo.

En relación con esto, el Tribunal de Justicia europeo interpreta el concepto "posibilidad" de interponer un recurso contra la resolución, alegando dicha conculcación de los derechos, de la siguiente manera: "A la luz de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones planteadas que el art. 34, número 2, del Reglamento no 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que un demandado únicamente 'tiene la posibilidad' de interponer un recurso contra una resolución dictada en rebeldía, si efectivamente ha conocido el contenido de la misma por medio de la entrega o notificación

---

(ECLI:ES:TS:2001:8595), en relación con el tiempo otorgado para contestar a la demanda.

42 *Vid.*: STJUE, 6 septiembre de 2012, Trade Agency, C-619/10, ECLI: EU: C: 2012: 531, apartado 33.

43 *Vid.*: en este sentido, STJCE 21 abril 1993, Sonntag, C-172/91, ECLI:EU:C:1993:144; STJCE 10 octubre 1996, Hendrikman, C-78/95, ECLI:EU:C:1996:380.

efectuada con tiempo suficiente para poder defenderse ante el órgano jurisdiccional del Estado de origen"[44].

3. Si la resolución es inconciliable con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido (art. 45.1.c).

En tercer lugar, la incompatibilidad de la resolución que se pretende ejecutar con otra, dictada entre las mismas partes, existente en el Estado requerido. El precepto no requiere que la resolución del Estado requerido sea anterior pero la doctrina considera que debe exigirse este requisito (Calvo & Carrascosa, 2020c: 3904).

4. Si la resolución es inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado miembro o un Estado tercero entre las mismas partes en un litigio que tenga el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido (art. 45.1.d).

En cuarto lugar, la incompatibilidad de la resolución con otra anterior, dictada en otro Estado miembro o en un tercer Estado, entre las mismas partes, con el mismo objeto y la misma causa, y que sea susceptible de ser reconocida en el Estado requerido.

5. En caso de conflicto de la resolución con lo dispuesto en: i) el capítulo II, secciones 3, 4 o 5, en el supuesto de que el demandado sea el tomador del seguro, el asegurado, un beneficiario del contrato de seguro, la persona perjudicada, el consumidor o el trabajador, o ii) el capítulo II, sección 6

Las secciones 3, 4, 5 y 6 del capítulo II recogen los foros de competencia en materia de contratos de seguros, contratos de consumidores, contratos de trabajo y en materias objeto de foros exclusivos.

3.3. Convenio de Lugano II

Todo lo expuesto en relación con el Reglamento Bruselas I bis puede ser aplicado al Convenio de Lugano II, sabiendo, eso sí, que

---

[44] *Vid.* STJCE 14 diciembre 2006, *ASML Netherlands*, C-283/05, ECLI:EU:C:2006:787, apartado 49.

los Estados parte de la norma son todos los Estados miembros de la Unión Europea y Noruega, Suiza e Islandia y que el texto convencional regula el exequátur o declaración previa de ejecutividad.

En efecto, en relación con lo primero, el Convenio de Lugano II será aplicado cuando el Estado de origen o el Estado requerido sea Noruega, Suiza o Islandia. Respecto de lo segundo, la norma prescribe un procedimiento de exequátur que se caracteriza por que es automático en primera instancia —exequátur de plano—. De esta manera, todo lo explicado en relación con el procedimiento de denegación de la ejecución del Reglamento 1215/2012 se puede extrapolar al procedimiento de exequátur del Convenio con la salvedad de que, en el texto convencional, en primera instancia no se da audiencia al demandado y, por ello, no se pueden alegar los motivos de denegación para oponerse a la declaración previa de ejecutividad. Por lo tanto, el exequátur en primera instancia es automático y, en la instancia superior, a través de recurso fundamentado en alguno de los motivos de denegación del exequátur, el demandado podrá oponerse a la declaración previa de ejecutividad. Así, el procedimiento de exequátur comienza en primera instancia y pueden interponerse dos recursos. En España, los Juzgados de Primera Instancia son los competentes para iniciar el procedimiento (Anexo II). La resolución dictada por ellos puede ser objeto de un recurso de apelación, ante la Audiencia Provincial correspondiente (Anexo III). Por último, la decisión dictada en apelación puede ser recurrida en casación ante el Tribunal Supremo (Anexo IV). En Italia, por ejemplo, los tribunales competentes en cada una de las tres instancias son la *Corte d'appello* (Anexos II y III) y *Corte di Casazzione* (Anexo IV).

3.4. Análisis comparado

En el entorno de la Unión Europea los términos en los que se pronuncian los textos son proclives al reconocimiento y ejecución de las resoluciones. El Reglamento europeo 1215/2012, por ejemplo, está redactado poniendo de manifiesto la tendencia a la libre circulación de resoluciones y, por tanto, partiendo del principio general de reconocimiento y ejecución, y planteando los motivos de denegación como excepciones a la validez extraterritorial. También, siguiendo

con la idea de favorecer la libre circulación de resoluciones en el entorno europeo, el Reglamento 1215/2012 recoge escasos y tasados motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución.

4. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL EN EL ÁMBITO EUROPEO

4.1. Acuerdo entre países de MERCOSUR y Chile y Bolivia, al que se adhirió Perú

El Acuerdo mencionado regula, entre otras cuestiones, el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales, en materia civil, comercial, laboral y administrativa, entre los Estados parte (capítulo V)[45]. Como consta en el preámbulo, el Acuerdo ha sido suscrito entre los países de MERCOSUR —Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay—, Chile y Bolivia. Posteriormente, el 6 de diciembre de 2012, Perú se adhirió al Acuerdo[46].

El Acuerdo se aplica, también, a la reparación de daños y restitución de bienes pronunciadas en la jurisdicción penal (art. 18). Por otro lado, la sentencia sobre la que se solicite el reconocimiento o la ejecución debe ser firme (art. 20).

En el marco supranacional de este Acuerdo, por comparación con el europeo, no se especifica qué efectos tendrá la resolución del Estado de origen en el Estado requerido; si los efectos que tiene en

---

45 *Vid.*: MERCOSUR/CMC/DEC Núm. 08/02- Acuerdo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los Estados parte del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile (http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec0802s.asp).

46 *Vid.*: MERCOSUR/CMC/DEC Núm. 50/12- Adhesión de la República del Perú al "Acuerdo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los Estados parte del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile" (http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/DEC_050_2012_s.pdf).

el primero o los que tienen las sentencias en el segundo. Lo que sí se indica, y seguimos haciendo la comparativa con la regulación europea, en concreto, con el Reglamento Bruselas I bis, es que el juez del Estado requerido debe controlar la competencia en base a la que el órgano jurisdiccional del Estado de origen ha dictado la sentencia que se pretende reconocer o ejecutar (art. 20.c). Y, en este sentido, el control de la competencia es muy parecido al existente en la norma de producción interna española, esto es, el juez del Estado requerido determinará si el órgano judicial del Estado de origen fue competente para dictar la resolución aplicando sus propias normas de competencia en asuntos internacionales. Por otro lado, en este entorno latinoamericano, se distinguen los dos procedimientos que diferenciamos en el marco europeo, el reconocimiento y la ejecución. De esta manera, se puede solicitar uno, el otro o los dos (arts. 20.e y f). Por último, los motivos para denegar el reconocimiento y/o la ejecución que existen en el Reglamento europeo Bruselas I bis se establecen, en el marco de la Convención, como condiciones que debe cumplir la sentencia para que despliegue efectos extraterritoriales en el Estado requerido. Según el precepto 20 del Acuerdo, la resolución judicial debe reunir los siguientes requisitos para que pueda ser reconocida y/o ejecutada en el Estado requerido:

> a) que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden; b) que éstos y los documentos anexos que fueren necesarios, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado en el que se solicita su reconocimiento y ejecución; c) que éstos emanen de un órgano jurisdiccional o arbitral competente, según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional; d) que la parte contra la que se pretende ejecutar la decisión haya sido debidamente citada y se haya garantizado el ejercicio de su derecho de defensa; e) que la decisión tenga fuerza de cosa juzgada y/o ejecutoria en el Estado en el que fue dictada; f) que no contraríen manifiestamente los principios de orden público del Estado en el que se solicitare el reconocimiento y/o la ejecución.

Como acaba de exponerse, entre estas condiciones se encuentra la legalización y la traducción al idioma oficial del Estado requerido. Por su parte, el art. 22 añade el motivo de la incompatibilidad que también existe en el Reglamento 1215/2012. Según este precepto, si se hubiera iniciado antes un proceso entre las mismas partes, con el

mismo objeto y la misma causa en el Estado requerido, la resolución dictada en el Estado de origen —en un procedimiento iniciado con posterioridad— no se podría reconocer ni ejecutar. Igualmente, si la sentencia del Estado de origen se ha dictado entre las mismas partes y tiene el mismo objeto y la misma causa que otra sentencia que se haya dictado anteriormente o de manera simultánea en el Estado de origen, solo si no es incompatible con esta última podrá ser reconocida y/o ejecutada.

4.2. Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979

Son 10 los Estados que forman parte de este texto convencional. Se trata de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela[47].

La Convención se aplica a la validez extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales en procesos civiles, comerciales y laborales, así como de sentencias penales en relación con la indemnización por los perjuicios derivados del delito (art. 1). Serán objeto de la presente Convención tanto las resoluciones que pongan fin al procedimiento como las dictadas por autoridades que ejerzan la función jurisdiccional (art. 1).

El texto convencional no menciona el reconocimiento ni la ejecución, menciona la validez extraterritorial, si bien, como condición para que las resoluciones desplieguen efectos en otro Estado contratante, la Convención señala, entre otros, "el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados" (art. 2.g).

Al igual que ocurre en el marco del Acuerdo del apartado anterior, y a diferencia de lo que sucede en el entorno europeo con el Reglamento 1215/2012, el juez del Estado requerido controlará la competencia del juez del Estado de origen, si bien, en este caso no se

---

47 *Vid.*: https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-41.html.

dice cómo. También, el órgano jurisdiccional del Estado requerido controlará el cumplimiento de determinadas condiciones para que se proceda a la validez extraterritorial de las resoluciones (art. 2). Estas condiciones son las siguientes:

> (a) Que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden; (b) Que la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional y los documentos anexos que fueren necesarios según la presente Convención, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efecto; (c) Que se presenten debidamente legalizados de acuerdo con la ley del Estado en donde deban surtir efecto; (d) Que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto; (e) Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efecto; (f) Que se haya asegurado la defensa de las partes; (g) Que tengan el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados; (h) Que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución.

Como vemos, entre ellas se encuentran la traducción al idioma oficial del Estado requerido y la legalización de acuerdo con la legislación de dicho Estado.

Se admite la eficacia parcial de la resolución judicial, cuando no la pueda tener en su totalidad y lo pida la parte interesada (art. 4).

En cuanto al procedimiento, el texto convencional remite al Derecho procesal del Estado requerido (art. 6).

Esta Convención de Montevideo se complementa con la Convención Interamericana de 1984, sobre jurisdicción en la esfera internacional para la validez extraterritorial de sentencias extranjeras, hecha en La Paz el 24 de mayo de 1984 —Convención de La Paz—[48].

---

48 *Vid.*: https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-50.html.

4.3. Código de Bustamante de 1928

El Código de Bustamante regula la "ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros" en materia civil en el capítulo I del título X (arts. 423-433)[49]. En el capítulo III, dedicado a la materia penal, se indica que podrán ejecutarse sentencias penales, en lo referente a la responsabilidad civil y los efectos sobre los bienes del condenado, si han sido dictadas por juez competente según este Código y con audiencia del demandado y cuando cumplan las condiciones del capítulo I (art. 437).

Este capítulo I se aplica a las sentencias civiles y contencioso-administrativas que se dicten en un Estado contratante y que reúnan las siguientes condiciones:

1. Que tenga competencia para conocer del asunto y juzgarlo, de acuerdo con las reglas de este Código, el juez o tribunal que la haya dictado.
2. Que las partes hayan sido citadas personalmente o por su representante legal, para el juicio.
3. Que el fallo no contravenga el orden público o el derecho público del país en que quiere ejecutarse.
4. Que sea ejecutorio en el Estado en que se dicte.
5. Que se traduzca autorizadamente por un funcionario o intérprete oficial del Estado en que ha de ejecutarse, si allí fuere distinto el idioma empleado.
6. Que el documento en que conste reúna los requisitos necesarios para ser considerado como auténtico en el Estado de que proceda, y los que requiera para que haga fe la legislación del Estado en que se aspira a cumplir la sentencia (art. 423).

---

[49] *Vid.*: Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), La Habana 20 de febrero de 1928 (https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo3.pdf).

Los Estados contratantes son Bahamas, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela[50].

El orden público al que alude el punto 3 del precepto 423 puede definirse como "el conjunto de valores y principios que constituyen la base misma del ordenamiento jurídico nacional" (Esplugues, 2014).

El Código establece las condiciones que deben cumplir las sentencias para que puedan ser ejecutadas, pero no estipula todos los aspectos del procedimiento, regula solo algunos de ellos y, en relación con los demás, remite a la legislación del foro (art. 424). En este punto, cada país seguirá sus propios trámites y, en muchos de ellos, se deberá solicitar el exequátur en la instancia más alta de la jurisdicción antes de proceder a la ejecución material de la resolución ante un tribunal inferior —Brasil, Chile o Colombia, por ejemplo, como se verá más adelante (Amado, 2014: 32)—.

Este Código regula el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras a través del trámite del exequátur. Sin embargo, para que las decisiones firmes tengan el efecto de cosa juzgada no será necesario superar el trámite de exequátur, simplemente con que cumplan las condiciones recogidas en el capítulo tendrán este efecto *res judicata* (art. 431). Esto es, el Código Bustamante regula un reconocimiento por homologación y un reconocimiento incidental y, en los dos casos, si solo se pretende que la sentencia despliegue el efecto de cosa juzgada, no deberá seguir el trámite de exequátur (Pezo, 2006: 333). Ahora bien, como indica el texto, la resolución debe ser firme (art. 431).

El Código Bustamante, en definitiva, es un texto de aplicación reducida por diversas causas (Esplugues, 2014). En primer lugar, por el escaso número de Estados que son parte del mismo. En segundo lugar, por las soluciones "profundamente arcaicas y de difícil puesta en práctica" (*Ídem.*). Y, en tercer lugar, por las reservas que han hecho los países contratantes a su aplicación en su territorio.

---

50 *Vid.*: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-31_Codigo_Bustamente_firmas.asp.

4.4. Análisis comparado

Es evidente que, en el marco de los convenios internacionales, la confianza recíproca entre los Estados contratantes conlleva que las condiciones para que se reconozcan o ejecuten las resoluciones dictadas en ellos sean más flexibles y fáciles de cumplir que si la decisión procede de un Estado que no es parte de la norma. Si bien, se observa que en el entorno de la Unión Europea la normativa favorece más el reconocimiento y ejecución de las resoluciones que en el marco latinoamericano. Entre otras razones, el Reglamento europeo 1215/2012, por ejemplo, regula motivos para denegar la validez extraterritorial y los textos latinoamericanos estudiados enuncian condiciones que deben cumplir las resoluciones para que puedan ser ejecutadas. Así es, el Reglamento europeo está redactado poniendo de manifiesto la tendencia a la libre circulación de resoluciones y, por tanto, partiendo del principio general de reconocimiento y ejecución y planteando los motivos de denegación como excepciones a la validez extraterritorial. Los textos latinoamericanos, en cambio, directamente enumeran una serie de condiciones que deben cumplir las resoluciones para que puedan desplegar efectos en su territorio, no deduciéndose, por tanto, esa regla general del reconocimiento y ejecución. Sin embargo, en las normas de producción interna de los países europeos analizados también se formulan condiciones o requisitos que deben cumplir las resoluciones extranjeras extraeuropeas para que tengan efectos en estas jurisdicciones.

Por otro lado, mientras que en el marco europeo se regula el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, en el entorno latinoamericano se menciona solo la ejecución o exequatur —salvo en el Acuerdo de los países del MERCOSUR y Bolivia, Chile y Perú—. Del mismo modo, el Reglamento europeo 1215/2012 ha suprimido el exequátur como paso previo para la ejecución material de la resolución extranjera y las normas latinoamericanas prescriben este procedimiento de declaración previa de ejecutividad.

También, siguiendo con la idea de facilitar la libre circulación de resoluciones en el entorno europeo, el Reglamento 1215/2012 recoge escasos y tasados motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución. En cambio, la normativa latinoamericana suele recoger

un número mayor de condiciones a cumplir para que la resolución extranjera tenga efectos y, entre ellas, se encuentra la legalización y la traducción a idioma oficial del Estado requerido, requisitos estos que no se exigen en el marco de aplicación del Reglamento europeo. En este sentido, también se suele requerir un control de la competencia del juez del Estado de origen —salvo en el ordenamiento colombiano—, que no se establece en el texto europeo

5. REGULACIÓN NACIONAL EN EL DERECHO COMPARADO NO LATINOAMERICANO

5.1. España

En las relaciones de las autoridades españolas con las de terceros Estados con los que España no tiene convenio internacional aplicable, la Ley 29/2015, de 30 de julio, se ocupa de esta materia de la cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil [51]. Y, en este texto, el Título V se encarga de regular el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, entre otras cuestiones.

Centrándonos en la ejecución de resoluciones, la norma de producción interna española sí prescribe el exequátur como paso previo a la ejecución material en nuestro ordenamiento de la resolución judicial extranjera. Este texto será aplicado por los jueces españoles ante solicitudes de exequátur de resoluciones procedentes de un Estado de origen que no sea miembro de la Unión Europea ni sea Noruega, Suiza o Islandia, ni sea un Estado con el que España tenga un convenio internacional aplicable en la materia.

Las resoluciones judiciales que pueden ser objeto de exequátur son "cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado, con independencia de su denominación, incluida la resolución por la cual el secretario judicial o autoridad similar liquide las costas del proceso" (art. 43.a). Ahora bien, esta decisión debe ser

---

51 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE núm. 182, de 31 julio 2015. *Vid.* Gascón (2015: 158-187).

firme, esto es, no debe ser susceptible de recurso en el Estado de origen donde ha sido dictada (art. 43.b).

El *exequatur* se diseña como un procedimiento que comienza en primera instancia y puede concluir ante el TS. La LCJIMC denomina *exequatur* al procedimiento de declaración de ejecutividad y, también, al reconocimiento por homologación. La ejecución de una resolución extranjera en España debe superar dos fases, por tanto. Así es, primero se debe declarar ejecutiva la sentencia y, después, se podrá llevar a ejecución material ante el juez español competente.

La solicitud de exequátur se interpone en forma de demanda y requiere de la asistencia de letrado y procurador (art. 54).

Respecto del reconocimiento por homologación y en relación con el *exequátur*, los tribunales competentes son los:

> Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o de la persona a quien se refieren los efectos de la resolución judicial extranjera. Subsidiariamente, la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o por el lugar en el que la resolución deba producir sus efectos, siendo competente, en último caso, el Juzgado de Primera Instancia ante el cual se interponga la demanda de *exequatur* (art. 52.1).

La resolución que dicten estos tribunales podrá ser recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial correspondiente. Por último, cabe un segundo recurso por infracción de ley o de casación ante el Tribunal Supremo.

Si se solicita la declaración de ejecutividad de una resolución judicial extranjera, la parte contra la que se pide podrá alegar las causas de denegación recogidas en el art. 46. Así, las resoluciones judiciales extranjeras firmes no podrán ser declaradas ejecutivas en España:

> a) Cuando fueran contrarias al orden público; b) Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse; c) Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez

> de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española; d) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España; e) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España; f) Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero.

La Ley de cooperación jurídica internacional mantiene los motivos de denegación que podían alegarse bajo el antiguo régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Del mismo modo, en lugar de equipararse con la regulación sobre reconocimiento o ejecución de resoluciones judiciales en el entorno europeo, por un lado, sigue exigiendo que la decisión extranjera sea firme —como lo hacía la LEC— y, por otro lado, no elimina o flexibiliza la necesidad de *exequatur*.

También, la LCJIMC recoge como motivo de denegación que:

> […] la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española (art. 46.c).

Situándonos en el ámbito de aplicación de esta norma elaborada por el legislador nacional, el órgano jurisdiccional español competente sí deberá controlar el foro de competencia por el cual el juez del Estado de origen se ha declarado competente. Este control estará basado en la consideración de que el foro de competencia es adecuado porque el supuesto de hecho presenta una conexión razonable con el Estado de origen. Y, para concretar más y concluir si, efectivamente, el caso tiene conexión razonable con dicho país, el legislador nacional utilizará los foros de competencia españoles como referencia para entender que el juez del Estado de origen, al declararse competente

en un caso en el que un juez español tendría foro para conocer del mismo, goza de esa competencia adecuada en el asunto.

5.2. Italia

En Italia, para la eficacia de sentencias y los actos extranjeros tenemos el Título IV de la *Legge de 31 de maggio de 1995*, arts. 64-71[52].

Según el art. 64, la sentencia extranjera se reconocerá, sin necesidad de procedimiento alguno, cuando reúna los siguientes requisitos: a) que el juez que ha conocido del caso sea competente según las normas de derecho italiano; b) que la demanda en el Estado de origen se haya notificado al demandado de acuerdo con la legislación del foro y no se hayan vulnerado sus derechos de defensa; c) que las partes hubieran comparecido y declaradas en rebeldía de acuerdo con la ley del Estado de origen; d) que se trata de sentencia firme; e) que no es contraria a otra sentencia firme dictada por juez italiano; f) que no haya un proceso pendiente en Italia, entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso extranjero; y g) que no sea contraria al orden público italiano[53].

Si hay oposición al reconocimiento de la sentencia extranjera o cuando se pida la ejecución forzosa de la misma se solicitará la comprobación de los requisitos exigidos (art. 67.1). La sentencia, junto con la solicitud, constituirá el título para la ejecución de la resolución (art. 67.2). Si la oposición al reconocimiento se efectúa en el curso de un litigio, el juez que está conociendo del mismo la resolverá y tendrá efectos inter partes, solo en el proceso concreto en el que se ha manifestado la oposición —reconocimiento incidental— (art. 67.2).

Todo lo dispuesto en el art. 67 se aplicará también a los documentos públicos con fuerza ejecutiva (art. 68).

---

52 *Vid.*: Legge de 31 de maggio de 1995, N. 218 (GU n.128 del 03-06-1995 - Suppl. Ordinario n. 68)

53 En relación con la litispendencia como motivo de no reconocimiento, *vid.* Lupol (1998: 1215-1270).
En relación con el orden público, *vid.*, D'Alessandro, (2018: 313-326).

5.3. Estados Unidos

Estados Unidos ha firmado, el 2 de marzo de 2022, la Convención de 2 de julio de 2019, sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil[54]. Este texto supranacional todavía no está en vigor, pero será una norma muy importante en esta materia para que este país reconozca o ejecute sentencias en materia civil y mercantil provenientes de otros Estados parte, entre los que se encuentran países del continente europeo y de Asia y algún Estado latinoamericano (Costa Rica y Uruguay).

Con la normativa actualmente en vigor, las jurisdicciones de Estados Unidos tienden a reconocer y ejecutar resoluciones extranjeras en materia civil y mercantil (Rodríguez, 2016: 236). Treinta de los cincuenta Estados han desarrollado en sus ordenamientos la Ley Uniforme para el reconocimiento de sentencias monetarias extranjeras[55]. Esta norma fue adoptada en la Conferencia Anual de Delegados para la Unificación de Leyes Estatales, en 1962, con el objetivo de eliminar el obstáculo que suponía la exigencia de reciprocidad para el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras (Rodríguez, 2016: 239). En el año 2005 se produjo la última modificación de este texto, en la 114ª reunión anual de la Conferencia mencionada. Estudiando la Ley Uniforme puede conocerse el sistema legal de reconocimiento de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil existente en 30 Estados, si bien, cada ordenamiento puede haber introducido modificaciones, excepciones o reservas al texto común (Valera, 2016: 240). En los otros 20 Estados sigue rigiendo el sistema del *Common Law*.

Es importante destacar, en sintonía con lo mencionado acerca de la tendencia a favorecer el reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras, que el art. 4.a) de la Ley Uniforme 2005 indica que, salvo que concurra alguno de los motivos de los apartados 4.b) o 4.c), el juez del Estado requerido deberá reconocer la resolución extranjera. Esto es, se puede considerar que este apartado 4.a) reco-

---

54 *Vid.*: https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=137.

55 *Vid.*: https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-75?CommunityKey=ae280c30-094a-4d8f-b722-8dcd614a8f3e&tab=librarydocuments.

ge el principio general del reconocimiento de las sentencias extranjeras.

Las resoluciones foráneas que se encuentran cubiertas por el ámbito de aplicación de la Ley Uniforme 2005 son las que se mencionan en el art. 3.a (Valera, 2016: 240-241). En primer lugar, se aplica al reconocimiento o ejecución de sentencias firmes (art. 3.a.2). En segundo lugar, la resolución debe contener una obligación de pago (art. 3.a.1). En este sentido, se excluyen de la norma las sentencias que ordenan a pagar impuestos, o multas u otra penalidad, y las emitidas en el marco del Derecho de Familia (art. 3.b).

Los motivos de denegación que recoge la Ley Uniforme 2005 son los siguientes (Valera, 2016: 241-242). Si bien, dos de ellos permiten que el juez del Estado requerido pueda no reconocer la sentencia extranjera y, los otros, implican necesariamente el no reconocimiento de la resolución. Dentro de la primera categoría podemos mencionar, en primer lugar, que el proceso que haya dado lugar a la sentencia extranjera se haya sustanciado en un sistema que no ofrezca las garantías mínimas de imparcialidad de los tribunales y de debido proceso y, en segundo lugar, que el juez del Estado de origen no tenga competencia sobre la persona del demandado o sobre la materia de la litis (art. 4.b). En el segundo grupo se encuentran las siguientes excepciones del art. 4.c) de la norma: el demandado no recibió la notificación de la demanda con suficiente tiempo para preparar su defensa, fraude que impidió a la parte perjudicada en el proceso defenderse o reclamar, vulneración del orden público de los Estados Unidos, excepción de cosa juzgada material, incumplimiento del acuerdo de sumisión expresa de las partes, consideración del foro de origen como fórum *non conveniens*, dudas sustanciales sobre la probidad del tribunal de origen e incompatibilidad del procedimiento con los principios del debido proceso. Igualmente, se requiere la legalización de la sentencia —a través del Convenio de La Haya de 1961— que se pretende reconocer o ejecutar en Estados Unidos (Rodríguez, 2016: 243).

La denegación del exequátur en un Estado supondrá que la sentencia no podrá ser reconocida o ejecutada en ningún otro Estado norteamericano (Valera, 2016: 244).

Por último, no se puede determinar el juez competente para el reconocimiento o ejecución de una sentencia extranjera, porque eso dependerá que cada State, pero sí indica la Ley Uniforme que se podrá solicitar la validez extraterritorial de la resolución en un proceso abierto con este objeto —reconocimiento por homologación, en terminología europea— o en uno ya iniciado con otro —reconocimiento incidental, en terminología europea— (art. 6). En este último caso, la cuestión se planteará como contra demanda o defensa afirmativa.

5.4. Análisis comparado

Comparando los sistemas descritos, en este apartado 5, de España, Italia y EEUU, se puede concluir que la regulación en los tres está basada en el mismo principio de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, eso sí, que hayan sido dictadas respetando los derechos fundamentales que rigen el proceso.

Así, en los tres países se establece que el juez del Estado requerido deberá reconocer la resolución extranjera salvo que concurra, entre otras, alguna de las circunstancias siguientes: que haya sido dictada vulnerando los derechos de defensa del demandado, que atente contra el orden público del país en el que se pide el reconocimiento o la ejecución, que el juez del Estado de origen no haya tenido foro de competencia razonable para conocer del caso o que se trate de cosa juzgada.

También, en los tres Estados, con la normativa estudiada, solo se pueden reconocer o ejecutar en sus respectivos territorios sentencias extranjeras firmes.

6. REGULACIÓN EN LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA

6.1. Argentina

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina regula la ejecución de sentencias extranjeras en el capítulo II del título I del libro tercero (arts. 517 a 519bis).

Como no podía ser de otra manera, el texto comienza remitiendo a los convenios internacionales que Argentina tenga firmados y que fueran aplicables en esta materia. En defecto de los cuales, el Código indica que las sentencias extranjeras serán ejecutadas en Argentina si cumplen los requisitos recogidos en el art. 517, los cuales son:

> 1) que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha pronunciado, emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional y sea consecuencia del ejercicio de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble, si éste ha sido trasladado a la República durante o después del juicio tramitado en el extranjero; 2) que la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia hubiese sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa; 3) que la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional; 4) que la sentencia no afecte los principios de orden público del derecho argentino; 5) que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal argentino.

La norma de producción interna argentina establece un exequátur previo a la ejecución (art. 518). La ejecución se solicitará al juzgado de primera instancia y el exequátur se tramitará en forma de incidente.

Del mismo modo, el art. 519 regula el reconocimiento incidental —sin decirlo— de la resolución extranjera si cumple las condiciones del art. 517.

Merece la pena indicar que Argentina también tiene firmado un convenio bilateral con Italia en esta materia[56]. En concreto, según prescribe el art. 21, "cada una de las Partes reconocerá y declarará ejecutivas, dentro de los límites de los artículos siguientes, las sentencias en materia civil dictadas por autoridades judiciales de las otra, así como las disposiciones concernientes al resarcimiento de los daños y a la restitución de bienes contenidas en sentencias penales".

---

[56] *Vid*. Ley Núm. 23.720, Apruébase la Convención de Asistencia Judicial y de Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Materia Civil, firmada con la República Italiana. Sancionada el 13 setiembre de 1989 y promulgada el 6 de octubre de 1989.

El Convenio regula el reconocimiento y la ejecución obligatorio, salvo que atente contra el orden público del Estado requerido y siempre que se cumplan una serie de condiciones recogidas en el art. 22. Estas condiciones son las siguientes:

> a) que las sentencias hubieran sido pronunciadas por una autoridad judicial competente de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo; b) que la parte condenada hubiere sido debidamente citada según la ley de la Parte donde se dictara sentencia o que hubiere comparecido en juicio y, de conformidad a esa misma legislación, que hubiere sido debidamente representada; c) que la sentencia hubiera adquirido autoridad de cosa juzgada y fuera ejecutiva según la ley de la Parte donde hubiere sido dictada; d) que entre las mismas partes y sobre el mismo objeto no se hubiera dictado sentencia por parte de las autoridades judiciales de la Parte requerida; e) que no se hubiere iniciado un procedimiento entre las mismas partes y sobre el mismo objeto ante cualquier autoridad judicial de la Parte requerida, con anterioridad a la presentación de la demanda ante la autoridad judicial que hubiera pronunciado la resolución de la que se solicitase el reconocimiento.

La autoridad del Estado de origen será competente, entre otras situaciones, cuando el demandado tuviera su domicilio o residencia habitual en el territorio de dicha Parte, a fecha de interposición de la demanda o cuando, en materia de responsabilidad extracontractual, el hecho del que derivare se hubiera verificado en este país (art. 22.2).

Según el texto bilateral, se podrán reconocer y ejecutar resoluciones no firmes si decisiones del mismo tipo pudieran ser dictadas o ejecutadas en esa Parte (art. 22.3).

6.2. Brasil

El capítulo VI, del título I del libro III de la Parte Especial del *Código de Processo Civil* se ocupa de la homologación de las decisiones extranjeras y del *exequátur* de la carta rogatoria (arts. 960-965)[57].

---

57 *Vid.* Código de Processo Civil, Lei Núm.13.105, de 16 de março de 2015.

En Brasil, se deberá estar a lo que digan los tratados internacionales aplicables en el caso y, en su defecto, se deberá tener en cuenta lo dispuesto en este Código (art. 960 §3). El órgano competente para conocer de la solicitud de exequátur es el Tribunal Superior de Justicia (art. 960 §3). La solicitud de ejecución podrá efectuarse mediante comisión rogatoria (art. 960 §1).

La resolución judicial extranjera tendrá efectos en Brasil después de su homologación o del exequátur de la comisión rogatoria (art. 961). Son dos, por tanto, las vías en virtud de las que la sentencia extranjera puede ejecutarse en Brasil, a través de la homologación o a través del exequátur de la comisión rogatoria. Puede ser, por ello, a instancia de un particular —homologación— o de un tribunal del Estado de origen —comisión rogatoria—. Salvo que se trate de una sentencia de divorcio consensuada, en cuyo caso, producirá efectos en Brasil con independencia de su homologación ante el Tribunal Superior de Justicia (961 §5).

Cabe la homologación parcial (art. 961 §2).

Para conseguir la homologación de la resolución judicial extranjera se deben cumplir los siguientes requisitos:

> *I. Ser proferida por autoridad competente; II. Ser precedida de citaçao regular, ainda que verificada a revelia; III. Ser eficaz no país em que foi proferida; IV. Nao ofender a coisa jlgada brasileira; V. Estar acompanhada de traduçao oficial, salvo disposiçao que a dispense prevista em tratado; VI. Nao conter manifesta ofensa à orden pública (art. 963).*

También, habrá que tener en cuenta que el objeto de la sentencia extranjera no sea competencia exclusiva de la jurisdicción brasileña (art. 964).

La ejecución material de la resolución previamente homologada deberá ser solicitada, a instancia de parte, al tribunal federal que fuera competente para conocer de la ejecución de una sentencia nacional (art. 965).

6.3. Chile

En Chile, la ejecución de las resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros se encuentra ubicada en el Título XIX del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil (arts. 242-251)[58].

Lo primero que indican los preceptos es que la ejecución de resoluciones extranjeras estará regulada por el Tratado correspondiente, eso sí, el procedimiento para que tenga efectos en Chile será el previsto por las leyes de este país, si no aparece modificado por el texto supranacional aplicable (art. 242). El texto no distingue entre reconocimiento y ejecución, utiliza este último término para hacer referencia a ambas realidades (Esplugues Mota, 2014).

En defecto de la existencia de un convenio, en Chile rige el principio de reciprocidad (art. 244). De esta manera, si los pronunciamientos judiciales de este país no tienen fuerza en el extranjero, las decisiones del extranjero no tendrán cumplimiento en Chile. La reciprocidad debe ser probada por quien la alega (Esplugues Mota, 2014).

En tercer lugar, en defecto de convenio y cuando se cumpla el criterio de la reciprocidad, las resoluciones de tribunales extranjeros se ejecutarán en Chile si cumple las siguientes condiciones (Esplugues Mota, 2014):

> 1ª. Que no contengan nada contrario a las leyes de la República. Pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento a que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio; 2ª. Que tampoco se opongan a la jurisdicción nacional; 3ª. Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción. Con todo, podrá ella probar que, por otros motivos, estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa; 4ª. Que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas (art. 245)[59].

---

58 *Vid.* Ley Núm. 1552, de 28 de agosto de 1902.

59 "Junto a las cuatro causas previstas explícitamente en el artículo 245 CPC., predominantes —como hemos visto— incluso en aquellas ocasiones en que resulta de aplicación los posibles convenios aplicables en la materia, la práctica de la Corte Suprema de Justicia refleja la presencia de todo un conjunto de causas alegadas por las partes y que carecen de sustento legal. Causas de distinta naturaleza, algunas de las cuales serían susceptibles de

Los dos primeros requisitos representan el orden público chileno (Aguirrezábal, Pérez Ragone & Romero +, 2011: 456). Como vemos, el exequátur es un trámite en el que el juez chileno no entra en el fondo del asunto, simplemente debe valorar la regularidad formal de la sentencia extranjera (Esplugues, 2014).

El órgano competente para conocer de la solicitud de exequátur de la resolución extranjera es la Corte Suprema (Esplugues Mota, 2014). En esta instancia se presentará la decisión a ejecutar, traducida y legalizada (art. 247)[60]. Si el asunto es de jurisdicción contenciosa, el procedimiento será contradictorio —se deberá dar audiencia a la otra parte, por tanto— y, también, se debe emplazar al fiscal judicial en el proceso (art. 248). Por el contrario, si no es contencioso, resolverá directamente el órgano jurisdiccional previa audiencia del fiscal judicial (art. 249).

---

incluirse bajo el mandato genérico de la contrariedad con el orden público internacional chileno, caso de existir éste. Se alegan así, con escaso éxito, motivos tales como: i) La existencia de cosa juzgada[220]; ii) la existencia de una previa sentencia en Chile sobre la materia[221]; iii) la existencia de un breve plazo para contestar a la demanda[222]; iv) la existencia de un breve plazo para contratar un abogado para defender los intereses de la parte[223]; v) la imposibilidad de ejercer el derecho de defensa[224]; vi) el hecho de no asegurarse el debido proceso[225]; vii) el tratarse de una sentencia puramente declarativa[226]; viii) el hecho de haber caducado el plazo de ejecutividad[227]; ix) la ausencia de personería legal por parte del abogado de la parte[228]; x) la ausencia genérica de personería[229]; xi) la falta de legitimidad activa[230]; xii) el hecho de que el instrumento extranjero cuya eficacia se pretende en Chile no es una sentencia[231]; xiii) la falta de autenticidad de los documentos presentados[232]; xiv) la contradicción con el artículo 16 CC por pretenderse embargo de bienes sitos en Chile[233]; xv) la existencia de un matrimonio que ya fue anulado en Chile con anterioridad[234]; xvi) la muerte presunta de una de las partes[235]; xvii) no dar cuenta de la obligación invocada[236]; xviii) la extinción de la obligación que se pretende cumplir[237]; xix) la prescripción de la obligación que se pretende cumplir[238]; xx) la obligación de pagar impuesto y no ser por ello título ejecutivo[239]; xxi) el hecho de no haber sido juzgado por un tribunal imparcial[240]; y, por último, y significativamente, xxiii) la contrariedad con el orden público[241]" (Esplugues, 2014).

60 En relación con la legalización, *vid.* artículo 346.

Una vez la Corte Suprema ha declarado la ejecutividad de la resolución extranjera, el órgano competente para proceder a la ejecución material de la misma será el que hubiera sido competente si el asunto se hubiera sustanciado en Chile (art. 250).

La jurisprudencia permite el exequátur parcial (Esplugues Mota, 2014).

6.4. México

En México, el Código de Procedimientos Civiles es la norma en la que se regula esta materia[61]. El capítulo VI (arts. 569-577) se ocupa concretamente de esta cuestión de "ejecución de sentencias".

El art. 569 remite a los tratados internacionales en los que México sea parte y que sean aplicables en el caso. En el supuesto de que no exista un texto supranacional que deba tenerse en cuenta en el caso, las resoluciones extranjeras tendrán efectos en México si no atentan contra el orden público interno. También indica el precepto que si solo se quiere que la resolución tenga efectos probatorios en un proceso en este país, únicamente será necesario que reúna los requisitos para que sea auténtica.

El Código de Procedimientos Civiles utiliza el término "homologación" para hacer referencia al trámite del exequátur (art. 570). En este sentido, para que tenga fuerza de ejecución la resolución judicial extranjera deberá cumplir las siguientes condiciones:

> 1. Que se haya satisfecho las formalidades previstas en este Código en materia de exhortos provenientes del extranjero; 2. Que no hayan sido dictados como consecuencia del ejercicio de una acción real; 3. Que el juez o tribunal sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en el derecho internacional que sean compatibles con las adoptadas por este Código. El Juez o tribunal sentenciador extranjero no tiene competencia cuando exista, en los actos jurídicos de que devenga la resolución que se pretende ejecutar, una cláusula de sometimiento únicamente a la jurisdicción de tribunales mexicanos; 4. Que el demandado haya

---

61 Código Federal de Procedimientos Civiles, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1943.

> sido notificado o emplazado en forma personal a efecto de asegurarle la garantía de audiencia y el ejercicio de sus defensas; 5. Que tengan el carácter de cosa juzgada en el país en que fueron dictados, o que no exista recurso ordinario en su contra; 6. Que la acción que les dio origen no sea materia de juicio que esté pendiente entre las mismas partes ante tribunales mexicanos y en el cual hubiere prevenido el tribunal mexicano o cuando menos que el exhorto o carta rogatoria para emplazar hubieren sido tramitados y entregados a la Secretaría de Relaciones Exteriores o a la autoridades del Estado donde deba practicarse el emplazamiento. La misma regla se aplicará cuando se hubiera dictado sentencia definitiva. 7. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al orden público en México; 8. Que llenen los requisitos para ser considerados como auténticos (art. 571) (Silva, 2016: 29-48).

Aun cumpliéndose todas estas condiciones, el órgano competente podrá no dar efectos a la resolución extranjera si en el país de origen no se ejecutan resoluciones mexicanas en el mismo caso (art. 571).

La solicitud de *exequatur* deberá ser promovida mediante exhorto por el juez o tribunal requirente (art. 572). El procedimiento de exequátur será contradictorio y cabe interponer recurso de apelación frente a la decisión dictada en primera instancia —también intervendrá el Ministerio Público— (art. 574). El órgano competente para conocer de la ejecución será el juez de primera instancia del domicilio del ejecutado o, en su defecto, del lugar donde se encuentren sus bienes (art. 573).

El Código mexicano expresamente indica que el órgano competente para conocer de la homologación de la resolución extranjera no podrá entrar a valorar las motivaciones o los fundamentos de hecho y de Derecho en que se base la sentencia. Solo podrá comprobar su autenticidad y que cumple las condiciones recogidas en el texto (art. 575).

Por último, cabe la ejecución parcial de la resolución extranjera, en el caso de que no pudiera tener efectos en su totalidad (art. 577).

6.5. Perú

En Perú, el Título IV del Libro X del Código civil peruano regula el reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extran-

jeros (arts. 2102 a art. 2111)[62]. En lo que se refiere a las primeras, este Título IV se aplica a las sentencias extranjeras, firmes o no firmes, y, especialmente, a la reparación civil de las sentencias penales (art. 2111).

El procedimiento de reconocimiento y ejecución se denomina *exequatur*. Así es, "El proceso de *exequatur* es un procedimiento judicial en el que se busca homologar una sentencia extranjera, para que ésta despliegue los efectos que tendría una sentencia nacional" (Pezo, 2006: 330). El procedimiento de exequátur, por tanto, debe ser superado por la sentencia extranjera, tanto para que sea reconocida su efecto de cosa juzgada —reconocimiento—, como para que pueda ser ejecutada en Perú —ejecución— (Pérez, 2006: 330).

En primer lugar, el Código civil remite a los convenios internacionales que fueran aplicables en Perú en esta materia (art. 2102). En defecto de lo anterior, el principio que inspira el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras es el de reciprocidad (arts. 2102 y 2103).

La norma de producción interna peruana regula la validez extraterritorial, también, estableciendo una serie de condiciones que deben cumplir las resoluciones extranjeras para que puedan ser reconocidas o ejecutadas. Estas condiciones son las siguientes:

> 1. Que no resuelvan sobre asuntos de competencia peruana exclusiva; 2. Que el tribunal extranjero haya sido competente para conocer el asunto, de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado y a los principios generales de competencia procesal internacional; 3. Que se haya citado al demandado conforme a la ley del lugar del proceso; que se le haya concedido plazo razonable para comparecer; y que se le hayan otorgado garantías procesales para defenderse; 4. Que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada en el concepto de las leyes del lugar del proceso; 5. Que no exista en el Perú juicio pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, iniciado con anterioridad a la interposición de la demanda que originó la sentencia; 5. Que no sea incompatible con otra sentencia que reúna los requisitos de reconocimiento y ejecución exigidos en el título y que haya sido dictada anteriormente; 7. Que no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres; 8. Que se pruebe la reciprocidad.

---

[62] Decreto Legislativo 295, promulgado el 24 de julio de 1984. Fecha de entrada en vigor: el 14 de noviembre de 1984.

La sentencia extranjera que cumpla los requisitos anteriores podrá ser declarada ejecutiva a solicitud del interesado. Dicha solicitud deberá ir acompañada de una copia de la resolución traducida al castellano y de la legalización de la misma, entre otros documentos (art. 2107).

El Código civil también regula el reconocimiento de la decisión extranjera a efectos de que se pueda considerar autoridad de cosa juzgada en juicio —reconocimiento incidental— (Pezo Arévalo, 2006: 332). Para ello, se necesitará cumplir con lo dispuesto en este Título y no se requerirá, por tanto, someterla al exequátur (art. 2110). De lo anterior se deduce que, en caso de reconocimiento incidental, no es necesario el exequátur, sin embargo, si se quiere dotar del efecto de cosa juzgada a la resolución al margen que un juicio con el mismo objeto y las mismas partes que las existentes en la sentencia extranjera, sí sería necesario superar el procedimiento de exequátur (Pezo Arévalo, 2006: 332).

Por último, el art. 2109 prescribe que la sentencia extranjera válidamente legalizada posee valor probatorio en Perú sin necesidad de exequátur[63].

El subcapítulo 11 del título II de la sección VI del Código Procesal Civil complementa lo recogido en el título IV del libro X del Código Civil peruano (art. 837-840)[64]. El art. 837 establece la competencia para conocer de las solicitudes de exequátur. Según el precepto, será la Sala Civil de turno de la Corte Superior en cuya demarcación tiene su domicilio la parte contra la que se solicita el exequátur. Por su parte, el art. 838 regula la presunción de reciprocidad y establece que la carga de la prueba en contra la tiene parte que alegue que no se cumple este requisito[65].

---

63 Según la doctrina, los tres efectos que pueden tener las sentencias extranjeras son, precisamente, los regulados en el Código Civil peruano, cuales son, el valor probatorio, el efecto de cosa juzgada y el ejecutivo (Pezo Arévalo, 2006: 330).

64 Resolución Ministerial No. 010-93-JUS. Promulgado: 08.01.93. Publicado: 22.04.93.

65 En lo relativo a la presunción de reciprocidad, el precepto recoge lo que ya se venía aplicando en la práctica (Amado, 2014: 37).

6.6. Análisis comparado

La regulación existente en los países de referencia en esta materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, dejando al margen los convenios internacionales de los que puedan ser parte, presenta bastantes similitudes.

En la mayoría de ellos sigue rigiendo el principio de reciprocidad —Chile, Perú y México—, si bien se observa una tendencia a reducir su operatividad en este sector de la validez extraterritorial de decisiones, y tienen parecidos motivos para denegar la validez extraterritorial de la resolución extranjera. Así, se pueden mencionar como excepciones comunes las siguientes: atentado contra el orden público internacional del Estado requerido, vulneración de los derechos de defensa del demandado, incompatiblidad de la resolución extranjera con una sentencia del Estado requerido y falta de competencia razonable del juez del Estado de origen. Por otro lado, también se pueden considerar comunes los requisitos de que la sentencia a reconocer o ejecutar debe ser firme y debe presentarse legalizada y traducida al idioma oficial del Estado requerido.

Por otro lado, llama la atención que en Brasil la solicitud de reconocimiento y ejecución pueda ser instada a través de exhorto y, mucho más, que en México la única manera de hacerlo sea así, mediante exhorto promovido por el tribunal requirente.

7. EL SISTEMA COLOMBIANO

7.1. Desarrollo normativo

En Colombia, los efectos de las sentencias extranjeras se rigen por lo dispuesto en los tratados internacionales aplicables y, en su defecto, por lo estipulado en el libro V, título I capítulo I del Código General del Proceso (arts. 605-607)[66].

---

66 *Vid.*: Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012.

Para que la sentencia extranjera pueda ser declarada ejecutiva en Colombia deberá cumplir los siguientes requisitos:

> 1. Que no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió. 2. Que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento. 3. Que se encuentre ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen, y se presente en copia debidamente legalizada. 4. Que el asunto sobre el cual recae, no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos. 5. Que en Colombia no exista proceso en curso ni sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto. 6. Que si se hubiere dictado en proceso contencioso, se haya cumplido el requisito de la debida citación y contradicción del demandado, conforme a la ley del país de origen, lo que se presume por la ejecutoria. 7. Que se cumpla el requisito del execuátur (art. 606)[67].

El órgano competente para conocer del exequátur es la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ante la que se deberá presentar la demanda y la que deberá citar al demandado, si la sentencia se ha dictado en proceso contencioso (art. 607). La resolución extranjera, así como el resto de documentos que se presenten, deberán estar traducidos al castellano (art. 607).

Una vez ha obtenido la resolución judicial extranjera el exequátur, será ejecutada por el juez que corresponda según las reglas generales (art. 607.5).

La Corte Suprema de Justicia exige que la resolución a ejecutar se encuentre en firme[68].

---

67 *Vid.*: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/concepto_minrelaciones_0000007_2011a.htm#NF15.

68 *Vid.*: Ministerio de Relaciones Exteriores, Análisis jurídico aplicación de la figura Exequátur en Colombia, Concepto 7 de 2011ª, Noviembre 28 (https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/concepto_minrelaciones_0000007_2011a.htm#NF1).

7.2. Fortalezas y debilidades del sistema colombiano

La regulación de producción interna de Colombia en este sentido es muy parecida a la existente en el resto de Estados, latinoamericanos o no, estudiados en este Capítulo. Si nos centramos en las normas de origen nacional, en todos los países analizados se observa la misma tendencia, cual es, llegar a un equilibrio entre el reconocimiento de las resoluciones extranjeras y la protección de principios relevantes para el Estado requerido. De esta manera, se promueve la validez extraterritorial de las sentencias foráneas siempre que no conculquen el orden público, los derechos de defensa o los foros de competencia, entre otros. Del mismo modo, solo se reconocerán sentencias firmes, pronunciamientos definitivos, y deberá probarse la validez de la resolución extranjera con la legalización.

Un inconveniente, y debilidad para el justiciable, de varios de los sistemas analizados, entre ellos, el colombiano, es que el tribunal competente para conocer de la solicitud de reconocimiento o ejecución de la sentencia extranjera es la Corte Suprema, esto es, el más alto tribunal del Poder Judicial. De esta manera, su resolución no podrá ser objeto de recurso ante una instancia superior, dejando a las partes sin ese derecho procesal.

8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

8.1. Conclusiones

Las cuestiones civiles que derivan de un proceso penal relativo a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional pueden ser objeto de reconocimiento o ejecución en un Estado distinto a aquel en el que han sido dictadas.

Estas decisiones civiles serán, habitualmente, las relativas a la responsabilidad civil derivada del delito y las que declaran la recuperación de los activos obtenidos de manera ilícita.

Las resoluciones civiles podrán ser ejecutadas en el Estado en el que han sido dictadas pero también, en muchas ocasiones, será necesario que tengan efectos ejecutivos en un país distinto a aquel. En

este contexto es en el que se enmarca este Capítulo, en el reconocimiento y ejecución transfronterizo de resoluciones civiles derivadas de procesos penales de corrupción asociada al crimen organizado transnacional. En relación con las decisiones de recuperación de activos, esta vía civil de la validez extraterritorial de resoluciones, en ocasiones, se erige como la única opción para conseguir el objetivo de restitución de los bienes.

La normativa existente en esta materia está formada por textos de origen supranacional, en los entornos europeo y latinoamericano estudiados, y por normas elaboradas por el legislador nacional. En los países analizados, partes de alguna de estas normas internacionales, se respeta el principio de jerarquía que sitúa los textos de origen supranacional por encima de los de producción nacional —aunque con ciertos matices en Chile—.

También, es evidente que, en el marco de los convenios internacionales, la confianza recíproca entre los Estados contratantes conlleva que las condiciones para que se reconozcan o ejecuten las resoluciones dictadas en ellos sean más flexibles y fáciles de cumplir que si la decisión procede de un Estado que no es parte de la norma. Si bien, se observa que en el entorno de la Unión Europea los términos en los que se pronuncian los textos son más proclives al reconocimiento y ejecución de las resoluciones que en el marco latinoamericano. Entre otras razones, el Reglamento europeo 1215/2012, por ejemplo, regula motivos para denegar la validez extraterritorial y los textos latinoamericanos estudiados enuncian *condiciones* que deben cumplir las resoluciones para que puedan ser ejecutadas. Así es, el Reglamento europeo está redactado poniendo de manifiesto la tendencia a la libre circulación de resoluciones y, por tanto, partiendo del principio general de reconocimiento y ejecución y planteando los motivos de denegación como excepciones a la validez extraterritorial. Los textos latinoamericanos, en cambio, directamente enumeran una serie de condiciones que deben cumplir las resoluciones para que puedan desplegar efectos en su territorio, no deduciéndose, por tanto, esa regla general del reconocimiento y ejecución. Sin embargo, en las normas de producción interna de los países europeos analizados también se formulan condiciones o requisitos que deben cumplir las

resoluciones extranjeras extraeuropeas para que tengan efectos en estas jurisdicciones.

Por otro lado, mientras que en el marco europeo se regula el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, en el entorno latinoamericano se menciona solo la ejecución o exequatur —salvo en el Acuerdo de los países del MERCOSUR y Bolivia, Chile y Perú—. Del mismo modo, el Reglamento europeo 1215/2012 ha suprimido el exequátur como paso previo para la ejecución material de la resolución extranjera y las normas latinoamericanas prescriben este procedimiento de declaración previa de ejecutividad.

También, siguiendo con la idea de favorecer la libre circulación de resoluciones en el entorno europeo, el Reglamento 1215/2012 recoge escasos y tasados motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución. En cambio, la normativa latinoamericana suele recoger un número mayor de condiciones a cumplir para que la resolución extranjera tenga efectos y, entre ellas, se encuentra la legalización y la traducción a idioma oficial del Estado requerido, requisitos estos que no se exigen en el marco de aplicación del Reglamento europeo. En este sentido, también se suele exigir un control de la competencia del juez del Estado de origen —salvo en el ordenamiento colombiano—, que no se establece en el texto europeo.

Centrándonos ahora en las normas de producción interna de los países estudiados, algunos Estados latinoamericanos exigen la reciprocidad como condición previa para ejecutar las resoluciones dictadas en países con los que no tienen convenio internacional. Si bien, se observa una tendencia a reducir su operatividad en este sector de la validez extraterritorial de decisiones.

La globalización exige que los legisladores fomenten la cooperación judicial en todos los ámbitos y, también, en asuntos civiles. Se debe tener presente que la elaboración de normas que favorezcan el reconocimiento y la ejecución de resoluciones beneficia a todos porque con ellas, no solo se facilita la validez extraterritorial de decisiones extranjeras, también, y de la misma manera, se promueve que las decisiones nacionales desplieguen efectos en el extranjero. Cada vez en mayor medida, los Estados se encuentran más interrelacionados, dependen más unos de otros, y la única manera de prosperar en este

contexto es a través de la colaboración entre ellos, colaboración de la que, por cierto, nos beneficiamos todos.

8.2. Recomendaciones para América Latina y para Colombia

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo de todo el Capítulo, la normativa más avanzada en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras es la europea. Con ella se consigue un acercamiento a la libre circulación de las

sentencias europeas, que podría extrapolarse al resto de países no miembros del mismo modo que hace la Convención de Nueva York de 1958 en relación con los laudos arbitrales[69].

El Reglamento 1215/2012 contiene escasos motivos para denegar los pronunciamientos extranjeros, todos ellos, referidos a cuestiones procesales y nunca en relación con el fondo de asunto. En ningún caso exige reciprocidad para reconocer o ejecutar una resolución extranjera y dispone que los tribunales competentes para conocer de estas solicitudes de validez extraterritorial son los que se encuentran en la parte más baja del escalafón judicial. Esto último, para articular los dos recursos que recoge la norma frente a la resolución de primera instancia.

Por otro lado, teniendo en cuenta el principio de celeridad que debe regir la labor judicial, el Reglamento 1215/2012 no exige que la resolución a reconocer o ejecutar sea firme y, además, elimina el procedimiento previo de exequátur. También, en este mismo sentido, no requiere de legalización y traducción de la sentencia.

Muchas de estas ventajas que aporta la regulación europea y que, por regla general, no existen en los ordenamientos de los países latinoamericanos, aparecen también en la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en materia civil o comercial, hecha el 2 de julio de 2019 en el marco de la Conferencia

---

69 *Vid.*: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf.

de La Haya de Derecho Internacional Privado —mencionada en el Capítulo—.

En esta norma, aunque no se ha eliminado el exequátur, no se exige que la resolución a reconocer o ejecutar sea firme y tampoco se requiere la legalización y traducción de la misma. Tampoco exige reciprocidad. En cuanto a los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de la resolución extranjera, en relación con nuestra materia, son similares a los previstos en el Reglamento 1215/2012 (art. 7), si bien se requiere determinada vinculación del caso con el Estado de origen para que la sentencia dictada pueda tener efectos en el Estado requerido (arts. 5 y 6).

El único inconveniente, entendible por otro lado para conseguir el mayor número de adhesiones posible, es que el procedimiento de reconocimiento o ejecución se regirá por la ley del Estado requerido (art. 13). Por lo tanto, el tribunal competente para conocer de estas solicitudes, y otras cuestiones a las que no aluda la norma convencional, lo determinará el Derecho procesal del país en cuestión.

Por todo lo anterior, y sabiendo que la norma ha sido firmada por la Unión Europea y Estados Unidos, sería una buena decisión que los países latinoamericanos se adhirieran a la misma. De esta manera, aportarían seguridad jurídica, sencillez y rapidez al reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, al ser parte de la misma norma que existe en los países con los que más relaciones mantienen. Entrarían en el entorno de confianza de Estados como los mencionados y conseguirían aumentar la probabilidad de que sus resoluciones judiciales fueran reconocidas en ellos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

Aguirrezábal, M., Pérez, A. & Romero, A. (2011). "Libre circulación de sentencias en la litigación procesal civil internacional: un examen desde la justicia procedimental y el debido proceso en el Derecho positivo chileno". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.* Núm. 36. Pp. 431-472.

Amado, J. (2014). "El sistema interamericano de cooperación judicial en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras". *Themis*. Pp. 29-39.

Berenson, M. (2010), "El reconocimiento y ejecución de sentencias monetarias extranjeras en Estados Unidos de América". En: Maekelt, T.,Barrios, H., Marín, Z. & Méndez, M. (Coords.). *Derecho Procesal Civil Internacional*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Pp. 575-616.

Calvo, A. & Carrascosa, J. (2020a). "Eficacia extraterritorial de decisiones". En: Calvo. A. L. & Carrascosa, J. (Coords.). *Tratado de Derecho Internacional Privado*. T. I. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 819-1064.

Calvo, A. & Carrascosa J. (2020b). "El Derecho Internacional Privado: concepto, caracteres, objeto y contenido". En: Calvo, A. & Carrascosa, J. (Coords.). *Tratado de Derecho Internacional Privado*. T. I. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 83-185.

Calvo, A. & Carrascosa, J. (2020c). "Libre circulación de decisiones judiciales y extrajudiciales en el ámbito patrimonial". En: Calvo, J. & Carrascosa, J. (Coords.). *Tratado de Derecho Internacional Privado*. T. III. Valencia: Tirant Lo Blanch. Pp. 3853-3949.

D'Alessandro, E. (2018). "Reconocimiento y exequátur en Italia de sentencias extranjeras que condenan al pago de daños punitivos". *Revista de Derecho Privado*. Núm. 34. Pp. 313-326.

De Miguel, P. (2017). "Reglamento Bruselas I: perspectivas en relación con la retirada del Reino Unido". *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Núm. 17. Pp. 71-89

Esplugues, C. (2014). "Sobre la aplicación en la práctica del modelo chileno de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras y la necesidad de su reforma". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. 43(2). Pp. 297-353.

Garrido, F. (2019). *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva. Procesal*. Madrid*:* Dykinson.

Gascón, F. (2015). "Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil". *CDT*. Vol. 7(2). Pp. 158-187.

Guedes, O. (2015). *Espaço Europeu de Justiça,* Coimbra: Almedina

Jaén, M. & Perrino, A. (2016). *La recuperación de activos frente a la corrupción (La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos)*. Madrid: Dykinson.

Jiménez, F. (2011). "Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos". *Revista de Derecho Penal*. Núm. 34. Pp. 91-116.

Jorge, G. (2008). *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Jorge, G. (2009). *Recuperación de activos de la corrupción en Argentina. Recomendaciones de política institucional y agenda legislativa*.

Lenaerts, K. (2018). "Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens im internationalen Privatrecht: über den Dialog der Gerichte". En Hess, B., Jayme, E. & Mansel, H. (eds.), *Europa als Rechts- und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler. Zum 75 Geburtstag*. Gieseking.

Lupoi, A. (1998). "Litispendenza internazionale e riconoscimento delle sentenze straniere in Italia: due normative allo specchio". *Rivista trimestralle di Diritto e Procedura Civile*.Vol. 52(4). Pp. 1215-1270

Morán, R. (2007). "Decisión Marco de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas". *Estudios de Derecho Judicial*, dedicado a *La nueva Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales*. Núm. 117. Pp. 167-204.

Orejudo, P. (2006). "Repercusiones del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en los sistemas autónomos: excesos y carencias". *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Vol. 6. Pp. 481-502.

Pezo, E. (2006). "Eficacia de las sentencias extranjeras no sometidas a exequátur". Derecho & Sociedad.Vol (26). Pp. 329-336

Salerno, F. (2015). *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione)*. 4ª ed. Wolters Kluwer.

Santander, G. (2017). "La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción del dominio y otras formas de comiso ampliado". En: Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional de la Organización de Estados Americanos. (Coords). *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*. 5ª ed. Pp. 425-503.

Silva, J. (2016). "La obligación del juez de exequátur de revisar la competencia del juez extranjero sentenciador". *Heurística Jurídica*. Pp. 29-48.

Valera, A. (2016). "Reconocimiento de sentencias judiciales entre España y EEUU". *Estudios Institucionales*. Vol. 3(4). Pp. 217-250.

Informes, resoluciones y otros documentos

Fiscalía General del Estado de España. (2010). Circular de la Fiscalía nº 4/2010, de 30 de diciembre, sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal.

Jenard, P. (1990). "Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil".

Ministerio de Relaciones Exteriores, Colombia (2011). "Análisis jurídico aplicación de la figura Exequátur en Colombia". *Concepto*. https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/concepto_minrelaciones_0000007_2011a.htm#NF15.

3. LAS RESPUESTAS DESDE 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 6

Mecanismos anticorrupción en materia de asuntos financieros: Fintech, Regtech, KYC, AML/CFT, Blokchain y acciones de transparencia

ERICK RINCÓN-CÁRDENAS*

1. INTRODUCCIÓN

Este capítulo introductorio aborda la relevancia de los mecanismos anticorrupción en el ámbito financiero. Explorando la naturaleza de la corrupción en el sector financiero y sus impactos. Luego, se introduce la revolución tecnológica en las finanzas, destacando la aparición de servicios financieros de tecnología (*Fintech*) y *Regtech* como herramientas clave en la lucha contra la corrupción. Además, se analiza el papel de políticas como el Conozca a su Cliente (KYC) y la Prevención de Lavado de Dinero y la Financiación del Terrorismo (AML/CFT) en la prevención de prácticas corruptas. La tecnología *Blockchain* (BCT), se presenta como una herramienta que promueve

* Abogado de la Universidad del Rosario (Colombia). Postgrados en Derecho Financiero y Derecho Contractual de la Universidad del Rosario. Diplomado en Comercio Electrónico Internacional de la Universidad Externado de Colombia. Diploma de Estudios Avanzados D.E.A. y Maestría en Derecho Mercantil de la Universidad Alfonso X (España). Doctor en Derecho de la Universidad Europea de Madrid (España). Profesor Asociado de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Privado, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Es presidente de la Asociación Colombia Fintech y de la Alianza Iberoamericana Fintech. Cuenta con un ejercicio profesional de más de 20 años de experiencia en el campo del Derecho Financiero y las Tecnologías de la Información.

la transparencia y, por último, se exploran acciones de transparencia y rendición de cuentas como elementos esenciales en la lucha contra la corrupción financiera.

La revolución tecnológica y la creciente innovación en el ámbito financiero han dado lugar a la aparición de las *Fintech*, un sector que ha transformado la forma en que interactuamos con el dinero y los servicios financieros. En un mundo cada vez más digitalizado, estas empresas utilizan tecnologías emergentes para ofrecer soluciones digitales de extremo a extremo que benefician tanto a empresas como a individuos. A medida que las *Fintech* han ido ganando terreno, han demostrado su capacidad para colaborar con la banca tradicional y mejorar la forma en que se prestan los servicios financieros en general.

Las *Fintech* han abierto nuevas oportunidades para proveedores no bancarios y han allanado el camino para una mayor inclusión financiera, llegando a segmentos de la población que antes eran ignorados por las instituciones financieras tradicionales. Este fenómeno ha desempeñado un papel importante en la democratización del acceso a los servicios financieros, permitiendo que personas y empresas de todo el mundo accedan a soluciones asequibles y accesibles. Sin embargo, este vertiginoso crecimiento de las *Fintech* no está exento de riesgos, y uno de los desafíos más apremiantes que enfrentan es la ciberseguridad. La digitalización de las transacciones financieras ha ampliado significativamente las posibilidades de robo de información, fraude y lavado de dinero, a menudo asociado al crimen organizado transnacional (COT). Los avances tecnológicos han brindado a los delincuentes nuevas herramientas y oportunidades para cometer delitos financieros a escala global.

Las autoridades reguladoras, ante estos desafíos han reconocido la necesidad de adaptar los marcos regulatorios y de supervisión a esta expansión del sector *Fintech*. La prevención de la corrupción y el combate contra actividades delictivas, especialmente aquellas vinculadas al COT, se han convertido en preocupaciones fundamentales en este entorno digital. En este contexto, exploraremos las innovaciones tecnológicas que respaldan a las *Fintech* y cómo estas pueden contribuir a la lucha contra la corrupción, en particular, la corrupción transnacional. Además, examinaremos tanto los beneficios como los riesgos asociados con las *Fintech* y cómo se pueden abordar

de manera efectiva para mantener la confianza en el sistema financiero y proteger a los consumidores y empresas.

Las tecnologías emergentes han surgido como un instrumento poderoso en la lucha contra la corrupción y el COT. Estas tecnologías no solo han transformado la forma en que interactuamos con el dinero y los servicios financieros, sino que también están desempeñando un papel crucial en la prevención y detección de actividades corruptas. Sin embargo, en un mundo donde la cantidad de datos disponibles crece exponencialmente cada día, la tarea de cumplir con estas regulaciones se ha vuelto abrumadora para las empresas financieras. La recopilación y verificación de información de clientes, así como el monitoreo constante de las transacciones, plantean desafíos significativos en términos de tiempo y recursos.

Por ello, la tecnología *Regtech* se ha convertido en una aliada invaluable en la automatización y fortalecimiento de los procesos de cumplimiento, aliviando la carga de trabajo de las instituciones financieras. A través de la implementación de soluciones tecnológicas avanzadas, el *Regtech* ha demostrado ser capaz de acelerar y mejorar la eficacia de los controles, permitiendo una respuesta más ágil a las demandas regulatorias en constante evolución.

Finalmente, si bien en las últimas décadas hemos sido testigos de avances significativos en la digitalización de las cadenas de suministro y la adopción de tecnologías como la computación en la nube, la inteligencia artificial y el internet de las cosas, la BCT ha mostrado su capacidad para representar las transacciones como más que simples intercambios financieros. Si bien en su origen se diseñó para facilitar transacciones económicas, esta tecnología ha evolucionado para abarcar un espectro mucho más amplio de posibilidades. En un escenario empresarial, una transacción en BCT puede ir más allá de un simple intercambio de dinero, convirtiéndose en una herramienta versátil para registrar, gestionar y rastrear diversas actividades relacionadas con activos digitales o físicos, de manera eficiente y transparente.

En lucha contra la corrupción, y en particular la corrupción transnacional, la tecnología BCT se presenta como una herramienta prometedora, que permite rastrear, documentar y verificar las transac-

ciones financieras sospechosas que buscan ocultar el flujo de dinero ilícito, debido a su capacidad para registrarlas de manera inmutable. Además, la capacidad de crear contratos inteligentes automatizados en esta tecnología puede garantizar que los acuerdos comerciales sean ejecutados de manera justa y transparente, reduciendo el espacio para la corrupción y el fraude en los negocios internacionales. Sin embargo, a pesar del entusiasmo y el interés creciente en esta tecnología, aún existen desafíos y ambigüedades que deben abordarse.

2. *FINTECH*, EXPOSICIÓN DE RIESGOS Y ACCIONES DE MITIGACIÓN

2.1. Primera aproximación

El crecimiento exponencial del desarrollo tecnológico ha generado nuevos paradigmas en los negocios a nivel global mediante nuevas empresas y visiones de negocio. Como resultado de la constante innovación, los representantes de los sectores económicos ajustan sus servicios o productos a los medios tecnológicos para lograr seguir a la vanguardia de sus respectivos sectores. Los servicios financieros de tecnología no son la excepción. Tecnologías emergentes como inteligencia artificial, robótica y aprendizaje automático son algunas de las herramientas que utilizan para brindar modelos de digitalización y de experiencia virtual completa de punta a punta con grandes beneficios, tanto para los empresarios como para cualquier tipo de persona.

Aunque los servicios *Fintech* pueden afectar a la banca tradicional, se han acoplado y han logrado trabajar en equipo con los bancos, siendo utilizados para servir de mejor manera a otras empresas y consumidores. De hecho, los servicios *Fintech* han abierto la puerta para que los proveedores de servicios no bancarios agreguen valor adicional al proceso bancario, creando herramientas desde la gestión de depósitos hasta la gestión de ingresos de bonos.

Los servicios *Fintech* se caracterizan por su rentabilidad, menores asimetrías de información, procesos operativos más rápidos y mayor concentración en el cliente. Sin embargo, al mismo tiempo, el cre-

cimiento de los servicios *Fintech* exacerba el riesgo cibernético y el potencial robo de información, fraude y lavado de dinero. Es por lo anterior que las autoridades supervisoras reconocen que los marcos regulatorios y de supervisión deben adaptarse a su rápida expansión.

En consecuencia, esta sección explora las innovaciones tecnológicas que respaldan el desarrollo, funcionamiento y provisión de nuevos modelos de negocios financieros, identificando sus beneficios y riesgos, y proporcionando algunos ejemplos y conocimientos de los marcos que abordan la innovación. Adicionalmente, identifica las diferentes herramientas en aras a mitigar los riesgos generados por los servicios *Fintech*, señalando las diferentes iniciativas y desarrollos en esta área desde una perspectiva antilavado de dinero (AML) y contra la financiación del terrorismo (CFT), con el objetivo de crear conciencia y centralizar esta información para el beneficio mutuo de los gobiernos y el sector privado en general.

2.2. La definición de Fintech

En cuanto a una definición, lo primero a identificar es que el Comité de Basilea ha optado por utilizar la definición de la *Financial Stability Board* (FSB) que entiende el *Fintech* como:

> Innovación financiera habilitada tecnológicamente que podría resultar en nuevos modelos de negocios, aplicaciones, procesos, o productos con un efecto material asociado en los mercados e instituciones financieras y la prestación de servicios financieros (FSD, 2017: 8).

Teniendo en cuenta lo anterior, la industria *Fintech* es aquella que utiliza tecnología avanzada para brindar servicios financieros a consumidores y corporaciones, yendo desde la compra y venta de criptomonedas hasta la autenticación de pagos electrónicos. Por ello, este es un género que interconecta varios actores para crear soluciones innovadoras destinadas a diferentes mercados. En general, los actores involucrados son principalmente *startups* tecnológicos, empresas tecnológicas más consolidadas, grupos de inversión y organizaciones de apoyo empresarial (aceleradoras e incubadoras).

Es debido a lo descrito previamente que, la industria *Fintech* es uno de los pilares de nuestro sistema financiero moderno, al punto

de estar hoy presente en cualquier procedimiento financiero, siendo la adaptabilidad y rápida interacción (sin mencionar la gratificación instantánea), que consumidores y propietarios de negocios esperan y necesitan cada vez más, uno de sus grandes beneficios.

Así, por ejemplo, ofrecen soluciones como facilidad de pago por medio de redes hasta la posibilidad de obtener créditos de manera rápida y fácil. De esta forma, ahora se puede abrir una cuenta bancaria a través de internet sin visitar físicamente un banco. Se puede también vincular la cuenta a un teléfono inteligente y usarla para monitorear las transacciones. Incluso, se puede convertir el teléfono inteligente en una "billetera digital" y utilizarlo para pagar online. Otros ejemplos de los servicios *Fintech* se encuentran en las industrias de seguros e inversiones porque los proveedores de seguros de automóviles ahora venden seguros online, en los que se supervisa la conducción del cliente mediante los datos recopilados a través de su teléfono inteligente.

Sin embargo, aun cuando las facilidades expuestas son importantes, el mayor beneficio que se encuentra dentro de la industria está en la inclusión (principalmente, la inclusión financiera). Esto, debido a que el origen del ecosistema *Fintech* se basa en atender audiencias no tradicionales u "olvidadas" por un sistema financiero clásico, que ha buscado tradicionalmente mejorar los productos y servicios para sus clientes más exigentes (y generalmente más rentables), dejando a un lado las necesidades de algunos segmentos de población e ignorando a otros.

Es en este punto donde se hace necesario reconocer la importancia que tiene la industria *Fintech*, porque mediante la ayuda de las nuevas tecnologías se ha dado cobertura y alcance a las clases medias y la población no bancarizada. Por lo mismo, es importante destacar al poder de la tecnología para seguir avanzando.

2.3. Los beneficios de los servicios Fintech

Las innovaciones de tecnología financiera tienen beneficios potenciales para todos los usuarios, ya sean personas naturales o jurídicas, porque pueden alterar las estructuras industriales existentes,

difuminar los límites de la industria, facilitar la desintermediación estratégica, revolucionar la forma en que las empresas existentes crean y entregan productos y servicios, proporcionar nuevas puertas de enlace para la iniciativa empresarial y democratizar el acceso a los servicios financieros.

Los servicios *Fintech* incluyen en la actualidad varias aplicaciones de la tecnología BCT, nuevos sistemas de asesoramiento y comercio digital, inteligencia artificial y aprendizaje automático, préstamos entre pares, *crowdfunding* y sistemas de pago móvil. Estos servicios traen grandes beneficios como ampliar el acceso a los servicios financieros (inclusión financiera), llegar a los consumidores desatendidos, reducir costos de transacción y proporcionar mayor transparencia con productos más simples y declaraciones más claras de costos. De esta manera, se genera una mayor comodidad y eficiencia, además, de permitir controles más estrictos sobre el gasto y el presupuesto. Algunas oportunidades, particularmente importantes, a considerar son las siguientes:

1. La comodidad en los servicios bancarios. Lo primero a identificar es que los bancos tienen una posición estática porque se encuentran regulados y saben cómo llevar productos a este tipo de mercados. Ahora, aun cuando sea "segura" su posición en el mercado, también han identificado como las empresas de tecnología financiera pueden ayudar a la industria bancaria a mejorar sus ofertas tradicionales de muchas maneras. De esta tarea se encarga un segmento importante de la industria *Fintech*, identificada como "banca en línea y móvil" (ASBA, 2017). Este segmento, consta de plataformas proporcionadas por los bancos a través de las cuales los usuarios pueden realizar, en tiempo real, una serie de operaciones, tales como transacciones bancarias, revisión de saldos de cuentas, depósito de cheques o hasta nuevos servicios como la compra o venta de moneda extranjera y compra de instrumentos de inversión. Como resultado, los usuarios acceden a las plataformas bancarias en línea a través de navegadores web. Además, las plataformas de banca móvil permiten acceder a los mismos servicios a través de aplicaciones especializadas para teléfonos móviles, eliminando cualquier tipo de acercamiento físico a las instalaciones del banco.

2. Los servicios personalizados. La industria *Fintech* es capaz de analizar los datos del cliente para ofrecer servicios personalizados y brindar una mayor comunicación interactiva a través de múltiples canales, aumentando significativamente el compromiso con el cliente y la experiencia. Así, se han desarrollado herramientas como los *robots advisors* (Dominik, 2019), por medio de las cuales se materializa la asesoría automatizada en inversiones. Este tipo de herramientas emplea métodos de aprendizaje automático para generar sugerencias de inversión específicas, donde el consejo es calibrado de acuerdo con el apetito de riesgo y los objetivos del inversor.

De la misma forma, se ha desarrollado el segmento "*Insurtech*", en el cual, gracias al procesamiento automatizado de los datos de los clientes, se logra personalizar el servicio. *Big data*, inteligencia artificial (AI) e internet de las cosas (IoT) son el foco actual de Insurtech, debido a que, mediante el uso de la interacción digital, la IA y una amplia gama de fuentes de datos, las empresas pueden ofrecer seguros asequibles "a medida" a las personas que requieren cuidados especiales, evitando así los seguros genéricos.

3. Los menores costos de transacción. El acceso a Internet y las tecnologías móviles han distribuido las ganancias en el costo de las transacciones debido a que los usuarios de teléfonos móviles ahora pueden acceder a una gama completa de servicios financieros directamente desde sus propios dispositivos (Bergara & Ponce, 2017). Así, las innovaciones que ofrece la tecnología financiera en el segmento de los "pagos digitales" pueden acelerar las transferencias y los pagos, y reducir los costes bancarios. Un buen ejemplo de ello son las billeteras digitales para que los usuarios transfieran dinero. Para realizar una transferencia, el proveedor de servicios cobra una tarifa por restar dinero de la billetera del usuario y agregar dicho valor a la billetera del receptor. En consecuencia, el proceso no requiere transferencias de dinero de un banco a otro, ya que el dinero asociado con ambas billeteras es parte del ecosistema de pago del proveedor. Por ello, los servicios *Fintech* incurren en costos operativos más bajos y permiten cobrar tarifas menores que las tradicionales.

4. La inclusión financiera. Este tipo de inclusión es la provisión de productos y servicios financieros asequibles, accesibles y relevantes a personas y empresas que anteriormente no tenían acceso a ellos

(Christy, 2019). De este modo, la industria *Fintech* está promoviendo la inclusión financiera al tratar de garantizar el acceso a servicios financieros formales no solo para los que están en la cima de la economía nacional, sino también a empresas familiares, hogares de bajos ingresos y hasta un subconjunto significativo de no bancarizados o subancarizados, a menudo en entornos rurales y comunidades inmigrantes.

Con base en lo anterior, es posible concluir que la industria *Fintech* resulta una herramienta muy importante porque ha transformado la industria bancaria y ha revolucionado la infraestructura tecnológica. Gracias a los beneficios que ofrece, ha sido valorada en 2022 en 26,5 billones de dólares, con una tasa compuesta anual del 6% (MarketScreener), pues ha brindado un valor inigualable para consumidores, inversores, empresas y otras partes interesadas a través de sus soluciones de próxima generación.

5. Las innovaciones de tecnología financiera tienen beneficios potenciales para todos los usuarios, ya sean personas naturales o jurídicas. Lo anterior, debido a que estas innovaciones pueden alterar las estructuras industriales existentes y difuminar los límites de la industria, facilitar la desintermediación estratégica, revolucionar la forma en que las empresas existentes crean y entregan productos y servicios, proporcionan nuevas puertas de enlace para espíritu empresarial y democratizar el acceso a los servicios financieros.

Por otro lado, crean una privacidad significativa, desafíos regulatorios y de aplicación de la ley y podrían aumentar el alcance de algunas formas de discriminación. Ejemplos de innovaciones que son fundamentales para *Fintech* en la actualidad incluyen varias aplicaciones de tecnologías BCT, nuevos sistemas de asesoramiento y comercio digital, inteligencia artificial y aprendizaje automático, préstamos entre pares, capital crowdfunding y sistemas de pago móvil

Así, los servicios que está ofreciendo la industria *Fintech* traen grandes beneficios como ampliar el acceso a los servicios financieros (inclusión financiera), llegar a los consumidores desatendidos, reducir costos de transacción, proporcionar mayor transparencia con productos más simples y declaraciones claras de costos; generando así una mayor comodidad y eficiencia, además de permitir controles

más estrictos sobre el gasto y el presupuesto. Algunas oportunidades importantes a considerar incluyen:

1. Comodidad en los servicios bancarios. Lo primero a identificar es que los bancos ya están regulados y saben cómo llevar productos a un mercado regulado, pues su posición dentro del mercado, por lo menos en el territorio colombiano, es estática. Ahora, aun cuando sea "seguro" su posición en el mercado, también han identificado como las empresas de tecnología financiera podrían ayudar a la industria bancaria a mejorar sus ofrendas tradicionales de muchas maneras.

2. De esta tarea se encarga un segmento importante *Fintech* identificado como "banca en línea y móvil"[2]. Sobre este segmento, consta de plataformas proporcionadas por los bancos a través de las cuales los usuarios pueden realizar, en tiempo real, una serie de las siguientes operaciones tradicionales como transacciones bancarias, revisión de saldos de cuentas, transferencia de fondos entre cuentas, depositar cheques o hasta nuevos servicios como la compra o venta de moneda extranjera y compra de instrumentos de inversión.

De esta forma, los usuarios acceden a las plataformas bancarias en línea a través de navegadores web y las plataformas de banca móvil brindan los mismos servicios que plataformas bancarias en línea, pero los usuarios acceden a ellas a través de aplicaciones especializadas para teléfonos móviles, eliminando así cualquier tipo de acercamiento físico a las instalaciones del banco.

3. Servicios personalizados. Por otra parte, potenciado por nuevas tecnologías, la *Fintech* es capaz de analizar al cliente datos para ofrecer personalizados servicios y brindar una mayor comunicación interactiva a través de múltiples canales, aumentando significativamente compromiso del cliente y experiencia.

Siendo uno de los grandes ejemplos, se han desarrollado herramientas como los robo-advisors[3], por medio de las cuales se materializa la asesoría en inversiones automatizada. Sobre este tipo de herramientas, emplean métodos de aprendizaje automático para generar sugerencias de inversión específicas; este consejo es calibrado de acuerdo con el apetito de riesgo y los objetivos del inversor. De la misma manera, se ha desarrollado el segmento *Insurtech*, el cual, gra-

cias al procesamiento automatizado con base a los datos de clientes, lograr personalizar el servicio; Big Data, Inteligencia Artificial (AI) e Internet de las Cosas (IoT) son el foco actual de Insurtech. Lo anterior debido a que, mediante el uso de digital interacción, inteligencia artificial (IA), y una amplia gama de fuentes de datos, las empresas han podido ofrecer seguros "a medida"; va creando un seguro asequible para personas que tienen un cuidado especial, evitando cualquier tipo de seguros genéricos.

4. Menores costos de transacción. Siendo el beneficio común de la industria *Fintech*, debido a una fuerte digitalización de procesos y enfoque especializado, conlleva a la reducción de los costos de transacción. En particular, el acceso a Internet y las tecnologías móviles han distribuido las ganancias en el costo de las transacciones debido a que, como se identificó previamente, los usuarios de teléfonos móviles ahora pueden acceder a una gama completa de servicios financieros directamente desde sus propios dispositivos[4].

Así, las innovaciones de los jugadores de tecnología financiera pueden acelerar las transferencias y los pagos y reducir sus costes. Por ejemplo, en el ámbito de las transferencias, las empresas de tecnología financiera pueden proporcionar servicios bancarios más rápidos a un costo menor; este último segmento de la industria identificado como "pagos digitales".

Este tipo de segmento proporciona herramientas comúnmente identificadas como billeteras digitales para que los usuarios transfieran dinero. Para realizar una transferencia, el proveedor de servicios cobra una tarifa para restar dinero del enviar la billetera del usuario y agregar dinero a la billetera del usuario receptor; lo último significa que, el proceso no requiere transferencias de dinero de un banco a otro, ya que el dinero asociado con ambas billeteras es parte del proveedor ecosistema de pago. Debido a esto, las transferencias realizadas por empresas *Fintech* son más baratas y rápidas que las realizadas por competidores tradicionales, pues los servicios de transferencia desde una empresa *Fintech* incurren en costos operativos más bajos y pueden cobrar tarifas más bajas que las tradicionales.

5. Inclusión financiera. Lo primero a identificar es que, la inclusión financiera es la provisión de servicios asequibles, accesibles y

relevantes productos financieros a personas y empresas que anteriormente no habían podido para acceder a estos productos[5].

Teniendo en cuenta esta definición, es importante mencionar que esta industria está desarrollando la inclusión financiera al tratar de garantizar el acceso a servicios financieros formales para todos, no solo para los que están en la cima de la economía nacional, pero también a los más excluidos; esos son: bajos ingresos hogares y empresas familiares y hasta un subconjunto significativo de no bancarizados o sub-bancarizados, a menudo en entornos rurales y comunidades inmigrantes.

Teniendo en cuenta todos estos beneficios, es posible identificar como la tecnología está cambiando el panorama del sector financiero, aumentando el acceso a los servicios financieros de manera profunda. Los servicios financieros digitales son más rápidos, más eficientes y, por lo general, más baratos que los servicios financieros tradicionales. Por lo tanto, llegan cada vez más a los hogares de menores ingresos y a las pequeñas y medianas empresas (PYME), desarrollando además un papel preponderante durante la crisis de salud de COVID-19.

2.4. Los riesgos de los servicios Fintech

A medida que las empresas de tecnología financiera se vuelven más populares, es importante considerar los riesgos (ASBA, 2017) que conllevan los servicios *Fintech*, entre los que destacan los mencionados a continuación:

1. El riesgo operacional. Se entiende como tal el riesgo de pérdida resultante de procesos internos, personas y sistemas inadecuados o fallidos, o de eventos externos, así como el riesgo que surge de la ejecución de las funciones comerciales de una institución (Udemy, s.f.). Este tipo de riesgo existe en todas las organizaciones, independientemente del tamaño o la complejidad, desde las instituciones más grandes hasta los bancos regionales y comunitarios. Por ello, se han desarrollado diferentes guías para mejorar su manejo.

En cuanto a la materialización del riesgo operacional se puede distinguir entre fallos tecnológicos y errores humanos. Con respecto

a los primeros, la tecnología innovadora es esencial para las empresas *Fintech*, porque así es como generan un impacto en los servicios financieros tradicionales. Sin embargo, esta gran dependencia de la infraestructura tecnológica significa que las empresas pueden ser vulnerables. Así, los fallos tecnológicos pueden significar que los clientes no puedan acceder a los servicios, lo que resulta en la pérdida de ingresos o clientes. Esto incluye retrasos en las transacciones debido a la mala (o falta de) señal de internet, o debido a que los dispositivos de los agentes no funcionan, lo que puede resultar en una entrada de datos incorrecta, un error en el mantenimiento de los sistemas, fallas de ejecución, fallas de entrega y fallas de gestión de procesos. Debido a la "nueva" complejidad de las redes que proveen los servicios de tecnología y a la creciente automatización de los procesos, el número de posibles puntos de interrupción vinculados a la tecnología puede crecer si no hay una clasificación y comprensión de estos.

Por su parte, los errores humanos incluyen problemas como cuando agentes o clientes ingresan números de cuenta incorrectos o seleccionan servicios que no querían. Además, si bien es posible un trabajo conjunto con los bancos, sus sistemas tradicionales o sus prácticas de implementación pueden no ser lo suficientemente adaptables (GUIDICI, 2018). Debido a lo anterior, se deben utilizar un mayor número de terceros, ya sea a través de la subcontratación (por ejemplo, informática) o mediante asociaciones de tecnología financiera, lo que aumenta la complejidad de las operaciones, y crea riesgos relacionados con la seguridad de los datos, la privacidad, el blanqueo de capitales y los delitos cibernéticos.

2. El riesgo derivado de que los servicios están en manos de terceros. La proliferación de productos innovadores que aumenta la complejidad de la prestación de los servicios financieros hace más difícil gestionar y controlar los procedimientos, los datos y la relación con sus propios consumidores. Además, surge la necesidad de relacionarse con terceros especializados que ayuden en la prestación de ciertos servicios, lo que genera la existencia de una relación de dependencia, que puede llegar a comprometer la reputación de la entidad, en caso de que la prestación de dicho servicio presente fallas. Así, un mal manejo en los productos que desarrolla un aliado puede dar

como resultado una mala experiencia para el cliente, que provoque que su fidelidad con la entidad se vea comprometida.

3. El riesgo de seguridad cibernética. Debido a la arquitectura abierta de los dispositivos móviles y su susceptibilidad al *malware*, los datos de información personal y confidencial no cifrados pueden verse comprometidos o filtrados a través de actividades de piratería. Por ello, la industria *Fintech* desarrolla diversos mecanismos para proteger la autorización de transacciones, la autenticación de tarjetas, el desempeño de operaciones y la seguridad del sistema (Muhn, 2020). Además, dada la complejidad de los servicios *Fintech*, la seguridad interna no siempre es suficiente, especialmente cuando se trata de bancos. Por lo tanto, la mayor parte del tiempo, cuando los bancos u otras instituciones financieras aprovechan un servicio *Fintech* de un proveedor de servicios es necesario considerar nuevas herramientas para la protección de este nuevo procedimiento. Así, por ejemplo, si bien los servicios basados en la nube son uno de los aspectos importantes de la industria *Fintech* (desde pasarelas de pago y billeteras digitales hasta pagos seguros en línea), considerándose como un medio seguro de almacenar los datos, la falta de medidas de seguridad adecuadas, puede resultar en la corrupción de la información financiera confidencial.

4. El riesgo de fraude. Debido a los constantes cambios en la tecnología y al aumento de la frecuencia y el volumen de las transacciones digitales, las empresas no siempre están completamente equipadas para prevenir el fraude. El robo de identidad (la apropiación indebida de la identidad de otra persona al apuntar a su información personal) y el *phishing* (el uso de comunicaciones fraudulentas como sitios web, mensajes de texto y correos electrónicos para inducir a las personas a compartir su información personal) son dos de los tipos más comunes de dispositivos fraudulentos que se emplean. Como resultado, hay varios segmentos *Fintech* que están en constante riesgo de fraude, como, por ejemplo, los que involucran plataformas *peer-to-peer* y *crowdfunding*, porque no hay forma de que los inversionistas ponderen la viabilidad de los proyectos o hagan un seguimiento sobre la asignación de los recursos. Asimismo, el fraude en los segmentos de pagos digitales incluye actividades fraudulentas o ilícitas en los procesos de pago, como el drenaje de fondos en la relación.

Esto ha generado una constante preocupación por parte de los usuarios, lo que ha llevado al desarrollo de soluciones para reducir los riesgos de fraude. Así, son particularmente populares en el contexto de los pagos a través de teléfonos móviles los métodos de verificación biométrica, reconocimiento de huellas dactilares, voz e iris y la tokenización, consistente en la generación de un "*token*" u OTP (*One Time Password*) único para cada transacción, manteniendo todos los datos confidenciales, como el nombre y el número de la tarjeta, almacenados de forma remota (PYMNTS, 2019).

5. El riesgo regulatorio. Uno de los problemas de la eficiencia y la estabilidad financieras se deriva de la regulación promovida por el gobierno, que puede limitar el desarrollo tecnológico, amplificar los costos, crear mayores riesgos a los consumidores y desarrollar un (falso) sentido de seguridad para el público. Teniendo en cuenta lo anterior, el riesgo regulatorio es una prioridad para las instituciones financieras que se asocian con empresas *Fintech*, porque su rápido aumento y la falta de entendimiento han impedido hasta el momento una adecuada regulación de amplios sectores de la industria. Aun cuando gran parte de los marcos regulatorios se están actualizando, el panorama para diferentes territorios sigue siendo incierto y podría pasar mucho tiempo antes de que se modifiquen las regulaciones bancarias para abordar los servicios *Fintech*.

2.5. El Grupo de Acción Financiera Internacional

Como se identificó previamente, uno de los objetivos más importantes a tener en cuenta al desarrollar una empresa de tecnología financiera, es la mitigación del riesgo operativo, específicamente en relación con el AML/CTF. En este sentido, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), es el organismo que establece estándares globales para el AML y el CFT, con el fin de alinear la integridad financiera y los objetivos de inclusión financiera. Por ello, el GAFI explora las oportunidades ofrecidas por las nuevas tecnologías financieras y regulatorias para mejorar la implementación efectiva del AML/CFT (Malady, Ross & Douglas, 2019).

En este sentido, en junio de 2013, el GAFI emitió una guía centrada específicamente en comprender cómo aplicar un Enfoque

Basado en Riesgos (RBA) al implementar medidas AML/CFT para nuevos métodos de pago *Fintech*, como las tarjetas prepagadas, los pagos móviles y los servicios de pago basados en internet (FATS, 2013). La guía se basa en el "principio de proporcionalidad", promovido en los Principios del G20 para la Inclusión Financiera Innovadora, lo que significa lograr un equilibrio adecuado entre riesgos y beneficios al adaptar la regulación para mitigar el riesgo del producto sin imponer una carga regulatoria indebida que podría sofocar la innovación.

De esta forma, se puede observar como el GAFI está trabajando para comprender los riesgos y vulnerabilidades de los nuevos servicios de pago y los nuevos productos financieros, así como el impacto de los estándares internacionales en AML/CFT en las innovaciones tecnológicas en las que se basan los servicios y productos financieros. Esto, con el fin de que las medidas y la regulación AML/CFT se mantengan actualizadas frente al surgimiento de nuevas tecnologías. Así mismo, también se busca comprender el impacto que tienen las innovaciones y las tecnologías financieras en el sistema financiero y entender y mitigar los riesgos asociados en materia de lavado de activos y financiación del terrorismo.

2.6. Principios para la gestión de riesgo en la industria Fintech

Independientemente del enfoque que adopten las empresas *Fintech* para los mercados, a medida que los riesgos identificados anteriormente se vuelven más evidentes y aumentan con el crecimiento de una empresa de tecnología financiera, es probable que sea necesario crear, o ampliar, programas de gestión de riesgos que incluyan el cumplimiento.

A pesar de que el RBA es costoso y a menudo no se mide en términos de retorno de la inversión de manera material, sin el mismo, la capacidad de una *Fintech* de continuar su trayectoria para generar ingresos puede verse limitada, tanto por la desconfianza que genera al consumidor como por las mismas limitaciones de las autoridades. Es por ello que, el éxito de los programas de gestión de riesgos en entornos regulatorios y comerciales que cambian con rapidez son cada vez más importantes (al igual que sucede también para las em-

presas tradicionales). Por lo tanto, si una empresa no cuenta con este tipo de programas o si el que ha implementado es rudimentario en alcance y diseño, es menester que identifique estos cuatro principios (The Risk Management Association, 2013) para su gestión de riesgos:

1. Dar el tono desde la parte superior. Esto significa establecer por el liderazgo de la organización una "atmósfera" en el lugar de trabajo, donde la ética y la integridad sean definidas por los propios gerentes de la empresa. Así, si estos últimos demuestran ética e integridad, los empleados estarán más inclinados a defender estos mismos valores (Cong, Freedman & Park, 2014). Sin embargo, si la alta dirección parece indiferente a la ética y se centra únicamente en el resultado final, es muy probable que los empleados sean más propensos a cometer fraude porque sienten que la conducta ética no es un enfoque o una prioridad dentro de la organización. Por ende, es imperativo que la junta directiva y la gerencia ejecutiva de una empresa comprendan los procesos críticos, los controles internos y los planes de mitigación de la organización, y encabecen la creación de una estructura y cultura organizacional en la que se comprenda y respete la "ética en el lugar de trabajo".

2. Adoptar una perspectiva de principio a fin con un fuerte enfoque en acciones basadas en riesgos. Esta perspectiva tiene como objetivo definir y documentar un marco de riesgos que se alinee con los identificados en los ámbitos regulatorio y operativo a través de una evaluación formal del riesgo empresarial (Deloitte & Touche, 2018). Una vez que el marco ha sido definido, y los procesos y programas regulatorios del riesgo están operativos, es necesario seguir realizando pruebas periódicas para la identificación de nuevos riesgos y el control de su mitigación.

3. Dar incentivos efectivos. Una vez se tenga una perspectiva completa de los riesgos y se hayan comunicado a toda la organización por la junta directiva, la gerencia y el comité de riesgos deben identificar como puede ayudar a sus empleados para incurrir en riesgos más bajos. Así, por ejemplo, según el estudio del *Global Information Security Workforce Study* (Booz Allen Hamilton, 2017), realizado con la participación de 2620 profesionales de ciberseguridad en el gobierno federal de EE. UU., un 70% de los encuestados no disponía de las herramientas necesarias para hacer frente a las amenazas ci-

bernéticas. El mismo estudio señaló que los incentivos efectivos para atraer y retener al personal de seguridad cibernética son: (a) ofrecer programas de capacitación o pagar por la certificación de seguridad; (b) mejorar los paquetes de compensación; y (c) establecer horarios de trabajo más flexibles.

4. Incorporar la gestión de riesgos a los nuevos productos. La estrategia de riesgo de la organización y de cada uno de sus procedimientos, junto con los procesos y controles críticos, deben convertirse en parte integral de las operaciones diarias de las unidades de negocios, hasta la toma de decisiones individuales. De tal forma, a medida que se desarrollan nuevos productos y servicios en la organización, y se forman nuevas relaciones con socios externos, se deben analizar todas las dimensiones del riesgo sobre cada uno de los nuevos productos, servicios y socios. Como resultado, aun cuando las empresas *Fintech* no pueden ser entendidas como entidades financieras, sus productos tienen en todo caso un impacto en la industria de los servicios financieros, ya sea en comercio, préstamos, captación de depósitos u otras áreas. Por ello, es probable que estos resultados atraigan un nivel creciente de escrutinio por parte de los reguladores que se centran en el desempeño operativo repetible, sostenible y compatible para la industria de los servicios financieros.

En consecuencia, las empresas *Fintech* han de centrarse en sus propias capacidades de gestión de riesgos para seguir siendo parte del sistema financiero. Se trata de una oportunidad importante para ellas, especialmente porque enfrentan una variedad de desafíos similares a los que tienen las instituciones financieras tradicionales, por lo que, más allá del cumplimiento normativo y la protección de la integridad operativa, es necesario desarrollar un RBA eficaz que pueda ayudar a promover una mejora operativa continua en toda la empresa.

Los principios enunciados pueden ayudar a aliviar la limitación en sus actividades que las empresas *Fintech* han empezado a constatar debido a su creciente supervisión regulatoria. Sin embargo, es necesario que continúen trabajando en identificar nuevas herramientas que puedan aplicar a estos efectos.

2.7. Medidas antilavado de activos y contra la financiación del terrorismo

2.7.1. Primera aproximación

A la luz de los acontecimientos recientes que han aumentado la gama de innovaciones financieras, la prevalencia de su uso y su ritmo de evolución han provocado que los reguladores tengan el desafío de mantenerse al día con los desarrollos tecnológicos y de evaluar continuamente la adecuación de los marcos. Es especialmente exigente asegurar que la regulación y la supervisión permitan a las empresas *Fintech* ejecutar sus modelos de negocio sin socavar la protección del cliente, la integridad de los mercados financieros y la estabilidad general del sistema financiero en su conjunto.

En relación con el AML/CFT, nuevos modelos comerciales que ofrecen servicios digitales (por ejemplo, criptomonedas virtuales) aumentan las vulnerabilidades y debilidades, que no pueden ser descuidadas por reguladores y supervisores. Lo anterior, debido a que este tipo de soluciones, aun cuando evocan un mayor número de actores financieros (inclusión financiera) y un manejo más sencillo, también traen consigo actividades abusivas gracias a la ejecución anónima de transacciones transfronterizas, o a la manipulación de datos personales, lo que provoca que las instituciones y autoridades públicas tengan una mayor desconfianza en las transacciones complejas. Por ejemplo, se han identificado actividades abusivas en el proceso de identificación por video, como es el caso de un grupo de estafadores que pudieron manipular las solicitudes de empleo en línea a través de la plataforma, permanecer sin ser reconocidos y utilizar las cuentas bancarias que abrieron con la información de las solicitudes para actividades de blanqueo de capitales (Deloitte, 2018). En consecuencia, es necesario que las medidas recogidas en la regulación AML/CFT sean también aplicables a los actores que ofrecen servicios *Fintech*.

2.7.2. Elementos esenciales de las medidas AML/CFT

Un programa AML/CFT debe basarse en la comprensión de los riesgos que enfrenta la institución, los requisitos reglamentarios per-

tinentes, la orientación reglamentaria y el impacto potencial del incumplimiento de los requisitos nacionales en materia AML/CFT y de las expectativas del sistema financiero. Como resultado, un programa AML/CFT debe incluir los siguientes componentes (BCBS, 2017):

1. La gobernanza. Una estructura de gobernanza sólida es la base de un programa AML/CFT eficaz al incluir una junta directiva y una alta gerencia que marcan la pauta en la materia, establecer la contratación de un director de AML/CFT calificado y dotar de recursos a las siguientes "tres líneas de defensa": (a) la primera línea de defensa está conformada por el personal de atención al cliente (oficina de atención al cliente), quienes son los primeros responsables de identificar, evaluar y controlar los riesgos que plantea su línea de negocio o enfoque particular; (b) la segunda línea de defensa incluye la función del director general AML/CFT, que es responsable de la ejecución de partes específicas del programa AML/CFT (incluyendo la política y el procedimiento, el desarrollo, la operación del sistema de transacciones sospechosas, los procesos de investigación, los reportes requeridos, los informes de divisas y otros requisitos de la legislación local), y trabaja en estrecha colaboración con las unidades de negocio para proporcionar capacitación y comprensión de los requisitos AML/CFT y los conceptos basados en riesgos; y (c) la tercera línea de defensa es la función de auditoría interna que es responsable de evaluar de manera independiente la efectividad de los programas y procesos creados en la primera y segunda líneas de defensa (los empleados de auditoría interna deben, en todo caso, tener suficiente experiencia en la auditoría de programas AML/CFT). Con ello, se busca materializar un compromiso público al más alto nivel de la entidad para cumplir con los requisitos AML/CFT como parte de su misión de gestión de riesgos (principio del establecimiento del "tono en la parte superior").

2. La identificación, evaluación y mitigación de riesgos. Como segundo punto, las compañías *Fintech* deben tener un conocimiento profundo de los riesgos que enfrentan como empresa. Aunque hay varios enfoques dentro de la industria para realizar una evaluación de riesgos, todos ellos incluyen comúnmente las siguientes tres fases (BCBS, 2015): (a) la identificación y evaluación de los riesgos inherentes que enfrentan las compañías *Fintech* en relación con los

siguientes aspectos de sus actividades: (i) los consumidores; (ii) los productos y servicios; (iii) los canales de distribución; (iv) las regulaciones existentes; y (v) la relación con los terceros proveedores; (b) la evaluación de la calidad de los controles existentes para los riesgos inherentes identificados (las compañías *Fintech* deben evaluar el diseño general y la efectividad operativa de sus controles internos y las auditorías independientes); y (c) la evaluación de los riesgos residuales, entendidos como los riesgos restantes después de que se apliquen los controles a los riesgos inherentes (se trata de un proceso mediante el cual las conclusiones agregadas se deducen tanto de los riesgos inherentes como de los controles de evaluación, realizase una determinación de los riesgos residuales), con el fin de determinar si se gestiona de forma eficaz o si es necesario implementar algún nuevo mecanismo de control o procedimiento.

3. Las políticas y procedimientos. Una vez desarrollada la evaluación de los riesgos residuales, las compañías *Fintech* deben eliminar tales riesgos mediante la creación de las políticas, procedimientos y controles internos AML/CFT, los cuales han de abordar los riesgos únicos y los perfiles de riesgo[1] (con el objetivo de prevenir, detectar y reportar actividades potencialmente sospechosas, cumpliendo con el marco normativo y estableciendo un fuerte control interno y entorno de gestión de riesgos).

4. La identificación del consumidor y la aplicación de los protocolos de debida diligencia. Para crear los perfiles de riesgo y así gestionar los riesgos de manera efectiva, las empresas *Fintech* deben comprender quiénes son sus clientes. Para alcanzar esto, deben llevar a cabo la identificación de todos sus clientes y aplicarles los protocolos de debida diligencia, tanto al momento de iniciar su relación con los mismos, como a lo largo su relación mediante sucesivas actualizaciones. Para lograr una adecuada identificación, es recomendable implementar soluciones para ahorrar tiempo y dinero, pues hay una se-

---

[1] Al diseñar e implementar políticas, procedimientos, y controles internos, las empresas *Fintech* deben utilizar un enfoque basado en riesgos. Esto último implica que, los clientes de mayor riesgo, productos de mayor riesgo u otros factores, pueden necesitar controles más estrictos y un seguimiento continuo.

rie de aplicaciones tecnológicas emergentes que tienen el potencial de mejorar la eficiencia y eficacia de los procesos AML/CFT y, por lo tanto, mejorar la operación de las medidas KYC[2]. Asimismo, una vez identificados estos últimos, es recomendable crear las calificaciones de riesgo de los clientes (estas son las que respaldan las decisiones de entablar, o no, una relación comercial con ellos) y determinar los niveles de controles necesarios que se deben emplear. Por último, a la hora de elaborar los perfiles de riesgo de los clientes, estos se pueden desarrollar a nivel individual, o para grupos de clientes con características similares como, por ejemplo, un grupo de clientes minoristas que tienen ingresos y transacciones similares.

5. El monitoreo de las transacciones. Además de la identificación de los clientes, es necesario realizar el monitoreo de sus transacciones, lo que implica un ejercicio manual o electrónico basado en ciertos parámetros (por ejemplo, nombres de clientes y beneficiarios, y volumen, valor, país de origen o de destino de las transacciones) para determinar si son consistentes con el conocimiento que tiene la empresa del cliente (FATF, 2014). El grado y la naturaleza del monitoreo de las transacciones deben estar basados en el riesgo. Con este enfoque, es posible definir cuáles son las situaciones de mayor riesgo, que requieren un mayor seguimiento. De la misma forma, puede aplicarse un seguimiento reducido a situaciones de menor riesgo (por ejemplo, clientes con menor riesgo inherente, productos y servicios que tienen límites estrictos y jurisdicciones de menor riesgo en las transacciones). Aun así, como mínimo, un sistema de seguimiento de transacciones debe tener la capacidad de: (a) generar información clave para el consejo de administración y la alta dirección, como cambios en los perfiles de los clientes; y (b) proporcionar una vista centralizada de la información por cliente o producto (BCBS, 2017).

6. La emisión de informes. Una parte esencial de la lucha contra el blanqueo de dinero en todas las jurisdicciones consiste en proporcionar los informes sobre transacciones financieras importantes. Así,

---

[2] Los procedimientos KYC involucran todas las acciones necesarias para asegurarse de que sus clientes sean identificados y autenticados. Estos procesos ayudan a prevenir e identificar el lavado de dinero, el financiamiento del terrorismo y otros esquemas de corrupción ilegal.

las compañías *Fintech* deberían iniciar un procedimiento para incluir informes de transacciones sospechosas para poder proporcionarlos a las agencias gubernamentales apropiadas (informes externos), los cuales, aunque no son un estándar del GAFI, se han convertido en una fuente cada vez más importante de inteligencia sobre delitos financieros. Además, se deberían crear informes internos de la empresa, los cuales han de estar disponibles y ser comúnmente discutidos durante los comités de riesgo o cumplimiento, así como en las reuniones de operaciones, incluyendo a todas las partes interesadas relevantes como la alta dirección, los ejecutivos de primera línea y los oficiales de cumplimiento, entre otros. Estos informes deberían ser suficientemente detallados y cubrir los indicadores de riesgo claves (KRI) para facilitar la evaluación por la dirección de la compañía del estado de la exposición al riesgo AML/CFT.

7. La comunicación y el entrenamiento. No es posible una gestión eficaz del riesgo AML/CFT sin una organización transversal clara y rutinaria de la comunicación y la formación del personal adecuado. Debido a lo anterior, cuando sea posible, se espera que las compañías *Fintech* desarrollen mecanismos para compartir información relevante en toda la institución. Esto se logra gracias a la capacitación del personal, tanto de la junta de directores como del personal operativo, siendo un componente clave para que un programa AML/CFT que funcione de manera eficaz.

8. Auditoría interna y externa. Por último, una vez desarrollados los sistemas de prevención con cada uno de los pasos previos, queda una evaluación de los mismos, la cual se ha de llevar a cabo mediante auditorías internas y externas. La auditoría interna constituye la tercera línea de defensa que evalúa de forma independiente el programa AML/CFT y los procesos llevados a cabo por la primera y segunda líneas de defensa. En este caso, la alta dirección debe asegurarse que los auditores sean calificados, independientes y no tengan conflictos de intereses/responsabilidades comerciales que puedan influir en el resultado de la auditoría. Por otro lado, los auditores externos también pueden encargarse de evaluar los programas AML/CFT. Ahora bien, si se contratan auditores externos para evaluar la efectividad de estos programas, las empresas *Fintech* deben: (a) asegurarse de que el alcance de las auditorías aborde adecuadamente los riesgos del

lavado de activos y la financiación del terrorismo; (b) el personal sea calificado; y (c) se proporcionan recursos suficientes.

2.8. Conclusión

Teniendo en cuenta los beneficios y riesgos asociados con la nueva industria *Fintech*, es importante entender que se trata de un negocio en el que innovar es uno de sus objetivos. Por lo tanto, es necesario adoptar un nuevo conjunto de regulaciones para respaldar y fomentar su desarrollo y eliminar la innecesaria incertidumbre existente con respecto a los mismos. Además, es importante tener en cuenta que el entorno en el que actúan las compañías *Fintech*, de manera que, desde una perspectiva empresarial, es necesario implementar buenas prácticas y estrategias de acción que mermen los riesgos.

Así, a medida que las *Fintech* evolucionan y crecen, se enfrentan con el reto de mantenerse actualizando sus capacidades y cumplimientos de acuerdo con el contenido de sus negocios, operaciones y estrategia. Para lograr lo anterior, el primer paso está en analizar su marco de riesgos, para luego desarrollar su estructura y poner finalmente en marcha aquellos programas de gestión de riesgos, cumplimiento y AML/CFT (con los elementos arriba analizados) que sean necesario para superarlos. Solo de esta manera, las industrias *Fintech* podrán continuar con su impacto en el mercado, mientras se adaptan a expectativas cada vez mayores de gestión de riesgos, responsabilidad y cumplimiento.

En conclusión, el sector *Fintech* ha surgido como un motor de cambio significativo en el mundo de las finanzas, aprovechando la revolución tecnológica para democratizar el acceso a los servicios financieros y mejorar la eficiencia en la prestación de servicios. Sin embargo, este rápido crecimiento y la adopción de tecnologías emergentes también han traído consigo desafíos importantes, especialmente en la lucha contra la corrupción y el lavado de dinero.

Las *Fintech* han abierto nuevas oportunidades para la inclusión financiera al llegar a segmentos de la población previamente excluidos, pero también han introducido vulnerabilidades, como transacciones anónimas y la manipulación de datos personales, que pueden

ser aprovechadas por actividades ilícitas. Por tanto, es fundamental que las autoridades reguladoras y las propias *Fintech* implementen medidas rigurosas de prevención del lavado de dinero y la financiación del terrorismo (AML/CFT). Estas medidas incluyen una sólida estructura de gobernanza, evaluación de riesgos, políticas y procedimientos adecuados, identificación de clientes, monitoreo de transacciones y auditorías internas y externas. Además, es esencial que las *Fintech* colaboren estrechamente con las autoridades regulatorias y con organizaciones como el GAFI para establecer estándares globales que aseguren la integridad financiera y la inclusión financiera en este entorno en constante evolución.

El desafío para las *Fintech* es seguir innovando y creciendo mientras cumplen con las regulaciones necesarias para garantizar la confianza del público y protegerse contra actividades corruptas. La adaptación efectiva a la evolución tecnológica y la implementación de sólidas medidas de prevención de riesgos son cruciales para que el sector *Fintech* continúe siendo un motor de cambio positivo en el mundo financiero.

Las *Fintech* se enfrentan a desafíos importantes en la gestión de medidas AML/CFT, que abarcan desde la adaptación constante a la evolución tecnológica hasta la identificación de riesgos, la implementación de políticas y procedimientos, la debida diligencia en la identificación de clientes, el monitoreo de transacciones, la emisión de informes, la capacitación del personal y auditorías internas y externas. La gestión eficaz de estos desafíos es esencial para mantener la integridad financiera y la confianza en el sector *Fintech*, dada la naturaleza cambiante de su entorno tecnológico y la necesidad de equilibrar la innovación con la seguridad financiera.

En conclusión, las *Fintech* representan una respuesta innovadora y poderosa en la lucha contra la corrupción, especialmente cuando está en la disputa al COT. Estas tecnologías emergentes han transformado la forma en que interactuamos con los servicios financieros, democratizando el acceso y mejorando la inclusión financiera en todo el mundo. El *Fintech* no está exento de riesgos, ya que la digitalización de las transacciones financieras ha abierto nuevas oportunidades para actividades delictivas, incluyendo el lavado de dinero, suplantación, el fraude entre otros.

La regulación y supervisión adecuadas son esenciales para mitigar estos riesgos, la corrupción en especial la transnacional, las autoridades reguladoras han reconocido la necesidad de adaptarse a la expansión del sector *Fintech* como la autoridad reguladora. En este sentido, el *Fintech* ha demostrado ser una herramienta valiosa al automatizar y fortalecer los procesos de cumplimiento, permitiendo a las instituciones financieras cumplir de manera más eficaz con las regulaciones en constante evolución.

La lucha contra la corrupción transnacional es un desafío global, y las tecnologías emergentes brindan nuevas formas de abordarlo. La capacidad de recopilar y analizar grandes volúmenes de datos de manera eficiente, así como el monitoreo constante de las transacciones, son herramientas esenciales en la detección y prevención de actividades corruptas. Si se utilizan de manera efectiva, las *Fintech* pueden contribuir significativamente a fortalecer la integridad del sistema financiero, proteger a los consumidores y empresas, y combatir la corrupción transnacional, mejorando la confianza en las instituciones financieras y en la sociedad en su conjunto.

El principal desafío que enfrentan las *Fintech* en la lucha contra la corrupción es la ciberseguridad. La creciente digitalización del mundo aumenta la exposición a ciberataques, lo que representa una amenaza importante para estas organizaciones. La vulnerabilidad a los ciberataques afecta significativamente a la industria de servicios financieros, incluyendo a las *Fintech*. Estos ataques pueden tener impactos graves, como la interrupción de servicios, la pérdida de la integridad y confidencialidad de la información de clientes, y pérdidas económicas tanto para las instituciones como para sus usuarios. Además de protegerse contra estos riesgos cibernéticos, las *Fintech* enfrentan el desafío de construir la confianza de los usuarios. Convencer a los clientes de que sus soluciones son seguras y confiables es esencial para su éxito. Esto es especialmente crítico para bancos digitales y afecta a todo el sector *Fintech*. (Desarrollo, 2022)

3. LOS PROGRAMAS KYC Y AML/CFT COMO ACCIONES *REGTECH* CONTRA CORRUPCIÓN

3.1. Primera aproximación

La lucha contra el blanqueo de capitales representa todos los esfuerzos para detectar y prevenir delitos financieros, y para lograrlo, existen varias regulaciones locales y globales con respecto al AML/CFT. Así, aunque las regulaciones AML/CFT varían según la región y el país, los componentes principales son los mismos: implementar procedimientos KYC y protocolos de diligencia debida (*due diligence*). Su propósito es identificar el nivel de riesgo de los potenciales clientes de las empresas financieras.

Dentro de los protocolos de debida diligencia, se encuentran las listas de sanciones las listas de personas políticamente expuestas (PEP) y los datos de los medios adversos; todos ellos son componentes importantes que afectan el nivel de riesgo del cliente y al modo en como las entidades manejan su riesgo.

Sin embargo, hay miles de listas de sanciones y PEP publicadas en todo el mundo, al igual que se han publicado cientos de miles de datos de medios adversos. Esta inmensa cantidad de datos, que crece día a día, hace que los controles manuales sean imposibles. Es por lo anterior que, las obligaciones que imponen las regulaciones AML/CFT a las empresas financieras son difíciles de cumplir. Sin embargo, gracias al "ADN innovador" de la industria *Fintech* se crean las soluciones de tecnología regulatoria (*Regtech*), que pueden acelerar y fortalecer los procesos de las empresas para cumplir con sus obligaciones AML/CFT, al automatizar sus controles y reducir así la carga de trabajo.

Las instituciones financieras comenzaron a aplicar intensivamente tecnología a la gestión de riesgos y al cumplimiento en la década de 1990, debido a que los reguladores de todo el mundo comenzaron a implementar reformas regulatorias y a imponer estándares de cumplimiento en las principales instituciones bancarias (Arner, Barberis, & Buckley, s.f.), incluyendo la MiFID en Europa, la Dodd-

Frank en Estados Unidos y la SARLAFT 4.0[3] en Colombia. En consecuencia, el volumen, tanto internacional como nacional, de estas nuevas regulaciones, no ha tenido precedentes y uno de los efectos secundarios más importantes es que los costos de cumplimiento aumentaron significativamente como resultado de la creciente carga regulatoria.

En este contexto, desde inicios del siglo XXI, y sobre todo a partir de 2008, se desarrolla la industria *Regtech*, en respuesta al crecimiento de la complejidad regulatoria, lo que inevitablemente requería de un mayor cuidado, precisión y frecuencia en los datos, informes, agregación y análisis de las entidades financieras. Por ello, se puede afirmar, que las instituciones financieras tradicionales han sido las principales impulsoras de la evolución de la industria *Regtech* con el fin de obtener herramientas eficientes para lidiar con las nuevas y complejas demandas regulatorias y de cumplimiento.

Nuevos desarrollos tecnológicos, como la IA y el aprendizaje automático, permiten nuevas formas de seguimiento del mercado y sus procesos, así como la aplicación de medidas AML/CFT y el cumplimiento de procedimientos KYC y protocolos de debida diligencia. Sin embargo, si bien es cierto que, hasta la fecha, la industria *Regtech* se ha centrado en la digitalización de informes, manuales y procesos de cumplimiento (por ejemplo, en el contexto de los requisitos de conocimiento de los clientes), lo que ha ofrecido ciertos ahorros para la industria de servicios financieros y los reguladores, no es menos cierto que el potencial de la industria *Regtech* es mucho mayor porque podría permitir un régimen regulatorio proporcional y casi en tiempo real que identifique y aborde el riesgo, al tiempo que facilite un cumplimiento normativo más eficiente.

---

[3] El 2 de septiembre de 2020, la Superfinanciera presentó el Sarlaft 4.0 mediante la Circular Externa 027 de 2020. De manera general, el Sarlaft 4.0 establece lineamientos para que entidades vigiladas determinen su procedimiento de conocimiento del cliente con un enfoque basado en riesgos. Por ende, las entidades deben poseer políticas y procedimientos que les permitan identificar, verificar y confirmar la identidad del potencial cliente.

3.2. La definición de Regtech

En cuanto a una definición de *Regtech*, la autoridad reguladora de las conductas financieras del Reino Unido la define como "[u] n subconjunto de Fintech que se enfoca en tecnologías que pueden facilitar la entrega de requisitos regulatorios de manera más eficiente y efectiva que las capacidades existentes" (FCA, 2017). Teniendo en cuenta lo anterior, *Regtech* implica la utilización de la tecnología para el cumplimiento de la regulación, sobre la base de una aplicación tecnológica; por ende, está dirigido a mejorar el cumplimiento normativo de cualquier entidad.

Dentro de su procedimiento, *Regtech* busca monitorear las transacciones que tienen lugar en línea en tiempo real para identificar problemas o irregularidades. Cualquier valor atípico se transmite a la institución financiera para analizar y determinar si se está realizando una actividad fraudulenta. Lo anterior, en aras a identificar amenazas potenciales para la seguridad financiera desde el principio, posibilitando minimizar los riesgos y los costos asociados con la pérdida de fondos y la violación de datos. De esta forma, las compañías *Regtech* analizan información de los bancos, incluyendo los datos de fallas regulatorias previas, para predecir áreas de riesgo potencial en las que las entidades financieras deberían enfocarse. Al crear las herramientas de análisis necesarias para que los bancos cumplan con éxito con los organismos reguladores, las empresas *Regtech* ahorran tiempo y dinero.

De esta forma, como Buckley (2017) señala, la aparición de la industria *Regtech* es atribuible a: (a) las regulaciones posteriores a las crisis que introducen cambios que requieren la divulgación masiva de datos adicionales de las entidades supervisadas; (b) los desarrollos en la ciencia de datos (incluyendo, los avances en IA y aprendizaje automático) que permiten la estructuración de datos no estructurados; (c) los incentivos económicos para que los participantes minimicen unos costos de cumplimiento que han aumentado rápidamente; y (d) los esfuerzos de los reguladores para mejorar la eficiencia de las herramientas de supervisión con el fin de fomentar la competencia y mantener sus mandatos de estabilidad financiera (tanto macro como micro) e integridad del mercado (Buckley, 2017).

3.3. Los beneficios de la industria Regtech

En aras a identificar sus principales beneficios, se han desarrollado listados (Institute of International Finance, 2015) de las razones por las que la *Regtech* se ha convertido, no solo en un segmento en crecimiento de la industria *Fintech*, sino en un área de inversión cada vez más estratégica para empresas de cualquier industria. Entre los beneficios identificados destacan los siguientes:

1. La agregación de datos. Según se requiera, la industria *Regtech* puede tener un gran impacto en la creación de los informes de capital y liquidez, porque su procedimiento implica la recopilación y agregación de datos estructurados del conjunto de la entidad de que se trate.

2. El modelado. La industria *Regtech* podría también ayudar a fortalecer el análisis de escenarios y la previsión necesaria para las pruebas de gestión de riesgos, debido a que estas son cada vez más complejas y exigentes en términos de potencia de cómputo, mano de obra y capacidad intelectual, al requerirse la inclusión de una amplia gama de riesgos, escenarios, variables y diversidad metodológica.

3. Monitorear las transacciones de pagos. Siendo uno de los ejercicios más complejos para cualquier empresa que actúe en el mercado de pagos, la industria *Regtech*, gracias a la compatibilidad de los metadatos de las transacciones generados por sus sistemas, produce la automatización e interpretación de los metadatos de las transacciones para reconocer el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo.

4. La identificación de clientes y personas jurídicas. La industria *Regtech* puede ayudar, según lo requieran las regulaciones (Institute of International Finance, 2016), a la identificación de los clientes para su autenticación; esto en colaboración con la industria *Fintech*, mediante el uso de soluciones de identificación automatizadas como el escaneo de huellas dactilares e iris o la identidad BCT, entre otras.

5. Supervisar la cultura y el comportamiento interno. La industria *Regtech* facilita el análisis de la información cualitativa que transmite el comportamiento de los individuos, como los correos electrónicos y las palabras habladas. Además, la interpretación automatizada de es-

tas fuentes puede permitir enormes avances en eficiencia, capacidad y velocidad de cumplimiento.

6. El comercio en los mercados financieros. Dentro de la industria financiera se requiere que los participantes realicen una variedad de tareas regulatorias, como márgenes, cálculos, elección del lugar de negociación, elección de la contraparte central y evaluación del impacto de una transacción sobre las exposiciones de su institución. Siendo ésta una necesidad vital para cualquier empresa financiera, la automatización de estas tareas garantizaría el cumplimiento y aumentaría la velocidad y eficiencia del comercio.

7. Identificar nuevas regulaciones. La industria *Regtech* favorece la identificación de las modificaciones en las regulaciones aplicables a una institución financiera y la interpretación de sus implicaciones. Además, podría facilitar la asignación de diferentes obligaciones de cumplimiento a las unidades responsables en la organización, simplificando así un trabajo que en la actualidad es intensivo y se desarrolla a través de un proceso complejo (la interpretación automatizada de las reglamentaciones supondría en este sentido un adelanto muy importante).

3.4. Los riesgos de la industria Regtech

Los principales riesgos que enfrenta el *Regtech* son los siguientes:

1. Falta de interoperabilidad global completa en el estado actual del mercado. Muchas instituciones gubernamentales no están completamente familiarizadas con esta tecnología, lo que genera riesgos asociados a la implementación de soluciones tecnológicas en modelos de negocios que operan en varios países. Esta falta de familiaridad puede resultar en incertidumbre debido a la falta de regulaciones específicas para cada jurisdicción. Para abordar estos riesgos, es esencial que todos los actores involucrados colaboren y aporten ideas para desarrollar normativas sobre los aspectos fundamentales en este campo. Además, es importante comprender las capacidades que ofrece el *Regtech* en el mercado actual, lo que le permite adaptarse e innovar mediante soluciones tecnológicas que respondan a las demandas de la industria. A pesar de la falta de regulación específica,

la implementación del *Regtech* debe demostrar un interés genuino y la capacidad para que las empresas y emprendedores puedan ofrecer y utilizar estos servicios, ya que pueden ofrecer beneficios significativos.

2. Acceso a datos personales. Desde la perspectiva de la protección del consumidor, la implementación de nuevas tecnologías presenta nuevos riesgos de seguridad, especialmente en lo que respecta al acceso a datos personales de los clientes, que requiere una protección rigurosa. Aunque algunas de estas amenazas surgen de las herramientas automatizadas, también brindan la ventaja de permitir un mayor control y seguimiento de la relación con el cliente. También, otro riesgo que afecta a la integridad del sistema financiero proviene del anonimato de las monedas virtuales y la velocidad de las transacciones. Sin embargo, las soluciones *Regtech* más recientes permiten una supervisión y análisis más ágiles y eficientes de las transacciones.

3. Cuestionamientos sobre la sofisticación y la calidad de la información transmitida. En el contexto de la implementación de nuevas tecnologías en el *Regtech*, surge una creciente preocupación por esta cuestión entre los reguladores y supervisores en todo el mundo. Esta se debe principalmente a la falta de garantía de la pertinencia de la información, ya que no siempre es preparada por profesionales legales. Además, la automatización del cumplimiento puede carecer de rigor jurídico y de comprensión de las implicaciones legales de diversas situaciones.

Adicionalmente, el cumplimiento del deber de proporcionar información se ha vuelto complejo en la transmisión de datos recolectados y generados a través de sistemas informáticos. Esto se debe a que, la programación con algoritmos, que es el método utilizado en los sistemas automatizados, puede presentar deficiencias en la transmisión de información, como errores causados por la inaccesibilidad del código de programación o la dificultad en verificar la precisión y veracidad de la información. Por otra parte, se argumenta que los procesos de cumplimiento automatizado son privados y opacos, ya que el lenguaje utilizado por los programadores no se revela y resulta difícil comprender el tipo de datos que se recopilan. Esta opacidad puede dar lugar a resultados sesgados o discriminatorios y dificultar la identificación del remitente de la información.

En cuanto a la sofisticación de la información jurídica y contable transmitida por sistemas técnicos, se advierte que no se debe exagerar la capacidad de los científicos de datos. Aunque los códigos pueden verificar y combinar decisiones a gran escala sin intermediarios, es esencial mantener la capacidad de comprender la complejidad del mundo y aportar una dimensión ética y participación humana directa.

4. Falta de acceso a las tecnologías más avanzadas por reguladores y supervisores. El riesgo desde la perspectiva de los reguladores y supervisores, se plantea la necesidad de explorar la opción de emplear tecnologías *Regtech* con el propósito de facilitar el monitoreo y supervisión del mercado de valores a través de plataformas basadas en esta clase de tecnología. Para llevar a cabo esto de manera efectiva, es esencial que cuenten con herramientas estandarizadas y de vanguardia. En este contexto, las autoridades deben tener acceso a las tecnologías más avanzadas para interpretar y analizar la información de manera rápida y precisa, una necesidad evidente por razones obvias.

5. Falta de adaptación de las estructuras estatales. Las estructuras estatales necesitan adaptarse para lograr una comprensión autónoma y la capacidad de capturar datos. Con el fin de abordar la opacidad inherente a la tecnología utilizada, estas estructuras administrativas garantizan una revisión desde diversas perspectivas y ofrecen información sobre la situación que enfrentan los reguladores financieros, lo cual finalmente respalda la confianza en la efectividad de la gestión del riesgo privado.

6. La tensión entre regulación y supervisión. La doctrina internacional ha instado a los encargados de formular políticas públicas a alejarse de enfoques regulativos basados en reglas y enfocarse más en una supervisión basada en principios, respaldada por un seguimiento exhaustivo de datos contrastados con métricas cuantitativas. En esta línea, se insta al regulador a promover un cambio en el enfoque de cumplimiento que vaya más allá de la mera conformidad con las normas establecidas y que garantice la identificación de patrones de cumplimiento mediante el uso de herramientas como la inteligencia artificial.

7. La preocupación frente al posible reemplazo de los supervisores bancarios. Un sector de la doctrina ha expresado preocupación acerca del posible reemplazo de los supervisores bancarios debido a la aplicación de estas tecnologías. Se argumenta que, si bien los sistemas de supervisión basados en tecnologías como el aprendizaje automático pueden ofrecer ventajas en términos de eficiencia en comparación con los sistemas tradicionales basados en habilidades humanas, esta situación está lejos de ser una realidad y, además, no es deseable, ya que el papel del Estado implica la necesidad de coordinar las tensiones entre el interés individual y el bien común de manera constructiva y política. (David Guillermo, s.f.)

3.5. Los programas KYC

La importancia y los desafíos operativos asociados con los programas KYC no son nada nuevo, como lo demuestra la mencionada declaración del Banco de Pagos Internacionales en 2001 (Basel Committee on Banking Supervision, 2001). Dos décadas después, técnicas de lavado de dinero más sofisticadas, nuevas monedas globales, actividades terroristas continuadas, esquemas de fraude importantes, aumento de las amenazas cibernéticas y nuevos productos con mayor velocidad de movimiento de fondos y anonimato, han hecho de la adecuada ejecución de los programas KYC una tarea crítica.

De manera general, el procedimiento KYC se refiere a los "pasos" que toma una institución financiera (o empresa) para: (a) establecer la identidad de los clientes; (b) comprender la naturaleza de sus actividades (el objetivo principal es asegurarse de que sus fondos provienen de fuentes legítimas); y (c) evaluar los riesgos de lavado de dinero que presentan, con base en el monitoreo de sus actividades. Para lograr estos objetivos es necesario, en todo caso, adoptar las siguientes acciones (Deloitte, 2014):

1. El establecimiento de una política KYC. La política AML/CFT sirve como base de un programa KYC. Como documento rector del programa, la política debe definir los estándares, el "apetito" por el riesgo, las expectativas de la organización y lo que el programa KYC pretende lograr. Es en este sentido recomendable que, los líderes del programa de cumplimiento AML/CFT den el paso de comprometer-

se con sus contrapartes en las líneas de negocio para comprender la viabilidad de implementar las declaraciones o revisiones de las políticas KYC. Por ejemplo, al momento de la incorporación, los bancos deben considerar cómo sus requisitos KYC encajan con los otros elementos del proceso de apertura de una cuenta. De ahí, la relevancia de que el programa KYC tenga relación directa con cada uno de los productos y ofrezca una gama de posibles opciones de implementación y desarrollo para cada uno de ellos.

2. El establecimiento de procedimientos KYC. Si bien la política KYC describe cuáles son los objetivos y los requisitos KYC, los procedimientos detallan cómo se cumple cada uno de ellos. Por ende, es posible entender los procedimientos como las instrucciones "paso a paso" del personal del banco para recopilar y analizar la información KYC. Teniendo en cuenta la necesidad de este "paso a paso", los procedimientos deben aplicarse de manera coherente en toda la empresa para que un programa KYC sea eficaz. Esto no significa, sin embargo, que, en algunos casos, los estándares regulatorios locales, los canales de entrega o los tipos de clientes puedan requerir la personalización de los procedimientos KYC (por ejemplo, los procesos de apertura de cuentas pueden diferir entre los canales en línea, el centro de llamadas y las sucursales). Ahora bien, cualquier entidad financiera debe asegurarse de que los procedimientos personalizados se incorporen sin problemas a otros procesos, sin socavar la confiabilidad del análisis KYC.

3. La creación de estándares de datos consistentes. Por otro lado, es menester que las empresas desarrollen estándares de datos, los cuales definan la entrada requerida para determinar con precisión la clasificación de riesgo de los clientes y ejecutar la diligencia debida necesaria que se describe en la política KYC. Los datos consistentes y de alta calidad pueden mejorar, en gran medida, el valor subyacente del análisis KYC, mientras que los datos poco confiables pueden poner en peligro la efectividad y utilidad de la información KYC por completo. Dicho esto, es evidente que un mayor volumen de datos provenientes de una variedad de productos, líneas de negocios y ubicaciones crea una serie de desafíos. Así, por ejemplo, el aumento de los volúmenes de transacciones y datos asociados con esas transac-

ciones puede afectar negativamente las capacidades de monitoreo si los procesos y sistemas no se escalan para manejar este crecimiento.

4. La puntuación de riesgo de los clientes. La calificación de riesgo de los clientes ayuda a una empresa a comprender de manera cuantificable los riesgos inherentes de lavado de dinero que plantean sus clientes y a tomar decisiones más informadas. Si bien es un desafío, el desarrollo de una metodología de calificación precisa y bien definida, permite, al mismo tiempo, reducir las exposiciones al lavado de dinero, desarrollar e implementar los correspondientes controles de mitigación de riesgos, priorizar problemas, asignar recursos y administrar el riesgo presentado por los clientes.

5. La creación de un soporte operativo para los procesos KYC. Las empresas pueden crear programas KYC más eficaces y eficientes mediante el uso de unidades de soporte operativo para tareas estandarizadas o sencillas, como la confirmación inicial de la identidad de los clientes, la selección de nombres y la comunicación con los mismos. En este caso, se sugiere desarrollar unidades de apoyo operativo, las cuales suelen ser grupos centralizados, no orientados al cliente, que completan algunos procesos KYC para el personal de primera línea durante la incorporación y/o las revisiones periódicas

6. La promoción de una cultura organizacional. Por último, es importante crear una cultura de cumplimiento positiva y de apoyo (a menudo pasada por alto) a través de un programa KYC. En toda organización se toman diariamente decisiones importantes basadas en los riesgos identificados a través de los programas de cumplimiento. Por ello, fomentar el entorno adecuado puede ayudar a promover continuamente un comportamiento "inteligente frente al riesgo", que incluye: (a) comprender el enfoque basado en riesgos de la organización; (b) asumir la responsabilidad personal de la gestión de los riesgos; y (c) promover que otros sigan ejemplos adecuados.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se puede afirmar que aplicar la reglamentación que rodea el cumplimiento es un procedimiento complejo para las empresas financieras, que, día a día se complica con resultado de las nuevas regulaciones AML/CFT. Dada esta dinámica, no se espera que la presión regulatoria para crear programas KYC disminuya en el corto plazo. Como resultado, protegerse frente

a acciones regulatorias costosas, amenazas a la seguridad nacional, riesgos reputacionales y demandas en los tribunales, ha de ser uno de los principales objetivos de dichas empresas. De ahí que deban asignar los recursos necesarios para mejorar sus programas KYC y AML/CFT.

3.6. El fortalecimiento del cumplimiento de los programas KYC y AML/CFT a través de la industria Regtech

A medida que los procesos KYC aumentan en número y complejidad, la tecnología y la automatización brindan la eficiencia necesaria para que los programas sean más consistentes y sostenibles. Así, el hecho de poder cumplir casi en tiempo real con las expectativas normativas de análisis para detectar y prevenir actividades fraudulentas, confirma que las soluciones tecnológicas se pueden utilizar para ayudar a abordar los siguientes desafíos en los programas KYC: (a) los procesos duplicados o flujos de trabajo ineficientes; (b) la falta de un repositorio único para datos KYC; (c) los controles de privacidad de datos inconsistentes o inadecuados; y (d) los protocolos laxos de gestión de datos.

De esta manera, las nuevas tecnologías y aplicaciones de software pueden ayudar a capturar, almacenar, compartir y analizar datos KYC de manera más eficiente con un impacto limitado en las líneas comerciales. Es en este punto en el cual hay que señalar el desarrollo del segmento *Regtech* pues su existencia se atribuye, en gran medida, al régimen regulador financiero global, complejo, fragmentado y en constante evolución. Lo anterior debido a que, la dependencia excesiva de regulaciones complejas, prescriptivas y prolongadas ha generado para las empresas financieras enormes costos para garantizar el cumplimiento y la supervisión. Por ejemplo, llevar a cabo la supervisión financiera en respuesta al creciente nivel de complejidad regulatoria, ha requerido inevitablemente una mayor granularidad, precisión y frecuencia en los informes, así como la agregación y el análisis de datos (aporte este último de los servicios *Fintech*).

Como resultado, una de las potenciales aplicaciones de la industria *Regtech* radica en su capacidad para promover una transición

profunda de un enfoque KYC a un enfoque de "conocer sus datos" (KYD), el cual se vería respaldado por: (a) procesos eficientes y efectivos de recopilación, formateo, administración, y análisis de los datos reportados; y (b) una mentalidad fundamentalmente centrada en los datos.

Lo anterior, debido a que las soluciones *Regtech* para KYC tienen la capacidad de detectar brechas en sus revisiones basadas en inconsistencias que los seres humanos no pueden detectar. Por ejemplo, a los efectos del cumplimiento de los programas KYC y AML/CFT, la tecnología *Regtech* es utilizada para la verificación, ya que comparten datos a través de una cadena de bloques en poder del cliente, lo que ayuda a validar la verificación de otros bancos y acelera el proceso, además de brindarle al cliente un completa control sobre sus datos (JWG, 2018). De esta forma, la tecnología *Regtech* aplicada al KYC y al AML/CFT pueden proporcionar:

1. La diligencia debida frente al cliente. Este es un elemento fundamental para gestionar eficazmente los riesgos y protegerse contra delincuentes, terroristas y PEP (que podrían presentar un riesgo), y está conformado por tres manifestaciones principales: (a) la debida diligencia básica del cliente es la información que se obtiene de todos los clientes para verificar su identidad y evaluar los riesgos asociados con los mismos; (b) la debida diligencia simplificada se aplica en situaciones en las que el riesgo de lavado de dinero o financiación del terrorismo es bajo y no es necesario un análisis completo (por ejemplo, cuentas de bajo valor); y (c) la diligencia debida mejorada es la información adicional recopilada de los clientes de mayor riesgo para proporcionar una comprensión más profunda de sus actividades con el fin de mitigar los riesgos asociados.

2. Monitoreo continuo. Como no es suficiente con verificar a los clientes una sola vez, la tecnología *Regtech* permite implementar programas para monitorear a los clientes de manera continua. La función de monitoreo continuo incluye la supervisión de las transacciones financieras y las cuentas que superan los umbrales establecidos a partir de los perfiles de riesgo de los clientes. Además, según el tipo de cliente y la estrategia bancaria de mitigación de riesgos, algunos otros factores a monitorear pueden incluir: (a) los picos en las actividades; (b) las actividades transfronterizas inusuales; (c) la inclusión

de personas en listas de sanciones; y (d) las menciones de medios adversos.

3. Velocidad. La mencionada encuesta de Thompson Reuters indica que el 30% de los encuestados requiere más de dos meses para incorporar a un nuevo cliente, mientras que un 10% necesita hasta cuatro meses o más. Esto daña las relaciones con los clientes, tiene un impacto negativo en la marca y perjudica el crecimiento de los ingresos a medida que algunos clientes abandonan el proceso. Los procesos KYC más rápidos mejoran todos estos factores.

4. Experiencia del consumidor. La tecnología *Regtech* permite un proceso más rápido y más fácil desde el principio para el cliente y para la empresa; más aún cuando todo el proceso es móvil o solo por internet, lo que brinda una experiencia fluida y conveniente.

3.7. Conclusión

Con base en lo anterior, se puede concluir que la tecnología *Regtech* proporciona detección y supervisión continuas e integradas para identificar cambios en los perfiles KYC y AML/CFT de los clientes, lo que garantiza que los datos permanezcan precisos y actualizados y, así, se cumplan con cada uno de los requisitos regulatorios, tanto los que ya están implementados, como los que se vayan desarrollando a lo largo del tiempo.

En conclusión, la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo es un desafío constante en el mundo financiero, y los programas KYC y AML/CFT desempeñan un papel en el *Regtech* crucial en esta batalla. Estos programas, diseñados para identificar y prevenir delitos financieros mediante la evaluación de riesgos asociados a los clientes, se han vuelto cada vez más complejos y desafiantes debido a la creciente cantidad de datos disponibles.

En respuesta a esta creciente complejidad, la industria *Fintech* ha dado origen a la *Regtech*, una tecnología regulatoria que ha demostrado ser una aliada invaluable en la automatización y fortalecimiento de los procesos de cumplimiento AML/CFT. A través de soluciones tecnológicas avanzadas, el *Regtech* ha acelerado y mejorado la eficacia

de los controles, permitiendo a las instituciones financieras mantenerse al día con las demandas regulatorias en constante evolución.

Esta evolución no es reciente, desde la década de 1990, las instituciones financieras han adoptado tecnología en respuesta a reformas regulatorias y estándares de cumplimiento a nivel mundial. Sin embargo, las regulaciones posteriores a la crisis financiera de 2008 generaron una carga regulatoria sin precedentes y, como resultado, un aumento significativo en los costos de cumplimiento. Asimismo, el *Regtech* se ha convertido en una herramienta esencial para la modernización y eficiencia de la regulación financiera. Su capacidad para capturar, analizar y estructurar grandes volúmenes de datos, junto con su enfoque en la identificación temprana de amenazas, ha transformado la forma en que las instituciones financieras cumplen con sus responsabilidades regulatorias.

El *Regtech* no solo impulsa la eficiencia en el cumplimiento normativo, sino que también promete un futuro más seguro y ágil en el mundo de las finanzas. La colaboración entre la tecnología y la regulación se presenta como una solución poderosa para mantener la integridad y la seguridad del sistema financiero global en un entorno en constante evolución.

El *Regtech* no solo impulsa la eficiencia en el cumplimiento normativo, sino que también promete un futuro más seguro y ágil en el mundo de las finanzas. La colaboración entre la tecnología y la regulación se presenta como una solución poderosa para mantener la integridad y la seguridad del sistema financiero global en un entorno en constante evolución.

Como lucha contra el delito transnacional, el *Regtech* es una herramienta fundamental en la lucha contra la corrupción y, en particular, la corrupción transnacional. A través de su capacidad para aprovechar tecnologías avanzadas, como la Inteligencia Artificial y el Aprendizaje Automático, así como la automatización de procesos, el *Regtech* contribuye de diferentes maneras en esta batalla de delitos transnacionales entre los que se encuentran detección de Transacciones Sospechosas, utiliza algoritmos avanzados para analizar grandes volúmenes de datos financieros en tiempo real. Esto permite la identificación temprana de transacciones sospechosas que podrían

estar relacionadas con actividades de corrupción, blanqueo de capitales o financiamiento del terrorismo. La detección de patrones anómalos en las transacciones financieras es crucial para prevenir y combatir estos delitos. Asimismo, el monitoreo continuo, con la tecnología el *Regtech* permite el monitoreo constante de las actividades financieras, lo que facilita la identificación de comportamientos inusuales o patrones de transacción sospechosos a lo largo del tiempo. Esto es esencial para rastrear actividades de corrupción que a menudo involucran movimientos de fondos a lo largo de múltiples jurisdicciones. La automatización de Procesos de Cumplimiento AML/CFT, los programas AML/CFT son cruciales para prevenir la financiación del terrorismo y el lavado de dinero, actividades que suelen estar vinculadas a la corrupción transnacional. El *Regtech* automatiza muchos de los procesos de cumplimiento, lo que reduce la carga de trabajo manual y mejora la eficiencia en la identificación y reporte de actividades sospechosas. Igualmente, el análisis avanzado de datos, donde la capacidad del *Regtech* para analizar y estructurar grandes cantidades de datos, incluyendo información histórica de fallas regulatorias, permite una predicción más precisa de las áreas de riesgo potencial. Esto ayuda a las instituciones financieras y a los reguladores a enfocar sus recursos en las áreas donde la corrupción transnacional es más probable.

El Cumplimiento Normativo Ágil, de la regulación financiera evoluciona constantemente, el *Regtech* permite a las instituciones financieras mantenerse al día con los cambios regulatorios de manera ágil. Esto es crucial para adaptarse a las nuevas regulaciones diseñadas para prevenir la corrupción transnacional. Igualmente, la mejora de la Experiencia del Cliente en el *Regtech* se puede alcanzar al acelerar los procesos KYC y al reducir la fricción en las transacciones financieras legítimas. Esto puede hacer que sea más difícil para los actores corruptos ocultar sus actividades.

El *Regtech* se rige como un aliado esencial en la lucha contra la corrupción transnacional al ofrecer soluciones tecnológicas avanzadas que fortalecen el cumplimiento normativo, mejoran la detección temprana de actividades sospechosas y facilitan una respuesta ágil a las amenazas financieras y delictivas en constante evolución. Al combinar la tecnología con la regulación, el *Regtech* contribuye

significativamente a mantener la integridad y la seguridad del sistema financiero global y a prevenir la corrupción a través de fronteras internacionales.

Uno de los principales riesgos que enfrenta el *Regtech* está relacionado con el estado actual del mercado, ya que aún no ha alcanzado una interoperabilidad global completa. Además, muchas instituciones gubernamentales no están completamente familiarizadas con esta tecnología, lo que genera riesgos asociados a la implementación de soluciones tecnológicas en modelos de negocios que operan en varios países. Esta falta de familiaridad puede resultar en incertidumbre debido a la falta de regulaciones específicas para cada jurisdicción.

Para abordar esto existen retos, donde es esencial que todos los actores involucrados colaboren y aporten ideas para desarrollar normativas que aborden los aspectos fundamentales en este campo. Además, es importante comprender las capacidades que ofrece el *Regtech* en el mercado actual, lo que le permite adaptarse e innovar mediante soluciones tecnológicas que respondan a las demandas de la industria. A pesar de la falta de regulación específica, la implementación del *Regtech* debe demostrar un interés genuino y la capacidad para que las empresas y emprendedores puedan ofrecer y utilizar estos servicios, ya que pueden ofrecer beneficios significativos.

4. LA TECNOLOGÍA *BLOCKCHAIN* Y LAS ACCIONES DE TRANSPARENCIA

4.1. Primera aproximación

Teniendo en cuenta lo desarrollado en las secciones anteriores, la tecnología ha sido una precursora del desarrollo empresarial, creando así soluciones que, además de ofrecer beneficios prácticos para las empresas dentro del giro ordinario de sus negocios, también ayudan a desarrollar su cumplimiento normativo, siendo beneficiosa además por sus aplicaciones en pro de la transparencia y la correcta realización.

Grandes avances en la digitalización de las cadenas de suministro ya están en marcha con tecnologías como computación en la nube, inteligencia artificial e internet de las cosas. Entre estos avances, se encuentra la tecnología BCT, una tecnología digital emergente que en los últimos años ha ganado tracción generalizada en diversos sectores industriales, públicos y comerciales (principalmente en la industria financiera), debido al rápido aumento de la valoración de las criptomonedas, al permitir registrar, rastrear, monitorear y realizar transacciones de activos, tanto físicos como digitales, de forma rentable y transparente.

En este sentido, es importante tener en cuenta que la tecnología BCT, dada su naturaleza descentralizada, puede ser utilizada en cualquier industria para: (a) fortalecer la seguridad; (b) hacer cumplir las responsabilidades; (c) acelerar un cambio en la dinámica del flujo de trabajo de las actuales arquitecturas centralizadas en las cadenas de mando; y (d) fomentar la confianza y la transparencia. Esto debido a que, la tecnología BCT tiene como objetivo crear un sistema robusto de autorregulación, autocontrol y ciber resiliencia que asegure la facilitación y protección de un sistema de intercambio de datos verdaderamente eficiente.

Así, independientemente de las particularidades de la aplicación específica relacionada con la cadena de suministro, la tecnología BCT puede ofrecer un amplio conjunto de ventajas, principalmente debido a que, al registrar y documentar el ciclo de vida de un producto en los nodos de la cadena de suministro, aumenta la transparencia y la confianza de los actores participantes. Esto contribuye a su vez al seguimiento de pedidos, recibos y pagos, y al rastreo de activos digitales como garantías y licencias de una manera unificada y transparente. Por ello, las cadenas de bloques están atrayendo la atención de las partes interesadas en muchos dominios industriales, desde las industrias de la cadena de suministro y logística hasta la industria financiera.

Ahora bien, a pesar del entusiasmo y el creciente interés en esta tecnología, todavía la rodea mucha ambigüedad. De hecho, sus usuarios potenciales, tratan aún de comprender los conceptos relacionados necesarios para obtener negocios de valor a través de la misma, a pesar de lo cual muy pocos estudios empíricos se han realizado

para evaluar su significado y potencial reales. En este contexto, la presente sección analiza la tecnología BCT, definiendo tanto sus beneficios específicos (como la escalabilidad, el rendimiento, el mecanismo de consenso, las consideraciones de privacidad y la prueba de ubicación), como sus costos, y detallando el impacto que las cadenas de bloques pueden tener al impactar sobre la industria de la cadena de suministro. Además, se señalan los diversos desafíos que requieren cambios amplios y mayores esfuerzos de investigación para que sea posible establecer una cadena de bloques en la industria a escala global.

4.2. La definición de la tecnología Blockchain

Si bien está más asociada con las criptomonedas como los *bitcoins*, la tecnología BCT se considera una tecnología emergente que podría potencialmente revolucionar y transformar los paisajes operativos digitales actuales y las prácticas comerciales de las finanzas, la informática, los servicios gubernamentales y prácticamente todas las industrias existentes (Crosby *et al.*, 2015).

La hipótesis principal detrás de esta tecnología está en la descentralización de los datos entre varios nodos que contienen información idéntica, de manera que ningún actor tiene la autoridad completa de la red. Esto último permite la transparencia de la actividad y la mejora de la seguridad de los datos. Aunque inicialmente se desarrolló únicamente para transacciones financieras con el objetivo de crear un sistema que permitiera la transferencia segura de datos entre dos partes sin el requisito de un intermediario, el potencial impacto de la tecnología BCT se hizo evidente para las demás industrias al ser una herramienta que genera confianza y cooperación entre participantes. Esto se logra reorganizando radicalmente las rutas de flujo de trabajo existentes en cualquier organización que la utilice, y trayendo consigo una gran cantidad de beneficios que incluyen el aprendizaje compartido, el intercambio instantáneo de datos, la ejecución automatizada de contratos, la seguridad de la red y la colaboración mejorada.

4.3. El procedimiento de la tecnología Blockchain

Para lograr estos beneficios, la tecnología BCT consiste en registros digitales distribuidos de transacciones firmadas criptográficamente que se agrupan en bloques. Cada bloque está vinculado criptográficamente al anterior, lo que hace evidente cualquier clase de manipulación. A medida que se agregan nuevos bloques, los bloques más antiguos se vuelven más difíciles de modificar, creando así una mayor resistencia a la manipulación. Los nuevos bloques se replican en copias del libro mayor dentro de la red y cualquier conflicto se resuelve automáticamente utilizando las reglas establecidas por el equipo de programación.

Por ejemplo, dentro del sistema se identifica una transacción de compra (por ejemplo, el comprador pide 100 artículos al proveedor), y a esta compra se le aplica una función *hash* que individualiza la compra. Los valores *hash*, los cuales individualizan cada transacción, representan tanto las transacciones dentro de cada bloque, como el orden de cada bloque. Así, en caso de que alguien intente alterar una transacción, esto cambiaría el valor *hash* de su bloque, y por lo tanto rompería la cadena.

Aunque la tecnología BCT puede parecer compleja, sin embargo, se puede simplificar examinando cada uno de sus componentes individuales. Estos son los siguientes:

1. La criptografía. La tecnología BCT utiliza mecanismos informáticos bien conocidos (funciones *hash* criptográficas, firmas digitales, criptografía de clave asimétrica, etc) combinados con conceptos de mantenimiento de registros (como anexar solo libros de contabilidad). El método más utilizado es el *hash*, que es un mecanismo para aplicar una función criptográfica a los datos, de modo que identifica cualquier mensaje de datos de cualquier tamaño (por ejemplo, un archivo, un texto o una imagen). De manera general, permite individualizar el mensaje y así percibir si hubo cambios en los datos; incluso el cambio más pequeño en la entrada (por ejemplo, cambiar un solo bit, una sola letra o una coma) dará como resultado un *hash* completamente diferente.

2. La transacción. Toda transacción representa una interacción entre las partes. Con las criptomonedas, por ejemplo, una transac-

ción representa una transferencia de la criptomoneda entre usuarios de la red BCT. Para escenarios de empresa a empresa, una transacción podría ser una forma de registrar las actividades que ocurren en activos digitales o físicos. Teniendo en cuenta lo anterior, si bien se usa principalmente para transferir activos, las transacciones se pueden usar también de manera más general para transferir datos. En un caso simple, es posible que alguien simplemente desee publicar datos de forma permanente y pública en la cadena de bloques. En el caso de los sistemas de contratos inteligentes, las transacciones se pueden utilizar para enviar datos, procesarlos y almacenar algunos resultados en la cadena de bloques (por ejemplo, una transacción se puede utilizar para cambiar un atributo de un activo digitalizado, como la ubicación de un envío dentro de un sistema de cadena de suministro basado en tecnología BCT).

3. La minería. La minería es el proceso obligatorio de registrar transacciones en la red BCT, utilizando el poder de procesamiento de las computadoras. El subconjunto de nodos de la red que están equipados con un software especial para validar las transacciones que se agregan en la cadena de bloques se denominan mineros.

4. Los nodos. Un nodo, como se identificó en su definición, es una colección de transacciones. A lo largo de la historia, se han utilizado libros de contabilidad en lápiz y papel para hacer seguimiento del intercambio de bienes y servicios. En la actualidad, los libros de contabilidad se almacenan digitalmente, a menudo en grandes bases de datos que pertenecen y son operadas por un tercero de confianza centralizado (es decir, el propietario del libro de contabilidad). Estos libros se pueden implementar de manera centralizada o distribuida (es decir, a través de solo un servidor o un grupo de servidores de coordinación), generando así nodos de información. Teniendo en cuenta lo anterior, la red BCT se distribuye en nodos, creando muchas copias de seguridad, todas actualizadas y sincronizadas con los mismos datos. De esta manera, cada usuario puede mantener su propia copia de datos. Además, al mismo tiempo que crea las copias para cada usuario, la red BCT verifica que todas las transacciones sean válidas. Si un nodo malicioso transmite transacciones no válidas, otros lo detectan e ignoran, evitando que las transacciones no válidas se propaguen a través del nodo de cada uno de los usuarios.

5. Los bloques. Los bloques son archivos donde los datos pertenecientes a la red se registran permanentemente. Un bloque registra algunas o todas las transacciones más recientes que aún no han ingresado a ningún bloque anterior. Por tanto, un bloque es como una página de un libro de contabilidad. De esta forma, cada vez que un bloque se "completa", da paso al siguiente bloque de la cadena de bloques. Por consiguiente, un bloque es un almacén permanente de registros que, una vez escritos, no se pueden modificar ni eliminar.

Una vez identificados sus elementos, es posible analizar su operación de manera sencilla de la siguiente forma:

1. Debe ocurrir una transacción.
2. Esa transacción debe ser verificada (con la tecnología BCT ese trabajo se deja en manos de una red de computadoras, de manera que, cuando, por ejemplo, se realiza una compra, la red de computadoras se apresura a verificar que la transacción sucedió de la manera que se dijo que sucedió (es decir, confirman los detalles de la compra, incluido el tiempo de la transacción, el monto en dólares y los participantes).
3. Todas las transacciones verificadas se aplican dentro del (los) nodo(s), los cuales deben hacer referencia al bloque anterior (todo nuevo bloque deber ser construido sobre el bloque anterior, por lo que, si un nodo de publicación no incluye una referencia al último bloque, los demás nodos lo rechazarán).
4. El contenido de cada una de las transacciones verificadas y aplicadas (por ejemplo, una compra por una cierta cuantía de dólares) se almacena en el bloque, el cual alberga el contenido de cientos o miles de otras transacciones verificadas y aplicadas.
5. Una vez que se han verificado todas las transacciones de un bloque, se le da un código de identificación único llamado *hash*.
6. Por último, los bloques se encadenan juntos, para lo cual cada bloque contiene el resumen del *hash* del encabezado del bloque anterior, formando así la cadena de bloques (si se cam-

> biara un bloque previamente publicado, tendría un *hash* diferente, lo que, a su vez, haría que todos los bloques posteriores tuvieran también *hash*es diferentes, ya que incluyen el *hash* del bloque anterior (esto hace posible detectar y rechazar fácilmente los bloques alterados).

Así mismo, es importante mencionar que, aun cuando hay diferentes tipos de sistemas, la transparencia y la responsabilidad que ofrece la tecnología BCT podría jugar una función importante en la limitación de la vigilancia en línea, la censura indebida y los abusos contra los derechos humanos. Por ejemplo, en el caso de una cadena de bloques completamente pública, toda la información se vuelve pública (cualquiera puede ver todos los datos almacenados, ya que se supone que son accesibles para todos) y transparente, para evitar la manipulación de datos. De esta manera, este tipo de tecnología podría permitir, por ejemplo, a los consumidores rastrear cualquier producto en la cadena de suministro, y saber exactamente qué contienen sus alimentos, si son orgánicos y/o de comercio justo, y si los bienes que compran son genuinos o se producen respetando los derechos de los trabajadores.

Además, a través de un registro de auditoría, que sería accesible a través del portal del gobierno y aseguraría su privacidad, las personas también podrían rastrear todas las transacciones relacionadas con el gobierno que utilizan su información personal. Como la transparencia se preocupa fundamentalmente por ser claro, obvio y comprensible (sin dudas o ambigüedades), mejorar la rendición de cuentas a través de la tecnología BCT podría ayudar a construir una economía digital inclusiva, transparente y responsable.

4.4. Las características de la tecnología Blockchain

Teniendo en cuenta el procedimiento mencionado, la tecnología BCT presenta dos características que le han ayudado a obtener un gran reconocimiento: descentralización y transparencia.

4.4.1. La descentralización

En un sistema descentralizado, la información no es almacenada por una sola entidad. De hecho, dentro del sistema desarrollado por la tecnología BCT, todos en la red son dueños de la información. De esta manera, si uno de los participantes desea interactuar con otro, por ejemplo, mediante una transacción de dinero, puede hacerlo directamente sin pasar por un tercero (esta es la principal razón de ser detrás de los *bitcoins*).

Una red centralizada es aquella que asigna tareas de monitoreo a un único nodo central, que controla el flujo de información entre los otros nodos y establece controles operativos. Desde el punto de vista personal, un tomador de decisiones podría reducir la probabilidad de conflictos y desacuerdos, pero no estaría en condiciones de evitar los problemas debidos a las intenciones maliciosas, negligencia o incompetencia de los participantes, y en particular del operador del nodo central.

Estos problemas son abordados de manera efectiva por la 8 (DLT), que es una red *peer-to-peer* que: (a) incorpora generalmente un mecanismo de consenso; (b) distribuye la carga de trabajo computacional a través de múltiples nodos presentes en toda la red; (c) facilita que los nodos creen conexiones; y (d) asegura que las conexiones permanezcan vivas y que cada nodo de la red reciba y transfiera datos (Nakamoto, 2008; Zheng *et al.*, 2017; Wang *et al.*, 2018). Este mecanismo excluye, por tanto, la probabilidad de una falla del sistema o un apagón total de la red DLT, integrando una estructura de consenso descentralizada antes de que se inicie la cadena de bloques. Los participantes de la red acuerdan de antemano y deciden un mecanismo de consenso adecuado a sus necesidades. Cada nodo de respaldo en la red ejecuta exactamente el mismo algoritmo de consenso, por lo tanto, el sistema no necesita ningún administrador externo para supervisar las operaciones de transacción (Brakeville *et al.*, 2016).

Así, la información contenida en una cadena de bloques existe como una base de datos compartida y reconciliada continuamente. Esta forma de utilizar la red presenta dos beneficios principales: (a) no se almacena en una sola ubicación; y (b) los registros que mantiene son realmente públicos y fácilmente verificables. Lo anterior

debido a que, como no existe una versión centralizada de esta información para que un *hacker* la corrompa, ya que se encuentra alojada en millones de computadoras simultáneamente, sus datos son accesibles para cualquier persona en internet.

4.4.2. La transparencia

Uno de los conceptos más interesantes e incomprendidos de la tecnología BCT es la transparencia, al proporcionar nodos válidos y totalmente auditable de actas, de manera que cualquiera puede sumarse a la red y ver toda la información sobre esta.

A través del cifrado necesario y los mecanismos de control, la tecnología BCT salvaguarda la transparencia, almacenando la información de tal manera que no se puede modificar sin registrar los cambios hechos. Gracias a la capacidad para demostrar de forma criptográfica a terceros que los datos son inmutables, tiene el potencial de realizar los pagos más transparentes y los sistemas más responsables. Lo anterior debido a que, una vez que se ha introducido una información en la cadena de bloques, no se puede alterar porque cualquier cambio en la información de una transacción, por pequeño que sea, se reflejará en el *hash* criptográfico de manera muy significativa.

Por ejemplo, si un hacker ataca el bloque 3 e intenta cambiar los datos, las propiedades de las funciones *hash* hacen que cualquier ligero cambio en los mismos provoque una modificación muy importante del *hash*. De esta manera, cualquier pequeño cambio realizado en el bloque 3, cambia el *hash* que está almacenado en el bloque 2, que a su vez cambia los datos y el hash del bloque 2, lo que tiene como resultado cambios en el bloque 1 y así sucesivamente. Esto modifica por completo la cadena, lo cual es fácilmente detectable. De este modo, las cadenas de bloques alcanzan la inmutabilidad, debido a la facilidad en el rastreo del más mínimo movimiento no registrado.

Ahora bien, la cadena de bloques en sí misma no puede considerarse completamente inmutable porque los bloques publicados más recientemente, o "cola", están sujetos a ser reemplazados (por una cadena alternativa más larga con diferentes bloques de cola). Si dos cadenas compiten, se adopta el bloque de cola que sea más largo.

Sin embargo, esto no significa que las transacciones dentro de los bloques reemplazados se pierdan, sino que pueden ser incluidas en bloques diferentes o ser devueltas al grupo de transacciones pendientes. Este grado de la inmutabilidad débil para los bloques de cola es la razón por la que la mayoría de los usuarios de la tecnología BCT esperan varios bloques antes de considerar una transacción como válida.

Por otra parte, la tecnología BCT puede abordar también la accesibilidad y visibilidad de los datos de una manera segura y eficiente, ya que la información es repartida en cada uno de los nodos. Además, se facilita el montaje de diferentes niveles de privacidad, ya que cada participante es esencialmente un interesado, y ningún participante tiene un privilegio administrativo de acceso pleno. Por lo tanto, llegar a un acuerdo de consenso entre todos los participantes en la red, y hacerlo cumplir, es una de las características clave de una tecnología distribuida que segura que la información es compartida de manera limitada. Para ello se cuenta con herramientas como los términos de actualización de datos, la verificación de errores y la toma de decisiones colectivas.

4.5. Clasificación de los sistemas Blockchain

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante tener en cuenta que existen tres tipos principales de sistemas BCT:

1. *Blockchain* pública**.** En este sistema, una cadena de bloques pública proporciona una plataforma abierta para que personas de diversas organizaciones y orígenes se unan, realicen transacciones y minen; por ende, su denotación de pública pues no existen restricciones en ninguno de estos factores. Asimismo, la cadena es abierta y transparente y no hay "nodos de validación" específicos, por lo que cada participante tiene plena autoridad para leer / escribir transacciones, realizar auditorías en la cadena de bloques o revisar cualquier parte de la cadena de bloques, en cualquier momento. Como resultado, la disponibilidad de múltiples copias de toda la red sincronizada con todos sus nodos la hace inmutable. Sin embargo, tiene el riesgo de que la disponibilidad pública de la información la expone a ataques.

2. *Blockchain* privada. A contrario sensu, este tipo de sistema está configurado para facilitar el intercambio de datos entre un grupo específico de individuos (en una sola organización) o entre múltiples organizaciones con minería controlada por una organización o individuos selectivos. También, se denomina "*Blockchain* con permiso", ya que los usuarios desconocidos no pueden acceder a él, a menos que reciban una invitación especial. La participación de los nodos se decide por un conjunto de reglas o por la red a cargo para controlar el acceso. Esto inclina la red más hacia la centralización, derogando así una de las características más importantes de la tecnología BCT. Sin embargo, en un sistema de cadena de bloques privada, una vez que los nodos se vuelven parte de la red, contribuyen a ejecutar una red descentralizada, cada nodo mantiene una copia de la información y colabora para llegar a un consenso para su actualización, pero a diferencia de la cadena de bloques pública, el acceso a la información es restringido.

3. *Blockchain* de consorcio. Por último, una cadena de bloques de consorcio puede considerarse como una cadena de bloques parcialmente privada y autorizada, donde no es una sola organización, sino un conjunto de nodos predeterminados, el que es responsable del consenso y la validación de los bloques. Por lo tanto, es un sistema parcialmente centralizado, debido al control ejercido por los nodos de validación seleccionados, lo que lo diferencia de la cadena de bloques privada (que está completamente centralizada) y de la cadena de bloques pública (que es completamente descentralizada).

Un aspecto clave de la tecnología BCT es determinar qué usuario publica el siguiente bloque. Lo anterior debido a que en una tecnología descentralizada (característica de las redes *peer-to-peer*) se integran estructuras de consenso descentralizadas antes del inicio de la cadena de bloques y de las operaciones de transacción. De este modo, los participantes de la red adoptan de antemano por consenso un mecanismo adecuado a sus necesidades, de manera que cada nodo de respaldo en la red ejecute exactamente el mismo algoritmo de consenso, lo que evita que el sistema requiera de un administrador externo para supervisar las operaciones de transacción.

Entre los muchos modelos de consenso posibles se encuentra el denominado "prueba de trabajo" (PoW), que funciona determi-

nando el nodo que escribe un bloque en los libros de contabilidad mediante una combinación de teoría de juegos, criptografía e incentivos de ingeniería, de manera que los nodos de la red compiten para resolver un rompecabezas matemático (generalmente un patrón computacionalmente difícil pero fácilmente verificable) para registrar una transacción.

Por otro lado, existe otro modelo popular denominado "prueba de participación", conforme al cual el creador del bloque se elige mediante un método determinista, dependiendo de la apuesta en poder del participante. Se emplea un algoritmo para determinar la toma de decisiones colectivas y el nivel de privacidad entre los participantes. Este mecanismo requiere la credibilidad de los datos, que se denota por la prueba de la propiedad de las criptomonedas (si un bloque creado se puede validar, la criptomoneda es devuelta al nodo original como bonificación). Este método no implica recompensas en bloque, pero funciona únicamente en las tarifas de transacción.

Por último, es importante mencionar que, aun cuando hay diferentes tipos de sistemas, la transparencia y la responsabilidad que ofrece la tecnología BCT podría jugar una función importante en la limitación de la vigilancia en línea, la censura indebida, y, los abusos contra los derechos humanos. Por ejemplo, en el caso de una cadena de bloques completamente pública, toda la información se vuelve pública (cualquiera puede ver todos los datos almacenados, ya que se supone que son accesibles para todos) y transparente, para evitar la manipulación de datos. De esta manera, este tipo de tecnología podría permitir, por ejemplo, a los consumidores rastrear cualquier producto en la cadena de suministro, y saber exactamente qué contienen sus alimentos, si son orgánicos y/o de comercio justo, y si los bienes que compran son genuinos o se producen respetando los derechos de los trabajadores.

Además, a través de un registro de auditoría, que sería accesible a través del portal del gobierno y aseguraría su privacidad, las personas también podrían rastrear todas las transacciones relacionadas con el gobierno que utilizan su información personal. Como la transparencia se preocupa fundamentalmente por ser claro, obvio y comprensible (sin dudas o ambigüedades), mejorar la rendición de cuentas a

través de la tecnología BCT podría ayudar a construir una economía digital inclusiva, transparente y responsable.

Del mismo modo, la tecnología *Blockchain* se utiliza como una herramienta para la lucha de la corrupción. Por ejemplo, en Colombia se ha construido un programa para monitorizar el proceso de selección y contratación de los proveedores del programa de alimentación escolar (PAE). Se implementó para responder a la necesidad de transparencia por parte del PAE ya que se han denunciado múltiples denuncias por irregularidades en el manejo de los fondos públicos. Además, la tecnología BCT proporciona inmutabilidad, trazabilidad, transparencia en todas las transacciones, por lo que ayuda a prevenir la pérdida de alimentos y prácticas corruptas relacionadas con el PAE.

4.6. Riesgos y retos de la tecnología Blockchain

El proceso de la tecnología BCT brinda un nivel de seguridad muy sólido. Cada minero en un bloque específico conserva una copia de la cadena, lo que les permite detectar cualquier intento de manipulación. Sin embargo, es importante reconocer que ninguna tecnología puede garantizar una seguridad absoluta, especialmente en plataformas en línea, cuando se manejan grandes sumas de dinero y se realizan transacciones en diversas partes del mundo, lo que puede atraer a posibles ciberdelincuentes. Por esta razón, los participantes en la cadena preservan su anonimato para prevenir posibles fraudes, ya que existen grupos delictivos organizados que operan al margen de la ley, y debido a su estructura clandestina, es difícil detectar cualquier modificación en la cadena de bloques.

Así, desde los inicios de la tecnología BCT en 2008, estas plataformas han enfrentado diversas amenazas que han afectado su estabilidad. Un ejemplo destacado es el incidente mencionado en un artículo de Deloitte donde se resalta la vulnerabilidad de las transacciones en estado de validación pendiente. Este fallo resultó en un ataque a la red Bitcoin en 2014 y posteriormente, en 2016, un hacker aprovechó los contratos inteligentes en Ethereum para causar una congestión en la red, lo que afectó gravemente la creación de bloques y la validación de transacciones en diferentes partes del mundo,

causando riesgos para inversionistas y usuarios que utilizan este tipo de plataformas (Yesica Marcela, 2019).

En consecuencia, los principales riesgos asociados al uso de la tecnología BCT están relacionado con las tácticas empleadas por el crimen organizado (o por individuos organizados), para obtener contraseñas que incluyen el phishing, la distribución de malware, la infiltración a través de servidores de grandes organizaciones y la utilización de *scripts* en sitios web comprometidos. Para evaluar los riesgos asociados a cada uno de estos métodos, es importante entender lo siguiente: (a) el *phishing* implica el uso de correos electrónicos o sitios web fraudulentos que se hacen pasar por entidades de confianza para solicitar información personal; (b) el *malware* se refiere a un tipo de software dañino diseñado para acceder a dispositivos sin el conocimiento del usuario; (c) la infiltración a través de servidores involucra a criminales que comprometen la seguridad de organizaciones importantes para utilizar sus sistemas como plataforma para la extracción de datos de posibles víctimas; y (d) la ejecución de *scripts* en sitios web comprometidos permite a los delincuentes realizar automáticamente la extracción de datos cuando los usuarios acceden a dichos sitios.

Por otra parte, con respecto a los retos que enfrenta la tecnología BCT, cabe destacar que la aplicación de las legislaciones de protección de datos en cadenas de bloques públicas y sin permiso puede resultar un desafío desde un punto de vista legal, dado que la mera idea de un derecho de borrado va en contra de todo lo que representa la tecnología BCT. Así, en una red pública en la que las transacciones asociadas están identificadas, no hay forma de "borrar" la información, que es ahora parte de la cadena de bloques y, por lo tanto, de conocimiento público. Además, las cadenas de bloques descentralizadas no dependen de las autoridades centrales para procesar datos y, por lo tanto, la idea de controladores de datos que puedan borrar datos personales de la cadena de bloques no es fácil de implementar (lo que hacer surgir la cuestión relativa a cómo puede afectar esto a los contratos inteligentes). De esta manera, la eficiencia y sostenibilidad de este nuevo paradigma de responsabilidad impulsado por la tecnología BCT depende de su capacidad para aplicar normativas de protección de datos (que están diseñadas principalmente para la

recopilación, el almacenamiento y el procesamiento de datos centralizados), en un dominio tecnológico innovador que es intrínsecamente descentralizado y cuenta con un número limitado de intermediarios centrales.

Ante esta situación, y dada la inmutabilidad de las redes BCT, es posible que ciertas redes den prioridad a la privacidad y la confidencialidad frente a la transparencia, ya sea para evitar el fraude, ya sea para no incurrir en el incumplimiento de las legislaciones aplicables en materia de protección de datos (como, por ejemplo, el art. 22 del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), como estándar internacional, que concede la protección de los interesados contra el procesamiento automatizado de su información). Esto significa que la transparencia no es siempre absoluta ni incondicional. De hecho, existen varios grados de transparencia según el ámbito de aplicación. Por ejemplo, en el caso de transacciones de bitcoins, los datos se comparten públicamente sin necesidad de autorización (un formato que permite a cualquier usuario unirse a la red y empezar a minar), lo que ofrece plena transparencia. Sin embargo, en el caso de una "red BCT con permiso", un participante necesita autorización para realizar transacciones con otro participante de la red, y las transacciones se llevan a cabo en un ecosistema, donde los datos de las mismas permanecen confidenciales y los participantes son conocidos y autenticados. Como resultado, el potencial de transparencia de la tecnología BCT puede verse, en ocasiones, afectado por la necesidad de garantizar la privacidad de las partes a través de una poderosa criptografía (lo que hace muy difícil vincular direcciones públicas a usuarios individuales).

Por último, se han planteado también preguntas sobre si es posible que las redes BCT se puedan adherir al principio de minimización de datos, dado que los datos se agregan continuamente a la cadena sin posibilidad de eliminación o edición, y las cadenas de bloques están creciendo constantemente, con la necesidad de recursos adicionales de minería que ello conlleva.

En resumen, la tecnología BCT tiene un alcance global y en constante evolución. Sin embargo, es esencial que se mantenga actualizada para contrarrestar posibles amenazas emergentes que puedan poner en peligro su integridad en el (Soto et al., 2018)

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

5.1. Conclusiones

La industria *Fintech* ha revolucionado el mundo de los servicios financieros, ofreciendo soluciones innovadoras que amplían el acceso, reducen los costos y promueven la inclusión financiera. Sin embargo, este avance tecnológico no está exento de desafíos y riesgos significativos, especialmente en lo que respecta al lavado de dinero y la financiación del terrorismo. Para abordar estos desafíos, es esencial una colaboración efectiva entre las empresas *Fintech*, las instituciones financieras y los reguladores. La implementación de medidas AML/CFT sólidas, es fundamental para garantizar la integridad y la seguridad del sistema financiero, al tiempo que se fomenta la confianza del público y se previenen actividades ilícitas. La ciberseguridad es un aspecto crítico que las empresas *Fintech* deben abordar, ya que la digitalización las expone a riesgos de ciberataques. Además, la construcción y el mantenimiento de la confianza del usuario son fundamentales para el éxito continuo de estas empresas.

En última instancia, las *Fintech* tienen el potencial de desempeñar un papel fundamental en la lucha contra la corrupción transnacional al utilizar tecnología avanzada para recopilar y analizar datos de manera eficiente. Sin embargo, su éxito dependerá de su capacidad para gestionar de manera efectiva los siguientes riesgos: (a) operacionales (incluyendo los creados por la delegación de servicios a terceros); (b) de posibles excesos regulatorios; y (c) relativos a la falta de seguridad cibernética y al fraude (que pueden afectar la confianza del público).

La aplicación de programas KYC y AML/CFT como acciones *Regtech* contra la corrupción en el sector financiero es de gran relevancia. La complejidad creciente de las regulaciones financieras y la cantidad de datos requeridos para el cumplimiento normativo, han impulsado el desarrollo de la industria *Regtech*, la cual utiliza la tecnología para mejorar la eficiencia y efectividad en el cumplimiento de estas regulaciones. Estos beneficios incluyen la agregación de datos, el modelado de riesgos, el monitoreo de transacciones, la identifica-

ción de clientes y personas jurídicas, la supervisión de la cultura y el comportamiento interno, y la gestión del comercio en los mercados financieros, así como la capacidad de adaptarse a nuevas regulaciones.

La industria *Regtech* desempeña un papel crucial contribuyendo significativamente a la lucha contra la corrupción en el sector financiero, aunque enfrenta desafíos relacionados con: (a) la falta de interoperabilidad global en el mercado actual; (b) la poca familiaridad de las instituciones gubernamentales con esta tecnología; (c) el acceso a los datos personales; (d) los cuestionamientos sobre la sofisticación y calidad de la información transmitida; (e) la falta de acceso a las tecnologías más avanzadas por reguladores y supervisores; (f) la falta de adaptación de las estructuras estatales; (g) la tensión entre regulación y supervisión; y (h) la preocupación frente al posible reemplazo de los supervisores bancarios.

Finalmente, la tecnología BCT ha surgido como una herramienta transformadora, ya que su descentralización y la capacidad para crear registros distribuidos de transacciones han mejorado la transparencia, confianza y seguridad en diversas aplicaciones, incluyendo las cadenas de suministro. La tecnología BCT ha demostrado su valía al mejorar la seguridad de los datos, acelerar los flujos de trabajo, permitir la ejecución automatizada de contratos y fomentar la colaboración. Su naturaleza pública y transparente empodera a los consumidores al rastrear productos en la cadena de suministro y garantizar la autenticidad de los bienes. No obstante, esta tecnología enfrenta desafíos y ambigüedades que requieren investigación continua y cambios significativos en diversos sectores para su adopción global, entre los que destacan los siguientes: (a) los relativos a la ciberseguridad (los ataques como el phishing, la distribución de malware, la infiltración a través de servidores y la ejecución de scripts en sitios web comprometidos, pueden poner en peligro la integridad de la cadena de bloques y las transacciones que contiene); (b) la necesidad de respetar las legislaciones de protección de datos (como el art. 22 del RGPD) y las tensiones que ello puede generar con la transparencia que busca proporcionar la tecnología BCT y los contratos inteligentes (aspecto crítico a considerar); y (c) la posibilidad de im-

plementación del principio de minimización de datos para evitar el sobreconsumo de recursos de minería.

5.2. Recomendaciones para América Latina y Colombia

5.2.1. Recomendaciones para América Latina

En el contexto de *Fintech*, se recomienda que las empresas de tecnología financiera en América Latina adopten un enfoque basado en riesgos al desarrollar e implementar medidas de AML/CFT. Esto implica realizar una evaluación exhaustiva de los riesgos específicos asociados a sus productos, servicios y clientes en la región.

Además, es importante tener en cuenta que no todas las geografías o tipos de transacciones conllevan el mismo nivel de riesgo, por lo que es importante que las empresas *Fintech* en América Latina adapten sus medidas de cumplimiento en consecuencia, y se mantengan actualizadas con los estándares internacionales establecidos por el GAFI y otras organizaciones reguladoras. Esto facilitará también la colaboración con instituciones financieras y empresas *Fintech* en terceros países, así como la detección de actividades transfronterizas sospechosas y la cooperación en investigaciones internacionales. Ahora, bien, introducen también nuevas vulnerabilidades, como transacciones anónimas y riesgos cibernéticos. Por lo tanto, es fundamental establecer regulaciones adecuadas con los reguladores deben promulgar regulaciones sólidas que respalden la innovación financiera pero que también garanticen la seguridad y el cumplimiento normativo.

La creciente complejidad de las regulaciones AML/CFT hace que sea recomendable que las instituciones financieras latinoamericanos adopten soluciones de *Regtech* diseñadas para automatizar y mejorar los procesos de cumplimiento a través de tecnología avanzada, como inteligencia artificial y análisis de datos. Asimismo, es importante colaborar con los reguladores locales para garantizar que las soluciones de *Regtech* cumplen con las regulaciones específicas de cada país de América Latina.

La cooperación con las autoridades puede ayudar a asegurar un enfoque armonizado hacia el cumplimiento AML/CFT en la región. En consecuencia, las estrategias de acción relacionadas con las medidas *Regtech* (incluyendo programas KYC y AML/CFT) implican el desarrollo de regulaciones actualizadas (en colaboración con reguladores gubernamentales), programas de educación y capacitación (para promover la familiaridad con la tecnología), la colaboración entre la industria financiera y el gobierno, la definición de estándares de interoperabilidad, la oferta de incentivos para la adopción de soluciones *Regtech*, las auditorías independientes, el desarrollo de soluciones personalizadas y la promoción de una cultura de cumplimiento ético. Todo ello, buscando fortalecer la prevención de delitos financieros y la lucha contra la corrupción en la región, equilibrando la innovación tecnológica con la integridad financiera.

Finalmente, las recomendaciones en materia de tecnología BCT aplicada en KYC y AML/CFT se basan en la necesidad de abordar desafíos clave en la región relacionados con la identificación de clientes, la prevención del lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, sobre todo en lo que se refiere a la seguridad de datos y autenticidad de la información en un contexto en el que estas cuestiones son preocupaciones frecuentes. La tecnología BCT puede, además, abordar la falta de documentación de identidad adecuada al permitir la creación de identidades digitales seguras y descentralizadas, facilitando la participación en servicios financieros. Adicionalmente, los programas KYC y AML/CFT pueden utilizar esta tecnología para abordar la corrupción financiera en América Latina, permitiendo ofrecer transparencia, para compartir datos de forma descentralizada.

Sin embargo, para maximizar el potencial de la tecnología BCT en América Latina y mitigar los riesgos asociados, se proponen estrategias que incluyen desarrollar soluciones de privacidad, fortalecer la ciberseguridad, establecer un marco regulatorio claro, realizar auditorías y evaluaciones, invertir en investigación y promover casos de uso. Estas estrategias buscan equilibrar la transparencia con la protección de datos mediante cifrado avanzado y gestión de identidad digital, promover la seguridad cibernética y aprovechar los beneficios de la tecnología BCT como mecanismo anticorrupción en mate-

ria de asuntos financieros, garantizando la integridad y la eficiencia. Además, para su efectiva aplicación, se requiere la cooperación entre diversos actores, incluidas las instituciones financieras, los reguladores y las empresas de tecnología, y la adaptación de las regulaciones locales para incorporar esta tecnología de manera efectiva (Binance, 2022).

5.2.2. Recomendaciones para Colombia

El ámbito *Fintech* y para combatir la corrupción en asuntos financieros, incluyendo KYC y AML/CFT, se requiere la implementación de estrategias integrales que equilibren la innovación tecnológica con la integridad financiera. Estas incluyen acciones relativas al establecimiento de regulaciones sólidas y la adhesión a estándares internacionales como los promovidos por el GAFI, la implementación de programas robustos de AML/CFT que aborden la gobernanza, la gestión de riesgos y el monitoreo de transacciones, y la inversión en ciberseguridad para proteger la información y la confianza del público. También, es importante la adopción de tecnologías emergentes, la educación y el entrenamiento de empleados en prácticas éticas, la colaboración cercana con reguladores, la transparencia a través de auditorías y la concienciación pública sobre la seguridad en *Fintech*. En resumen, estas estrategias son fundamentales para asegurar el cumplimiento normativo, prevenir actividades ilícitas y mantener la confianza en el sector *Fintech* en un entorno altamente regulado y competitivo.

Las estrategias de acción para abordar la corrupción en asuntos financieros, KYC y AML/CFT relacionadas con *Regtech* son centrales para fortalecer la integridad del sistema financiero, automatizando y mejorando el cumplimiento normativo, lo que es crucial en la prevención de actividades corruptas y financieras ilícitas. Por ello, la industria *Regtech* debería impulsar acciones para regular y gestionar grandes cantidades de datos y aplicar soluciones avanzadas que van desde la identificación de clientes hasta la supervisión interna y la detección de nuevas regulaciones. Estas soluciones no solo mejoran la eficiencia y precisión del cumplimiento normativo, sino que también ahorran tiempo y recursos. Lo mismo sucede con la aplicación

de políticas claras, datos de alta calidad y seguridad de datos, lo que convierte al *Regtech* en una herramienta muy importante en la lucha contra el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo y la corrupción transnacional en el sector financiero.

En materia de tecnología BCT aplicado en KYC y AML/CFT, Colombia, en el contexto de las innovaciones financieras y el crecimiento de las empresas *Fintech*, enfrenta el desafío de mantener regulaciones actualizadas para garantizar la protección del cliente, la integridad del mercado financiero y la estabilidad del sistema financiero. Esto es especialmente crucial en la lucha contra el blanqueo de capitales y el financiamiento del terrorismo, ya que los servicios digitales, como las criptomonedas, aumentan las vulnerabilidades.

La ejecución anónima de transacciones transfronterizas y la manipulación de datos personales pueden dar lugar a actividades abusivas. Por lo tanto, se recomienda que las regulaciones AML/CFT se apliquen a los actores de *Fintech* para abordar estos riesgos. Para establecer un sólido programa AML/CFT en el sector *Fintech* en Colombia, es esencial considerar varios componentes clave. Primero, se debe establecer una sólida estructura de gobernanza, con una junta directiva y una alta gerencia que lideren la gestión de riesgos AML/CFT.

Esto debe respaldarse con tres líneas de defensa: Primero, el personal de atención al cliente, el director de AML/CFT y la auditoría interna. Segundo, es necesario realizar una evaluación exhaustiva de los riesgos inherentes, identificando riesgos en áreas como clientes, productos, regulaciones y terceros proveedores. Luego, se deben desarrollar políticas y procedimientos internos para abordar estos riesgos y prevenir, detectar y reportar actividades sospechosas. Tercero, se debe llevar a cabo una debida diligencia exhaustiva en la identificación de clientes y la creación de perfiles de riesgo, utilizando soluciones tecnológicas eficientes. Cuarto, se requiere un monitoreo de transacciones basado en parámetros de riesgo, adaptado a las necesidades específicas de cada cliente o producto. Quinto, es esencial emitir informes sobre transacciones sospechosas tanto para agencias gubernamentales como para uso interno, con detalles clave para evaluar la exposición al riesgo AML/CFT. Sexto, la comunicación y la capacitación del personal son fundamentales para una gestión efec-

tiva del riesgo AML/CFT en toda la organización. Séptimo, se deben llevar a cabo auditorías internas y externas para evaluar la eficacia de los programas AML/CFT, asegurando la calificación e independencia de los auditores. Estos pasos garantizarán un enfoque integral y efectivo para abordar los desafíos de AML/CFT en el sector *Fintech* en Colombia.

El contexto de Colombia en materia regulatoria, especialmente en lo relacionado con el SARLAFT 4.0, se recomienda la adopción de soluciones de *Regtech* avanzadas. Esto incluye el uso de tecnologías como la inteligencia artificial y el aprendizaje automático para automatizar procesos de KYC y AML/CFT. Además, se sugiere implementar un monitoreo en tiempo real y aprovechar el análisis de *big data* para detectar actividades sospechosas de manera eficaz. La integración de fuentes de datos externos y la colaboración con reguladores son esenciales, al igual que la capacitación del personal en *Regtech*. También, se debe realizar un análisis de costos y beneficios y estar preparado para adaptarse continuamente a medida que las tecnologías *Regtech* evolucionen y las regulaciones cambien, con el objetivo de lograr un sistema financiero más seguro y eficiente en Colombia.

La implementación de soluciones *Regtech* en Colombia para los procesos KYC y AML/CFT se presenta como una respuesta eficaz a los desafíos en la gestión de riesgos y el cumplimiento normativo. Estas tecnologías permiten una transición de un enfoque KYC a KYD, con procesos eficientes de recopilación, administración y análisis de datos. Además, ofrecen ventajas como la verificación a través de la tecnología BCT, monitoreo continuo de transacciones, rapidez en la incorporación de nuevos clientes y una mejor experiencia para los consumidores. Estas soluciones *Regtech* pueden fortalecer la diligencia debida frente al cliente, el monitoreo continuo, la velocidad de los procesos y la satisfacción del cliente, lo que contribuye a una gestión más efectiva de riesgos y al cumplimiento de regulaciones en el sector financiero en Colombia.

En definitiva, para la aplicación de la integridad en el sistema financiero se proponen estrategias clave en el uso de tecnología BCT en conjunto con medidas efectivas de KYC, AML/CFT y transparencia. Estas estrategias incluyen la implementación segura de dicha tecnología, incluyendo criptografía, ciberseguridad, la formación

de consorcios para supervisión, el uso de contratos inteligentes y los análisis avanzados de datos. Además, se destaca la importancia de auditorías independientes para poder generar estrategias de trabajo en buscar de acciones tendientes a mejorar la aplicación de esta tecnología.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

Arner, D., Barberis, J. & Buckley, R. (2017). "Fintech, Regtech, and the Reconceptualization of Financial Regulation." *Northwestern Journal of International Law Business*. Vol. 37(3). P.p. 371-413.

Arner, D., Barberis, J., & Buckley, R. (2016). "The emergence of *Regtech* 2.0: From know your customer to know your data". *SSRN Electronic Journal*.

Bergara, M. & Ponce, J. (2017). "How Disruptive are Fintechs?". *Monetaria*.

Christy, R. & Bogan, V. (2019). *Financial Inclusion, Innovation, and Investments*. Singapore: World Scientific Publishing Company.

Cong, Y., Freedman, M. & Park, J. (2014). "Tone at the top: CEO environmental rhetoric and environmental performance" *Advances in Accounting*. Vol 30(2). Pp. 322-327.

Giudici, P. (2018). "Fintech Risk Management: A Research Challenge for Artificial Intelligence in Finance*". Frontiers in Artificial Intelligence*. Vol. 1.

Malady, L., Buckley, R. & Arner, D. (2014). "Developing and Implementing AML/CFT Measures Using a Risk-Based Approach for New Payments Products and Services". *SSRN*.

Moreno, B., Valencia, N., Soto, F. & Sánchez, A. (2018). "Criptomonedas como alternativa de inversion, riesgos, regulación y posibilidad de monetización en Colombia". *Universidad Jorge Tadeo Lozano*.

Ortiz, D. (2021). "La aplicación de tecnologías *regtech* en el cumplimiento del deber de información de los emisores de valores en Colombia". *Anuario de Derecho Privado*. Núm. 3. Pp. 193-235.

Rendón, Y. (2019). "Riesgos para la seguridad de la innovadora plataforma 'Blockchain'". Bogotá: *Universidad Militar*.

Informes, resoluciones y otros documentos

Asociación de Supervisores Bancarios de las Américas. (2017). *An Overview of Fintechs: Their Benefits and Risks.*

BCBS. (2001). "Customer Due Diligence for Banks". *Consultative Document.* http://www.bis.org/publ/bcbs77.pdf.

BCBS. (2017). "Sound Practices: Implications of fintech developments for banks and bank supervisors". *Consultative Document.*_https://www.bis.org/bcbs/publ/d415.pdf.

BCBS. (2015). "Corporate Governance Principles for Banks". *Guidelines.* Corporate governance principles for banks (bis.org).

BCBS. (2016). "Sound Management of Risks Related to Money Laundering and Financing of Terrorism". *Guidelines.* https://www.bis.org/bcbs/publ/d328.pdf.

Binance. (septiembre 13 de 2022). "¿Por qué AML y KYC son esenciales en el mercado de criptomonedas?". *Bloomerg Línea.* https://www.bloomberglinea.com/2022/09/09/por-que-aml-y-kyc-son-esenciales-en-el-mercado-de-criptomonedas/.

BID. (2022). *Fintech en América Latina y el Caribe: Un ecosistema consiloidado para la recuperación.* https://publications.iadb.org/publications/spanish/viewer/Fintech-en-America-Latina-y-el-Caribe-un-ecosistema-consolidado-para-la-recuperacion.pdf.

Deloitte. (2014). *Foundational considerations when & upgrading Know Your Customer programs.* Meeting New Expectations.

Deloitte & Touche. (julio 9 de 2018). "Regulatory Scrutiny Grows, Fintechs May Seek to Better Manage Risks." *The Wall Street Journal.* https://deloitte.wsj.com/riskandcompliance/2018/07/09/as-regulatory-scrutiny-increases-fintechs-may-seek-to-better-manage-risks/.

Deloitte. *(*2018). *FinTech: Regulatory Challenges and Financial Crime Exposure.* https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/de/Documents/finance/Deloitte_FinTech.pdf.

FATF. (2014). *Guidance for a Risk-Based Approach: The Banking Sector.* https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/Risk-based-approach-banking-sector.html.

FCA. (2017). *Regtech applies to new technologies developed to help overcome regulatory challenges in financial services.* https://www.fca.org.uk/firms/innovation/regtech.

Goodhart, C. (2011). *The Basel Committee on Banking Supervision.* MarketScreener.

Hamilton, B. (2017)· *Center for Cyber Safety and Education, and ISC.*

Institute of International Finance. (2015). *Regtech: exploring solutions for regulatory challenges.*

Institute of International Finance. (2016). *RegTech in financial services: technology solutions for compliance and reporting.*

Jung, D. (2019). *Robo-Advisory: Opportunities and Risks for the Future of Financial Advisory.* http://www.econis.eu/PPNSET?PPN=1040719996.

JWG. (marzo 16 de 2018). "KYC and Regtech: innovating to regain control". *RecgTech Intelligence.* https://jwg-it.eu/article/kyc-and-regtech-innovating-to-regain-control/.

Muhn, J. (2020). *Cybersecurity: The Hidden Risks of Fintech Services.*

PYMNTS. (Agosto 22 de 2019). "How Fintechs Combat Fraud Risk with Automation". PYMNTS. https://www.pymnts.com/news/security-and-risk/2019/*Fintech*s-combat-fraud-risk-with-automation/.

The Risk Management Association. operational risk management training & resources.

The Risk Management Association. (2013). *FICCI's Financial Foresights.*

Udemy. (2021). "Introduction to Operational Risk Management ORM". *Courses.* www.udemy.com/course/introductiontooperationalriskmanagementorm/?utm_source=adwords&utm_medium=udemyads&utm_campaign=LongTail_la.EN_cc.ROW&utm_content=deal4584&utm_term=_._ag_119586862479_._ad_535397279679_._kw__._de_c_._dm__._pl__._ti_dsa-12.

ANEXO 1
Informes de Evaluación Mutua del Grupo de Acción Financiera Internacional

El Informe de Evaluación Mutua debe ser presentado durante la asamblea de países miembros del GAFI, quienes son los encargados de aprobarlo. En líneas generales, el GAFI evalúa cada una las cuarenta recomendaciones, y asigna una calificación para cada una de ellas en función de dos criterios: cumplimiento técnico y efectividad. El cumplimiento técnico hace referencia a la incorporación formal de la recomendación en el ordenamiento jurídico e institucional del país. El método de calificación del cumplimiento técnico de cada recomendación es cualitativo. Esto significa que el equipo evaluador debe asignar a cada recomendación una calificación de cumplimiento técnico dentro de la escala definida por el GAFI. La metodología actualmente al uso prevé la siguiente escala para la calificación del cumplimiento técnico:

Tabla 1. Escala de calificación de cumplimiento técnico del GAFI. Elaboración propia

Calificación	Criterio
Cumplida	No hay deficiencias en el cumplimiento de la recomendación
Mayormente cumplida	Hay deficiencias menores en el cumplimiento de la recomendación
Parcialmente cumplida	Hay deficiencias moderadas en el cumplimiento de la recomendación
No cumplida	Hay grandes deficiencias en el cumplimiento de la recomendación
No aplicable	La recomendación no aplica, debido a las características estructurales, jurídicas o institucionales del país.

Fuente: FATF, 2019.

La efectividad hace referencia al cumplimiento real de la finalidad para la cual fueron creadas las recomendaciones. Por eso, la metodología de evaluación de la efectividad se basa en una jerarquía

de *resultados* que los países deben lograr al adoptar las recomendaciones del GAFI. Al nivel más alto, el resultado esperado es que el país este protegido frente a las amenazas internas y externas de lavado de activos, financiación del terrorismo y proliferación de armas de destrucción masiva. Sin embargo, para lograr un balance adecuado entre ese objetivo último y lo que es realmente posible conseguir a partir del grado de implementación de las recomendaciones, la metodología de evaluación de la efectividad del GAFI se basa en la revisión del nivel de logro de once resultados inmediatos. Cada uno de esos resultados inmediatos representa un objetivo clave que el sistema ALA/CFT del país debe conseguir, y todos ellos alimentan tres resultados intermedios que agregan temáticamente los objetivos del sistema. Estos resultados esperados se recogen en:

Tabla 2. Resultados de efectividad evaluados por el GAFI

Resultado de alto nivel **El sistema financiero y la economía en general están protegidos de las amenazas de lavado de dinero, del financiamiento del terrorismo y la proliferación, fortaleciendo así la integridad del sector financiero y contribuyendo a la seguridad nacional**	
Resultados intermedios	**Resultados inmediatos**
La política pública, la coordinación interinstitucional y la cooperación internacional mitiga apropiadamente el riesgo LA/FT	El riesgo de lavado de activos, financiación del terrorismo y proliferación es apropiadamente entendido, y las acciones domesticas son adecuadamente coordinadas para combatir estos delitos.
	La cooperación internacional proporciona información, inteligencia financiera y evidencia apropiada, y facilita acciones contra los criminales y contra sus activos.
Se previene efectivamente que los bienes provenientes del delito y los fondos destinados a financiar el terrorismo entren en el sistema financiero o en otros sectores, y en su defecto se detectan y reportan por esos sectores	El organismo de supervisión supervisa, monitorea y regula apropiadamente las IF, las APNFD`s y los PSV`s, para el cumplimiento adecuado de las recomendaciones ALA/CFT de acuerdo con su nivel de riesgo.
	Las IF, APNFD y PSV aplican adecuadamente medidas ALA/CFT apropiadas para su nivel de riesgo, y reportan operaciones sospechosas.
	Las personas jurídicas y las firmas que las crean o administras adoptan medidas para prevenir su mal uso para el LA/FT, y la información sobre sus beneficiarios finales están disponibles para las autoridades competentes sin impedimentos.

Resultado de alto nivel **El sistema financiero y la economía en general están protegidos de las amenazas de lavado de dinero, del financiamiento del terrorismo y la proliferación, fortaleciendo así la integridad del sector financiero y contribuyendo a la seguridad nacional**	
Resultados intermedios	**Resultados inmediatos**
Las amenazas de lavado de activos son detectadas y neutralizadas y los criminales son sancionados y privados de los bienes obtenidos ilícitamente. Las amenazas de financiación del terrorismo son detectadas y neutralizadas, y los terroristas son privados de sus recursos, y aquellos que han financiado el terrorismo son sancionados, para contribuir a la prevención de actos terroristas	La inteligencia financiera y otra información relevante es apropiadamente usada por las autoridades competentes en la investigación de casos de LA/FT.
	Los delitos de lavado de activos y sus delitos precedentes son investigados, y los delincuentes son perseguidos y efectivamente castigados con penas proporcionales y disuasorias.
	Los bienes producto del delito, así como los utilizados para la comisión del delito, son confiscados.
	El delito de financiación del terrorismo es investigado, y los delincuentes son perseguidos y efectivamente castigados con penas proporcionales y disuasorias.
	Se previene efectivamente que los terroristas, las organizaciones terroristas y los financiadores del terrorismo recauden, muevan y usen fondos abusando de las ESAL.
	Se previene efectivamente que las personas y entidades involucradas en la proliferación de armas de destrucción masiva recauden, muevan y usen fondos, en los términos previstos en la UNSCR.

Copia traducida de la tabla elaborada por el GAFI (FATF, 2019: 16).

Finalmente, para calificar la efectividad, la metodología prevista por el GAFI estableció la siguiente escala de medición:

Tabla 3. Escala de calificación de efectividad del GAFI

Calificación	Criterio
Efectividad Alta	Los resultados inmediatos se consiguen en gran medida. Se necesitan mejoras menores.
Efectividad substancial	Los resultados inmediatos se consiguen en gran medida. Se necesitan mejoras moderadas.

Calificación	Criterio
Efectividad moderada	Los resultados inmediatos se consiguen solo en alguna medida. Se necesitan mejoras importantes.
Efectividad baja	Los resultados inmediatos no se consiguen o solo se consiguen en muy poca medida. Se necesitan mejoras fundamentales.

Fuente: Elaboración propia. Fuente: FATF, 2019.

ANEXO 2

Resulados de la tercera (argentina y brasil) y cuarta (chile, colombia, méxico y perú) evaluación mutua del grupo de acción financiera internacional

Tabla 4. Comparación de resultados de evaluaciones mutuas

PAIS	RONDA DE EVALUACIÓN MUTUA	CUMPLIMIENTO TÉCNICO RECOMENDACIÓN 4°	EFECTIVIDAD RESULTADO INMEDIATO 8
BRASIL	Tercera ronda	Parcialmente cumplida	No se calificó efectividad en la tercera ronda
ARGENTINA	Tercera ronda	Parcialmente cumplida	No se calificó efectividad en la tercera ronda
MÉXICO	Cuarta ronda	Cumplida	Moderado
CHILE	Cuarta ronda	Mayormente cumplida	Moderado
PERÚ	Cuarta ronda	Cumplida	Moderado
COLOMBIA	Cuarta ronda	Cumplida	Moderado

Fuente: Elaboración propia.

Capítulo 7

Seguridad digital, intervenciones estatales en el mercado y medidas tributarias: respuestas a los problemas de corrupción, crimen organizado y evasión de impuestos en el comercio ilícito de oro y drogas

MAURICIO SALCEDO[*]
JUAN PABLO GÓMEZ[*]

1. INTRODUCCIÓN

En Colombia, la minería ilegal y el narcotráfico constituyen dos de las principales fuentes de financiamiento de grupos armados ilegales (García, 2003). Estos fenómenos generan una escalada de violencia, socavan el control territorial del Estado y dan lugar a estructuras criminales que se lucran mediante modelos económicos diseñados para eludir los controles gubernamentales (Omelicheva &

[*] Abogado de la Universidad de los Andes (Colombia). LLM de la Universidad de Georgetown (EE.UU.). Doctor por el Graduate Institute (Suiza). Es Director de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia. Ha sido Consejero Comercial de Colombia en Suiza y Representante Adjunto de Colombia ante la OMC. Profesor de la Universidad de los Andes y de la Universidad Externado. Durante 17 años ha llevado la representación judicial de Colombia ante la OMC, la CAN y los mecanismos de solución de disputas bilaterales de los tratados comerciales.

[*] Abogado y filósofo de la Universidad de los Andes. Cuenta con dos posgrados de la misma universidad. Es consultor independiente en temas de arbitraje internacional y política de comercio exterior e inversión extranjera. Es profesor de la Universidad de los Andes y la Universidad El Bosque.

Markowitz, 2019). Además, fomentan la corrupción y con frecuencia tienen una dimensión transnacional (Boivin, 2014).

Los recursos generados por estas actividades ilícitas suelen ser objeto de procesos de lavado de dinero, ya sea dentro de la economía colombiana o en el extranjero, a través de complejas operaciones internacionales (Maskus *et al.*, 2021). Esta estrategia busca conferir una apariencia de legalidad a recursos que provienen de actividades ilícitas y, como resultado, no contribuyen al erario.

Además de sus implicaciones en materia de seguridad y económicas, la minería ilegal y el narcotráfico también plantean desafíos ambientales considerables (Suglo *et al.*, 2021). Enfrentar y atribuir la responsabilidad por los daños ambientales causados por estas actividades resulta difícil debido a la opacidad que las rodea (*Ídem.*).

Es por estas razones que el propósito fundamental de este trabajo radica en destacar la gravedad de estos fenómenos y presentar algunas soluciones legales e institucionales que permitan combatir y controlar los beneficios que derivan de la minería ilegal y del narcotráfico. Adoptando un enfoque pragmático, el objetivo principal de esta aproximación es doble: por un lado, tratar de limitar la capacidad financiera de las organizaciones (incluyendo aquellas que son parte del crimen organizado transnacional (COT)) que se dedican a estas actividades para financiar las prácticas corruptas que promueven; por otro lado, evitar que los recursos generados por estas actividades escapen al control estatal.

Para lograr esta meta, el presente capítulo se centra en la posibilidad de utilizar la tecnología de seguridad digital, como el *blockchain*, así como otras medidas regulatorias, para permitir una mayor intervención del Estado en ciertos mercados, como el del oro. Asimismo, el capítulo busca analizar la dimensión fiscal de las actividades ilícitas, revisando sus efectos socioeconómicos, su impacto sobre el recaudo de tributos y la forma en que los beneficios que generan puedan ser sometidos a tributación en Colombia.

A estos efectos, el capítulo se estructura en cuatro secciones adicionales. La sección 2 busca analizar la relación entre el comercio ilícito, las estructuras del COT involucradas y la corrupción pública y privada que promueven.

La sección 3 se enfoca en proponer estrategias para combatir la minería ilegal en Colombia, específicamente a través del uso de herramientas de seguridad digital que, con base en la tecnología *blockchain*, permitan rastrear el origen y la cadena de producción de los recursos mineros. Esta sección busca dar aplicación a las teorías y consideraciones desarrolladas al inicio de la sección, centrándose en el caso del comercio ilícito de oro, y analizando la posibilidad de adoptar medidas complementarias que puedan suponer una mayor participación estatal en su mercado.

La sección 4 se centra en analizar la problemática del comercio ilícito desde una perspectiva tributaria, centrándose especialmente en el narcotráfico. Se argumenta que, independientemente de las consecuencias penales asociadas con estas actividades, es imperativo considerarlas como una forma de actividad económica generadora de ingresos que potencialmente pueden ser captados por el Estado. El propósito es presentar opciones viables para gravar las ganancias provenientes de actividades ilícitas.

El capítulo finaliza con la sección 5, donde se presentan las principales conclusiones y recomendaciones alcanzadas.

2. COMERCIO ILÍCITO, CRIMEN TRANSNACIONAL ORGANIZADO Y CORRUPCIÓN PÚBLICA Y PRIVADA

El comercio ilícito es ampliamente reconocido por su capacidad para generar considerables recursos económicos (Reuter, 2013). A pesar de los esfuerzos normativos y judiciales, actividades como el comercio ilícito de oro, el narcotráfico y el contrabando persisten en la sociedad colombiana sin mostrar signos significativos de disminución.

Varios autores, como Becker *et al.* (2006), han intentado abordar estos fenómenos desde una perspectiva económica. En términos generales, la prohibición de estas actividades ha fortalecido los mercados negros, ha dado lugar a la creación de complejas estructuras criminales y ha requerido un considerable gasto de recursos públi-

cos (Kassab & Rosen, 2019). Sin embargo, además de estos aspectos, la prohibición de ciertas actividades económicas también implica la pérdida de ingresos tributarios para el Estado, ya que la clandestinidad en la que operan dificulta la recaudación de impuestos (Dronca, 2016).

Investigaciones en otras latitudes, como África Occidental, han demostrado que los flujos de fondos ilícitos tienen importantes efectos negativos en la recolección de ganancias por parte del Estado (Thiao, 2021). A su vez, esta realidad económica tiene una correlación nada despreciable con otros factores como el ingreso per cápita de dichos países y sus niveles de corrupción y gobernanza (Thiao, 2021). Ambas cuestiones resaltan la magnitud del comercio ilícito y la necesidad de pensar en alternativas que, a su vez, sancionen estas transacciones y les permitan a las autoridades mejorar los esquemas tributarios.

Adicionalmente, es fundamental tener presente la relación entre el comercio ilícito y el COT. Como ha explicado Radisch (2016), gran parte de las actividades de estos esquemas criminales consisten en la compra y venta de bienes y servicios restringidos, como los narcóticos, la fauna y flora protegida, y las falsificaciones. En el centro de esta interacción, está el hecho de que estas actividades, por regla general, implican la transferencia de objetos que están prohibidos por la jurisdicción desde la que son enviados o a la que ingresan (Andreas & Wallman, 2009).

La relación entre el comercio ilícito y el COT es tan cercana que ambos fenómenos son instrumentales entre sí. Por ejemplo, desde hace ya varias décadas, en el COT es común que, para realizar el lavado de dinero, las organizaciones delictivas usen un método conocido como "*trade-based money laundering*". En este escenario, la actividad ilícita implica el empleo de medios comerciales legales, como bienes, servicios y empresas legítimas, como fachadas para ocultar y blanquear dinero proveniente de actividades ilegales (McSkimming, 2010).

En ese mismo sentido, la doctrina considera que las actividades de contrabando de bienes son fundamentales actualmente para el desarrollo de una estructura criminal transnacional, ya que son las

que abastecen las cadenas globales de los mercados negros (Basu, 2013). De hecho, hay autores que ponen de presente la necesidad de entender el comercio ilícito en sí mismo como una forma de COT, para efectos de entender las causas y potenciales soluciones a este fenómeno en contextos puntuales como el tráfico de personas (Nikolic-Ristanovic, 2003).

En el caso del comercio ilícito de oro, Richards (1999) ofrece un ejemplo que ilustra la interacción entre el comercio ilícito y el COT a través del lavado de activos. En la operación "La Mina", se reveló que la organización en cuestión transportaba grandes sumas de dinero obtenido a través de la venta ilícita de drogas a distribuidores de oro en los Estados Unidos, transformando barras de plomo en barras chapadas en oro y declarándolas como si fueran barras de oro macizo. De esta forma, se creaba la ilusión de un negocio legítimo de importación de oro, a pesar de que Uruguay, de donde provenían las mercancías, no es un centro de minería o fabricación de este mineral.

La interrelación entre la minería ilegal de oro y el fraude fiscal en Sudáfrica, según la explica Fowler (2014), es otro ejemplo destacado de la forma en que las organizaciones criminales se valen del comercio ilícito para sus actividades. Al igual que en muchos países, el Gobierno sudafricano no cobra IVA sobre el oro extraído, sino solo sobre el oro procesado, por lo que algunas redes criminales disfrazan el oro ilícito como oro de segunda mano y crean un rastro documental para legitimar este proceso. Esto les permite eludir el pago de impuestos y reclamar impuestos que nunca se pagaron.

Por otra parte, cabe resaltar que, a través de estos esquemas es posible facilitar la realización de prácticas corruptas como sobornos o la intervención indebida en procesos políticos y judiciales. El ejemplo paradigmático de esta situación es el fenómeno experimentado en Colombia durante los 80s y 90s, cuando el auge del narcotráfico llegó a influenciar de forma significativa, decisiones políticas y administrativas, a nivel de distintas autoridades del Estado (Thoumi, 2003). Sin embargo, situaciones similares se han observado en otras jurisdicciones donde los ingresos del comercio ilícito propician la corrupción en distintos niveles de los sectores público y privado (Lupsha, 1993).

Ahora bien, la doctrina ha identificado que esta relación va en ambos sentidos, es decir, que uno de los precursores más importantes del comercio ilícito es también la corrupción (Shelley, 2018). Así, para que puedan darse las distintas modalidades de comercio ilícito, entre las cuales destacan en Colombia el tráfico de estupefacientes y la minería ilegal, hace falta que prospere también un esquema de corrupción que permita superar los controles legales a estas actividades. De esa manera, se ha encontrado que el crimen organizado asociado al comercio ilícito requiere preservar el Estado para operar adecuadamente, ya que la corrupción de las autoridades lo beneficia (Shelley, 2005).

3. LA SEGURIDAD DIGITAL Y LAS COMPRAS PÚBLICAS COMO HERRAMIENTAS PARA COMBATIR EL COMERCIO ILÍCITO DE ORO

3.1. Exposición sobre la problemática del comercio ilegal de oro en Colombia

En la opinión pública, el narcotráfico suele ser considerado la actividad ilícita predominante en Colombia. Sus consecuencias, como generador de violencia y financiador de estructuras criminales, son ampliamente debatidas y reconocidas (Durán-Martínez, 2015). No obstante, se presta significativamente menos atención a otra actividad ilícita que también representa un grave problema criminal, ambiental y social para la sociedad colombiana: la minería ilegal, específicamente, la explotación ilegal de oro.

A pesar de tener menos visibilidad que el narcotráfico, la explotación y comercio ilegal de oro en Colombia se ha convertido en una nueva fuente de financiación para las organizaciones criminales (Villar & Schaeffer, 2019). De acuerdo con estudios realizados por entidades como la Asociación Colombiana de Minería (ACMinería, 2020), aproximadamente el 70% del oro extraído en Colombia proviene de la minería ilegal e informal.

Además, consultas realizadas por la Sociedad de Activos Especiales (SAE) a empresas dedicadas a la comercialización de oro revelaron

que, en muchas de estas empresas, cerca del 90% del oro adquirido proviene de la minería ilegal (OEA, 2022). Se estima que, durante 2019, la producción de oro en Colombia superó las 36 toneladas (OEA, 2022), sin embargo, esta cifra solo considera el oro extraído de manera legal en el país.

Según la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC), en 2019 se utilizaron más de 98,000 hectáreas para la explotación de oro a cielo abierto en Colombia (ACMinería, 2020). Esta expansión se relaciona con el aumento de la minería ilegal y conlleva efectos nocivos como la falta de pago de regalías e impuestos, el aumento de la violencia en las áreas de extracción debido a la presencia de bandas criminales, y graves daños ambientales (Idrobo *et al.*, 2014).

Conforme a los análisis adelantados por parte de *Global Financial Integrity* (GFI, 2021), el comercio de oro es un medio fundamental a través del cual los grupos ilegales en Colombia obtienen financiamiento. Esta situación se manifiesta en toda la cadena de suministro del oro, incluyendo las operaciones de exportación del mineral (Estrada, 2023).

Claramente, esta situación perjudica las finanzas públicas, al no recaudarse los impuestos que se obtendrían si el oro se explotara de manera legal. Por ejemplo, existe amplia evidencia que demuestra que gran cantidad de dineros ilícitos se lavan a través de actividades mineras ilegales (Zabyelina & Heins, 2020). Además de las regalías, la regularización y formalización de la explotación de oro permitiría la recaudación de otros tributos como el IVA, el ICA, el canon superficiario, el impuesto de renta, estampillas y, por supuesto, el impuesto al oro.

Para empeorar las cosas, informes de empresas como Mineros S.A. indican que gran parte de las actividades ilegales de explotación de oro se llevan a cabo en áreas cercanas a las zonas donde existe la minería formal, lo que a menudo provoca invasiones e incursiones en territorios donde se llevan a cabo actividades de explotación legal (ACMinería, 2020). Desincentivar la explotación ilegal de oro en Colombia se convierte entonces en un paso fundamental para combatir el fortalecimiento de las bandas criminales y, al mismo tiempo,

formalizar un sector económico que en la actualidad se desarrolla en gran medida a través de mercados ilícitos (Rettberg & Ortiz-Riomalo, 2016).

3.2. El Proceso de Certificación de Kimberley: un mecanismo internacional para combatir el comercio ilícito de diamantes

Dada la inmensa problemática económica, social y fiscal que enfrenta Colombia debido a la minería ilegal, resulta relevante explorar los mecanismos internacionales implementados para combatir flagelos similares y dificultar la comercialización de minerales extraídos ilegalmente.

Uno de estos mecanismos es el Proceso de Certificación Kimberley (KPCS). Basado en un sistema de certificación que involucra a gobiernos, empresas mineras, comerciantes de diamantes, ONGs e incluso a la sociedad civil, el KPCS tiene como objetivo principal mejorar el control sobre la comercialización de diamantes en bruto mediante sistemas de trazabilidad (Noroña, 2015).

La implementación de este Proceso inició en el año 2003, tras la expedición de la Resolución 1459 de 2003 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, buscando particularmente evitar, o al menos dificultar, la exportación ilegal de diamantes explotados en zonas de conflicto interno, principalmente en Angola y Sierra Leona. En esencia, el KPCS busca garantizar la transparencia en toda la cadena de suministro de diamantes, permitiendo la exportación y comercialización solo de diamantes con certificación (Brouder, 2010).

El KPCS estableció un sistema internacional de certificación que acompaña a los diamantes en bruto con documentación de adquisición. Esta documentación certifica que los diamantes no fueron comercializados ilegalmente ni provienen de actividades de explotación financiadas por grupos armados en zonas de conflicto (Noroña, 2015).

En la actualidad, más de 70 países son parte del KPCS. La membresía en este proceso es fundamental para los países productores y compradores de diamantes, ya que prohíbe que los miembros del KPCS comercien con diamantes de países que no son parte de este

sistema de certificación (Sethi & Emelianova, 2011). Por lo tanto, la mera falta de certificación dificulta significativamente la comercialización de diamantes ilegales, ya que los comerciantes y consumidores deben abstenerse de adquirirlos (Wright, 2004).

Para obtener la certificación, todos los envíos de diamantes en bruto que se transportan entre países deben viajar en medios seguros que no pueden ser manipulados durante su transporte. Durante el traslado, los diamantes deben ir acompañados de un certificado del KPCS que debe ser validado por el gobierno de cada país de origen, tránsito o destino final (Brouder, 2010).

La membresía en el KPCS implica una serie de compromisos para cada Estado, entre los cuales destacan: (a) no exportar ni importar diamantes hacia o desde países que no formen parte del KPCS; (b) no comercializar diamantes originarios de un país vendedor con el propósito de financiar grupos rebeldes u otras entidades que busquen la destitución de un gobierno reconocido por las Naciones Unidas; y (c) exigir que todo diamante exportado cuente con un certificado que garantice el cumplimiento de los estándares del KPCS (Brouder, 2010).

Si se cumplen estos tres compromisos, el país puede ser parte del KPCS y comerciar los diamantes originarios en su territorio con otros países miembros y empresas comerciales de diamantes (Brouder, 2010).

Es importante destacar que, desde su implementación, el KPCS ha establecido una serie de controles y protocolos de supervisión en la cadena de comercialización de diamantes en África. Como resultado, se ha reducido significativamente la financiación de organizaciones guerrilleras o paramilitares africanas ubicadas en países como Sierra Leona y Angola (Meessen, 2015).

Por ejemplo, antes de unirse al KPCS en 1999, las exportaciones legales de diamantes en Sierra Leona ascendían a 1.25 millones de dólares. En 2005, después de unirse al proceso, la cifra había aumentado a 140 millones de dólares. Esto se debió en gran parte a que la participación en el KPCS incentivó a los mineros a vender sus diamantes a distribuidores autorizados (García Pernía, 2021).

El KPCS también contribuyó a debilitar a grupos rebeldes en Angola y Sierra Leona que se lucraban a través de la explotación y comercialización de diamantes[1]. Se estima que la participación en el mercado de los llamados "diamantes de sangre" (aquellos obtenidos en una zona de guerra para financiar el conflicto) se redujo del 15% en 2003 al 1% en 2009 (García Pernía, 2021).

Además, el KPCS ha contribuido a robustecer la información sobre el comercio mundial de diamantes estructurando bases de datos sobre las cantidades y destinos de exportación de este mineral, y creando mapas detallados de los depósitos de diamantes en los países productores (Noroña, 2015).

Este ejemplo demuestra que ciertas regulaciones pueden ser eficaces en la lucha contra la minería ilegal. Es especialmente relevante el compromiso internacional que surgió entre los Estados, las empresas y otras instituciones involucradas en la cadena de producción, distribución y comercialización de diamantes (Wright, 2004).

3.3. Posibles iniciativas nacionales para combatir el comercio ilícito de oro

La minería ilegal en Colombia plantea desafíos económicos, sociales y de seguridad pública significativos (Suglo et al., 2021). Actualmente, se aborda principalmente mediante herramientas convencionales de política criminal y regulaciones administrativas, como la tipificación de la explotación ilegal de yacimientos mineros como un delito en el art. 332 del Código Penal, con sanciones que van de 5 a 10 años de prisión. Además, la minería ilegal a menudo está relacionada con otros delitos como el lavado de activos y el enriquecimiento ilícito (Sonsuphap, 2022). Para llevar a cabo la explotación minera en Colombia, se requieren títulos mineros, como licencias de explotación o contratos de concesión, lo que establece ciertos controles administrativos (Rettberg *et al.*, 2014).

---

1 *Vid.*: Harsch, 2007. https://www.un.org/africarenewal/magazine/january-2007/conflict-resources-%E2%80%98curse%E2%80%99-blessing.

Sin embargo, la efectividad de estas herramientas tradicionales para combatir el comercio ilícito de oro es limitada. Desde un punto de vista cuantitativo, la investigación sobre este punto encontró que, para el 2013, existiendo ya la legislación penal y minera para regular esta cuestión, 66% del total de minas de pequeña minería en Colombia, que corresponde a un 72% del total de minas en el país, eran ilegales (Güiza, 2013). En igual sentido, la doctrina ha identificado que estas reglas no son del todo claras, lo que dificulta su puesta en práctica, además de imponer dificultades considerables a la cooperación internacional (Roma Valdés, 2021).

Asimismo, en cuanto a la idoneidad de la legislación para atender a estos problemas, la experiencia comparada muestra que las reglas deben acompañarse de otro tipo de estrategias de política pública (Hasibuan, 2021). La propia Corte Constitucional colombiana (2016), por ejemplo, ha identificado que, si bien son valiosos los esfuerzos de implementación normativa de las autoridades, una estrategia eficaz para combatir la minería ilegal requiere de mejor y más información. Esto plantea la necesidad de considerar nuevas estrategias para abordar este problema. A continuación, se presenta un esquema que combina el uso de herramientas de seguridad digital, como la tecnología *blockchain*, con medidas regulatorias para permitir una mayor intervención del Estado en el mercado del oro.

3.3.1. La intervención actual del Estado en el mercado del oro

Conforme al art. 24 de la Ley 31 de 1992, el Banco de la República en Colombia está facultado para llevar a cabo operaciones de compra, venta, procesamiento, certificación y exportación de metales preciosos, incluido el oro. Esto significa que, además de su función como autoridad monetaria y cambiaria, el Banco de la República tiene la capacidad de adquirir oro. Sin embargo, la Ley 9 de 1991 establece que el mercado del oro en Colombia es libre, lo que significa que el Banco de la República compite en igualdad de condiciones con otros actores en el mercado.

Sin embargo, el Banco se limita a comprar oro aluvial libre, es decir, oro extraído de los ríos sin modificaciones físicas o químicas. Esta situación marca un punto de partida importante, ya que indica

que el Estado colombiano ya tiene experiencia en la compra de oro. Además, el hecho de que el mercado del oro sea libre implica que cualquier medida destinada a una mayor intervención del Estado requeriría cambios significativos en las regulaciones existentes.

3.3.2. El uso de la tecnología *blockchain* para combatir la minería ilícita

La tecnología *blockchain* es una base de datos compartida y descentralizada que garantiza la inmutabilidad y la seguridad de los datos almacenados en ella (Mahmood, 2021). En esencia, funciona como un libro de contabilidad electrónico compartido en el que los datos se registran de forma simultánea en miles de computadoras, lo que garantiza la seguridad y la transparencia de la información (Mahmood, 2021). Esta tecnología se utiliza comúnmente para realizar transacciones financieras con criptomonedas, pero también tiene aplicaciones en otras áreas, como la trazabilidad de productos y la gestión de registros (Bhatia *et al.*, 2018).

Una de las características más destacadas del uso del *blockchain* para mejorar la seguridad de los datos es su aplicación en los llamados "contratos inteligentes" o *smart contracts*, que son programas informáticos que ejecutan automáticamente una serie de acciones cuando se cumplen ciertas condiciones preestablecidas (Prause, 2019). Los datos en un contrato inteligente, cuando se optimiza su uso y se incrementa su seguridad a través del *blockchain*, son inmutables y verificados por una red de nodos, lo que garantiza una mayor confianza en la información y transparencia en el proceso (Pham et al., 2019). Esta capacidad de automatización es fundamental para su eficacia.

Como ya se ha registrado en otros ámbitos (Kalaida, 2021), la tecnología *blockchain* puede ser útil para combatir la minería ilegal al permitir la trazabilidad del oro extraído y comercializado en Colombia. A través de contratos inteligentes, se podría establecer un sistema que certifique automáticamente el oro extraído de manera legal. Por ejemplo, en la compra y venta de narcóticos, algunos autores han discutido el potencial de esta tecnología para hacer seguimiento a

transacciones no certificadas, reportando los hallazgos a las autoridades (Molina *et al.*, 2019).

Similar al KPCS, cualquier comprador de oro requeriría un certificado de legalidad antes de poder exportar o vender el oro al Banco de la República. Esto crearía una trazabilidad en la cadena de comercialización, ya que todos los actores estarían motivados a exigir el certificado de legalidad o enfrentar restricciones significativas en la comercialización. Para garantizar que el certificado solo se otorgue a actores legítimos, sería necesario vincularlo exclusivamente a aquellos que poseen un título minero, ya sean personas naturales o jurídicas.

De esta manera, cuando se extraiga oro, se asignaría un certificado a un lote específico del mineral, y a partir de ese momento, todo el oro de ese lote podría rastrearse utilizando la tecnología *blockchain*. Durante la exportación, las autoridades, especialmente la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), podrían verificar el certificado. Sin él, el oro no podría salir del país y, en ausencia de pruebas de origen lícito, podría ser confiscado. Este enfoque podría alentar a los mineros a operar de manera legal y contribuir a la formalización del sector minero ilegal, así como de quienes utilizan métodos tradicionales y ancestrales para extraer el oro.

3.3.3. Mayor intervención del Estado en el mercado del oro

Dado el contexto existente en Colombia, donde el mercado de oro es libre, es válido plantearse si una participación más activa del Estado en este mercado podría ser beneficiosa para combatir la minería ilegal, dado que podría motivar a los extractores y comercializadores de oro a vender el mineral al Estado en lugar de involucrarse en cadenas de suministro vinculadas al crimen organizado.

Una primera opción sería nacionalizar completamente el mercado del oro, convirtiendo al Estado, a través del Banco de la República o una empresa industrial y comercial del Estado, en el único comprador de oro en el país. Esta medida estaría respaldada por un proceso de certificación basado en tecnología *blockchain* para garantizar que el oro adquirido por el Estado sea de origen lícito. Posteriormente,

el oro podría ser comercializado a través de una empresa estatal, y una parte podría destinarse a las reservas del país. Además, se podría considerar la creación de una empresa estatal para refinar el oro y adaptarlo a las normas internacionales.

Este tipo de medidas ha sido largamente estudiado por la literatura especializada (Hunter, 2022; WGC, 2020), la cual ha planteado entre otros aspectos que los programas de compra de oro por los bancos centrales son una herramienta importante en el proceso de formalización minera, mitigación del impacto ambiental y del accionar del crimen organizado, sin embargo, por si solos no logran alcanzar el efecto de eliminar los daños colaterales de la actividad minera informal.

Se requiere que funcionen como parte de una batería de medidas y de una intervención profunda en la industria y el mercado del oro. En concreto, estas medidas pueden utilizarse para mejorar la regulación y las condiciones de la minería artesanal haciendo de la misma una actividad responsable, pero sus probabilidades de éxito se incrementan si sus acciones se coordinan con otros organismos y agencias gubernamentales (Hunter, 2022: 5; WGC, 2020: 6).

Por otro lado, existe una experiencia regional muy importante en el campo de compras de oro por el banco central. Dado el tamaño y la escala de la minería informal en Ecuador, el Gobierno ha querido fomentar una mayor transparencia, la gobernanza y la recaudación del sector de la minería artesanal o informal de escala industrial. Como parte de estos esfuerzos, el BCE inició un programa de compra de oro directamente a los mineros artesanales y de pequeña escala. En 2014, el BCE empezó a comprar oro a ENAMI, la empresa minera nacional de Ecuador, antes de establecer un fondo general de 200 millones de dólares para financiar la compra de oro a mineros artesanales en 2016. El fondo se agotó en 2019, con 140 millones de dólares desembolsados entre 2017 y 2018. A partir de entonces, el BCE buscó un presupuesto anual de 48 millones de dólares para financiar la compra de oro a los mineros artesanales (WGC, 2020).

El World Gold Council de hecho señala que el BCE también lleva a cabo un exhaustivo proceso de diligencia debida para asegurarse de que el oro que adquiere procede de fuentes responsables. Las em-

presas mineras, las cooperativas y los particulares deben registrarse antes de poder vender su oro al banco.

Las entidades o contrapartes mineras también deben tener cuentas bancarias en instituciones financieras registradas y poder emitir facturas. Se evalúa si cumplen normas contra el blanqueo de dinero y los requisitos de las autoridades locales antes de comprobar si tienen obligaciones fiscales pendientes. Luego se lleva a cabo una segunda ronda de diligencia debida con respecto a las entidades privadas implicadas que han mantenido una relación de seis meses o más con el BCE y se comprueba que la cantidad de oro comprada coincida con las transacciones registradas de la contraparte, su compatibilidad y los registros oficinales. Además, por otro lado, se hace una última revisión para determinar si las entidades mineras se han visto cuestionadas o si están implicadas en tráfico de armas, terrorismo o actividades de lavado de activos (WGC, 2020: 17-19).

En el caso colombiano existe una ventaja fundamental en la compra de oro frente al Ecuador y es que la compra de oro no debe implicar el compromiso de las reservas internacionales, como sucede en el Ecuador. Adicionalmente, una medida así tiende a estimular el desarrollo económico de los mineros artesanales y a pequeña escala, ayuda a formalizar la minería a pequeña escala y a reducir el uso de mercurio en el proceso de producción. Así mismo, cuando las compras estén condicionadas al cumplimiento de requisitos de diligencia debida para que el oro el oro artesanal pueda venderse en el mercado internacional (WGC, 2020: 17-19).

Igualmente, esta medida ofrece la potencialidad de garantizar a los pequeños productores confianza en las condiciones en que comercializan su oro y hacerlos menos vulnerables a la captura por el crimen organizado, incluyendo la extorsión o la intimidación por parte de grupos delictivos (WGC, 2020: 6). En última instancia, esta medida, como parte de un grupo de políticas para la formalización del oro, puede fomentar las mejores prácticas en toda la cadena de suministro de oro, y a la vez parar la pérdida de recursos fiscales asociados a la evasión derivada de la captura por parte del crimen organizado de la minería informal (Hunter, 2022: 5-7).

Lógicamente, una medida de este tipo requeriría modificar el art. 13 de la Ley 9 de 1991, pues el mercado de oro dejaría de ser libre. Adicionalmente, establecer un monopolio sobre la compra y distribución de oro requeriría, conforme al art. 336 de la Constitución colombiana, cumplir con una serie de condiciones. Por ejemplo: (a) el monopolio sólo podría establecerse como arbitrio rentístico, es decir, con el solo objetivo de generar ingresos para el Estado, con una finalidad de interés público; (b) resultaría necesario indemnizar a aquellos actores que queden privados de esta actividad económica; y (c) se tendría que respetar los derechos adquiridos por trabajadores.

Una segunda alternativa podría ser establecer asociaciones público-privadas entre el Estado y las empresas mineras para el refinamiento y transformación del oro, así como su venta en el mercado internacional. Esto liberaría al Estado de la gestión directa de las operaciones y permitiría cierto control sobre la comercialización, al garantizar la obligación de exigir certificados de legalidad. También facilitaría la supervisión estatal. Esta alternativa no precluye la intervención del banco central, por el contrario, resulta complementaria y la potencia. El caso de Filipinas resulta paradigmático, implicando un reconocimiento de la pequeña y gran minería, y buscando sus mejores prácticas. La lógica que guía estas políticas pareciera ser que, si el oro es igual que el dinero, no se entiende que el banco central le dé un tratamiento distinto.

De hecho, Filipinas lleva mucho tiempo adoptando un enfoque innovador en la producción de oro. En 1974, el banco central del país, el BSP, creó una refinería de oro, siendo ya en aquella época un productor y exportador importante de oro. Su lógica era que una refinería nacional podría impulsar aún más el crecimiento de esta industria de importancia estratégica. En 1977, el BSP había recibido la acreditación de la *London Bullion Market Association* (LBMA) como refinador de lingotes de oro en el mercado internacional. Sujeto a una auditoría independiente, este estatus permite al BSP entregar aún hoy oro de conformidad con normas internacionales de diligencia debida, siendo el único banco central que figura en la lista de refinadores de la LBMA (WGC, 2020: 17).

La experiencia filipina, si bien no implica una alianza publico privada clásica, conlleva una asociación con todo el sector minero productor de oro, así como un reconocimiento de los distintos actores de la cadena.

Viendo la experiencia positiva de Ecuador y Filipinas es posible observar, de otra parte, que los programas de compra de los bancos centrales cuentan con mayores probabilidades de éxito si las ventanillas de compra son de fácil acceso para las entidades mineras e informales. Sin embargo, para incentivar a los actores mineros para que busquen formalización, las entidades estatales deben reconocer que operar en el sector formal puede suponer costes adicionales significativos (WGC, 2020: 6).

Los bancos centrales también pueden desempeñar un papel fundamental, junto con organizaciones de la sociedad civil (OSC) y donantes internacionales para aplicar las normas internacionales de diligencia debida, e incrementar la formalización del sector. Finalmente, un trabajo asociativo con las comunidades debe pasar por incluir programas de compra *in situ* y deben contar con controles para evitar la corrupción (WGC, 2020).

Finalmente, una tercera opción sería mantener un mercado libre, pero con una mayor participación estatal y un nivel sustancialmente mayor de información. El Estado podría comprar una cantidad mínima de oro cada año a través de empresas públicas y para comerciar con este, sería esencial contar con certificados de legalidad y de origen del oro. Establecer una cuota mínima de compras estatales de oro incentivaría a los actores de la cadena de suministro a operar solo con oro legal y rastreable a la zona de origen, ya que, de lo contrario, tendrían dificultades para comerciar con el Estado, uno de los principales actores del mercado.

La experiencia brasilera en ese sentido es importante. *Ouro Alvo* ("Oro Limpio") se puso en marcha en 2019, cuando el actual auge de la minería ilegal en Brasil cobraba fuerza. Desde entonces, los expertos científicos de la policía han estado recogiendo muestras y realizando análisis para poder identificar el oro procedente de diferentes regiones del país. En estos análisis, los expertos combinan diferentes metodologías para obtener información sobre la compo-

sición molecular del oro, su estructura atómica y las características morfológicas de cada muestra. Con esta información, la policía está creando una colección de firmas de oro únicas de cada una de las regiones mineras del país, y alimentando una base de datos llamada *Ouroteca*. Así, ahora, cuando necesiten confirmar el origen de una muestra sospechosa, sólo tendrán que analizarla y comparar los resultados con la *Ouroteca* para saber con un alto grado de confianza de dónde procede el oro (Amigo *et al.*, 2023).

Un sistema de compra especializado por una agencia estatal, sea el Banco de la República u otro, debe estar acompañado por un robusto sistema de información previamente establecido para garantizar la trazabilidad del oro y poder verificar las prácticas responsables buscadas por la política pública, así como la consistencia del accionar estatal.

La aplicación de algunas de estas opciones en su conjunto, o por separado implica un nivel importante de complejidad si no se respetan los títulos mineros existentes y se intenta transferir la explotación de las minas al Estado. Esto podría generar graves consecuencias en términos de inversión extranjera y dar lugar a demandas internacionales basadas en tratados de inversión suscritos por el gobierno colombiano, debido a medidas que pudieran crear barreras comerciales o tratos discriminatorios. Sin embargo, un enfoque basado en la asociatividad con los pequeños productores artesanales e informarles buscando que los mismos rompan sus vínculos con el crimen organizado y adopten una práctica de minería responsable resulta al menos más realista que simplemente invisibilizar el problema desde la política pública.

Por ello, la política pública debería enfocarse en la adecuada aplicación de las medidas relevantes, procurando evitar desgastes administrativos innecesarios para aquellos operadores que desarrollan actividades lícitas, pero que, debido a la confluencia entre actores y operaciones legales e ilegales en un mismo canal comercial, deben pasar por los mismos requisitos de verificación.

4. LA GENERACIÓN DE RENTAS TRIBUTARIAS A TRAVÉS DE LOS INGRESOS CAUSADOS POR ACTIVIDADES ILÍCITAS

A pesar de los esfuerzos normativos y judiciales, actividades como el narcotráfico persisten en la sociedad colombiana sin mostrar signos significativos de disminución. Así, a pesar de la absoluta prohibición del comercio de drogas recreativas y las severas sanciones penales asociadas al contrabando, estas actividades continúan floreciendo (Pardo, 2021). En consecuencia, ante la magnitud y continuo crecimiento del narcotráfico es necesario pensar en alternativas que sancionen estas operaciones y permitan a las autoridades mejorar los esquemas tributarios.

Para explorar la posibilidad de establecer un modelo estructurado que permita gravar las ganancias derivadas de actividades ilícitas, se abordarán los siguientes aspectos: (a) el contexto económico general del tráfico de drogas en Colombia; (b) las propuestas de derecho comparado para la tributación de ingresos provenientes de actividades ilícitas; y (c) una propuesta específica para Colombia.

4.1. Contexto económico del tráfico de drogas y la minería ilegal en Colombia

El narcotráfico representa un negocio de dimensiones multimillonarias que afecta diversas áreas de la economía colombiana. Desde una perspectiva agrícola, el narcotráfico implica la utilización de miles de hectáreas para el cultivo de la hoja de coca (Grimmelmann et al., 2019). Además, requiere sistemas logísticos altamente sofisticados para la distribución de las drogas producidas y la existencia de estructuras de lavado de dinero integradas en el sistema financiero (Navarro, 2011).

Aunque resulta difícil cuantificar con precisión el impacto económico del narcotráfico en Colombia en 2017 esta actividad representó aproximadamente el 3% del Producto Interno Bruto (PIB) y movió alrededor de 29 billones de pesos (Becerra, s.f.). Para ponerlo en contexto, la cosecha de café en el mismo año generó alrededor de

7,5 billones de pesos, lo que significa que los ingresos generados por el narcotráfico superan casi cuatro veces los del sector cafetero (Federación Nacional de Cafeteros, 2017).

Las ganancias generadas por el narcotráfico tienden a ser incorporadas en la economía formal y, en muchos casos, son transferidas a otros países mediante operaciones masivas de contrabando de efectivo o lavado de dinero (El Tiempo, 2020). Esto hace que los esquemas criminales y las organizaciones y actores que están detrás de estos flujos ilícitos sean de difícil reconocimiento, y tengan con frecuencia una dimensión transnacional, lo que impacta a su vez la capacidad de las autoridades de reaccionar a estas situaciones a través de medidas efectivas (Schlegel, 2000).

Además del narcotráfico, las cifras relacionadas con el comercio ilícito en general son igualmente asombrosas. Según estudios, en América Latina cada año se comercian alrededor de 210 mil millones de dólares en productos ilícitos, como cigarrillos, medicamentos y cosméticos (La República, 2022).

Es importante destacar que el 50% de los recursos generados por el narcotráfico se blanquean a través del contrabando (Neira, 2020). Es decir, el narcotráfico y el contrabando se interconectan para evadir los controles estatales sobre los ingresos generados por estas actividades. Estos esquemas demuestran también el alto nivel de interconectividad que existe entre distintas modalidades de comercio ilícito, así como la complejidad de regularlo.

Resulta relevante cuestionar el impacto del comercio ilícito en las finanzas del Estado y, en particular, cuántos ingresos se dejan de percibir en concepto de impuestos debido a estas actividades. En este sentido, se estima que la evasión de impuestos en Colombia, en su conjunto, representa una pérdida anual de al menos 80 billones de pesos (Vargas, 2022). A nivel mundial, se calcula que la economía global deja de recibir cada año alrededor de 2.2 trillones de dólares estadounidenses como base gravable debido a la evasión fiscal (Coke-Hamilton & Hardy, 2019).

Actividades como el tráfico de estupefacientes o el contrabando están tipificadas como delitos en la legislación colombiana, específicamente los arts. 319 y 376 del Código Penal. A pesar de estas me-

didas legales, estas actividades continúan prosperando y, al mismo tiempo, proporcionan ganancias significativas a numerosas estructuras criminales (Soudijin & Reuter, 2016). Además, las discrepancias entre las cifras oficiales de la economía y las cifras reales (que incluyen actividades de comercio ilícito) dificultan la formulación de políticas públicas, ya que la distorsión de los datos impide una comprensión precisa de las necesidades de un sector económico específico y de cómo abordarlas (Blecher, 2010).

En este contexto, surge la pregunta de si es posible, más allá de las sanciones penales, establecer mecanismos para identificar estas conductas y, al menos, obligar a aquellos que obtienen beneficios de actividades de comercio ilícito a pagar impuestos (MacDonald & Pyle, 2018). Esto implica reconocer, en cierta medida, las realidades económicas que existen en el mercado colombiano con el fin de ampliar la base tributaria y, al hacerlo, aumentar la recaudación fiscal y evitar, en la medida de lo posible, el aumento de impuestos en la economía lícita y formal, que compite en condiciones desiguales con la economía ilícita y sufre las consecuencias del poder fiscal estatal (Rodríguez, 2023).

4.2. Propuestas a nivel de derecho comparado para gravar las rentas provenientes de actividades ilícitas

El comercio ilícito es innegablemente una problemática de naturaleza compleja y multidimensional. Sus efectos trascienden el ámbito económico y afectan el ejercicio de los derechos humanos, especialmente de las comunidades rurales, los pueblos indígenas y las poblaciones de bajos recursos. Además, impacta en el medio ambiente, el Estado de derecho, la paz y seguridad tanto a nivel nacional como internacional, así como en la estabilidad de las instituciones, entre otros aspectos fundamentales (Storti & De Grauwe, 2011).

A pesar de esta amplia gama de implicaciones, resulta evidente la necesidad de establecer una regulación económica y comercial rigurosa para prevenir la proliferación y mitigar las diversas formas de comercio ilícito (Betti, 2017). No obstante, la experiencia tanto a nivel nacional como internacional ha demostrado que las organizaciones

criminales involucradas en actividades ilícitas, a menudo, logran superar los controles y restricciones impuestas mediante medidas regulatorias (Hoekman & Saggi, 2007). Esto se debe, en parte, a la lenta adaptación del aparato legislativo y judicial, lo que crea un desfase en la capacidad de respuesta del Estado (Betti, 2017).

Las respuestas regulatorias actuales, ya sean unilaterales, bilaterales o multilaterales, aunque concebidas con carácter permanente y comprensivo, a menudo resultan poco efectivas, obsoletas e incluso anacrónicas (Jones Ritten *et al.*, 2021). Por tanto, es necesario examinar propuestas de derecho comparado para la tributación de rentas provenientes de actividades ilícitas. Si bien se requiere una estructura normativa transversal y flexible que abarque cuestiones comerciales, policiales y judiciales, esta labor conlleva tiempo y esfuerzo por parte de las instituciones.

En este contexto, es además relevante presentar un conjunto de medidas que podrían ser aplicadas en Colombia con el objetivo de que el Estado pueda recaudar ingresos derivados de actividades ilícitas, sin menoscabo de las posibles consecuencias penales y sancionatorias que estas acciones puedan generar.

En este sentido, es oportuno mencionar el caso de Canadá, donde los ingresos ilícitos están sujetos a impuestos especiales. Por ejemplo, en el caso del cannabis, la evasión de los impuestos establecidos en la Ley de Impuestos Especiales de 2001 conlleva sanciones administrativas y penales, además de las disposiciones contempladas en su Código Penal (CRA, 2023). Esto significa que, independientemente de las consecuencias penales derivadas de la violación de la Ley de Cannabis de 2018, que legalizó este estupefaciente, cualquier persona que produzca o comercialice cannabis sin declarar los impuestos correspondientes debe hacer frente a las sanciones administrativas y fiscales.

Es importante destacar que en este caso no se produce una doble persecución por la misma conducta, es decir, no se vulnera el principio de *non bis in idem*, ya que las dos instancias a través de las cuales el Estado actúa son distintas (Desterbeck, 2019). Por un lado, se inicia un proceso por la violación de una normativa penal, y por otro, se lleva a cabo un proceso de responsabilidad fiscal por evasión de im-

puestos. En ese sentido, si bien los hechos que dan origen a ambas sanciones son los mismos, lo que castiga la medida en uno y otro caso es distinto, pues se trata de diferentes bienes e intereses jurídicos protegidos (Martínez & Chávez, 2015).

Por otro lado, en los Estados Unidos de América, el Código Federal Tributario establece la obligación de presentar una declaración de impuestos anualmente, independientemente del origen de los ingresos, ya sea de actividades comerciales legales o ilegales, con las deducciones correspondientes, incluidos los gastos legales en caso de enfrentar cargos penales. Esta normativa, promulgada en 1986, se basa en numerosas decisiones judiciales relacionadas, en especial, con el tráfico de alcohol durante la Prohibición de 1920 a 1936 (Bittker, 1974).

Conforme a múltiples pronunciamientos de la Corte Suprema de este país (1927; 1961), durante y después de la Prohibición, se ha determinado que la declaración misma no supone una violación al derecho constitucional de no autoincriminación. Esto se debe a que las auditorías fiscales no se consideran un proceso penal (Demirci, 2021). No obstante, la utilización de la declaración como prueba en un proceso donde se demuestre, más allá de toda duda razonable, el origen ilegal de los ingresos es una cuestión diferente. Esto no implica que las declaraciones deban calificarse como de "origen ilícito", sino que simplemente establece la obligación de declarar todos los ingresos, independientemente de su origen.

Las regulaciones mencionadas proporcionan un marco normativo general para la recaudación de ingresos, ya que establecen la obligación de declarar ingresos sin importar su origen, lo que también sirve como una señal de alerta para las autoridades encargadas de la investigación (Evans & Southall, 2019). Además, permiten la imposición de responsabilidades múltiples, tanto fiscales como penales, en caso de evasión relacionada con actividades ilegales (Tabbach, 2003).

Además de estas experiencias, a nivel internacional se han implementado diversas estrategias para descubrir actividades ilícitas que podrían estar sujetas a tributación. En 2021, la Guardia Civil española colaboró con empresas proveedoras de energía eléctrica en España para identificar cultivos ilegales en invernaderos mediante marca-

dores y algoritmos en sistemas automatizados de procesamiento de Big Data del consumo eléctrico (Cruz, 2021). Este mismo mecanismo ha sido utilizado en Canadá desde 2013 (Tweed, 2013) y en los Países Bajos (Fraser, 2019). En este último caso, durante el año 2019 se descubrió un invernadero clandestino de plantas de cannabis por el derretimiento de la nieve en el techo, producto del calor de las lámparas fotosintéticas (Fraser, 2019).

De esta forma, los marcadores en el consumo de servicios públicos o en el registro de transacciones de productos sujetos a regulaciones especiales (como los químicos en Colombia), o en las mediciones ambientales (como en el caso de la detección de operaciones de minería ilegal), son herramientas efectivas para identificar actividades ilícitas que podrían estar sujetas a tributación, independientemente de las consecuencias penales asociadas. Medidas similares se han investigado en otras jurisdicciones, como Estados Unidos y Australia, donde las autoridades han implementado mecanismos fiscales innovadores para identificar y perseguir los flujos ilícitos generados por organizaciones criminales (Lusty, 2003).

4.3. Una propuesta para Colombia

En la actualidad, expertos estiman que el déficit fiscal del Estado colombiano se acerca a los 100 billones de pesos (Semana, 2021). Por lo tanto, se ha vuelto urgente la necesidad de realizar una reforma tributaria con el fin de aumentar la recaudación y reducir en la medida de lo posible este déficit fiscal. En este contexto, una alternativa viable podría ser implementar políticas destinadas a gravar las rentas generadas a través del comercio ilícito.

Como se mencionó previamente, en varios países las autoridades tributarias han establecido mecanismos para identificar actividades relacionadas con el tráfico de estupefacientes y posteriormente aplicar los impuestos regulares a estas actividades. Esta estrategia reconoce la existencia de una realidad económica sin despenalizar la conducta ilícita, lo que permite al Estado obtener un beneficio de dineros que, de otra manera, solo benefician a los infractores.

Sin embargo, al analizar la estrategia empleada en países como Canadá o España, surge una problemática evidente. Estos países se enfocan en identificar invernaderos de cannabis, lo cual no se ajusta a la realidad colombiana, donde la principal problemática del tráfico de estupefacientes está relacionada con la cocaína (Guizado & Restrepo, 2000). La cocaína se cultiva en regiones remotas del país, a menudo con una presencia limitada y poco efectiva del Estado. Además, su producción no está vinculada directamente a servicios públicos, lo que dificulta la implementación de un sistema de marcadores similar al utilizado en Canadá para el cannabis.

Por lo tanto, dadas las limitaciones de replicar el modelo canadiense centrado en el servicio público de energía, se podría diseñar un sistema para gravar las rentas provenientes del cultivo de cocaína basado en los insumos necesarios para su producción. Medidas como esta ya han sido usadas por autoridades forenses, quienes revisan el comercio de precursores de ciertas drogas duras para identificar a los integrantes de las redes criminales que las producen y/o las comercializan (Verma, 2015).

La producción de cocaína implica el uso de diversos productos químicos, como el amoníaco, el ácido sulfúrico, el éter, el anhídrido acético o el ácido clorhídrico (Freye, 2009). Para abordar esta problemática, se han promulgado diversas normas en Colombia que regulan la comercialización y distribución de estos insumos en el territorio nacional. Ejemplos de esto son los arts. 20, 22, 24, 25 y 28 de la Ley 30 de 1986, mediante la cual se expidió el Estatuto Nacional de Estupefacientes, que se refieren al uso controlado y la vigilancia de los precursores de estas sustancias, En esencia, la compra, consumo, distribución y almacenamiento de tales sustancias requiere procedimientos administrativos específicos.

Así, para llevar a cabo estos procedimientos, se utilizan solicitudes a través del Sistema de Información para el Control de Sustancias y Productos Químicos (SICOQ). SICOQ es una base de datos donde tanto empresas como individuos se registran para solicitar permisos y autorizaciones que certifiquen que no tienen vínculos con el tráfico de estupefacientes y delitos relacionados, y que les permitan adquirir, consumir, distribuir, producir y almacenar sustancias químicas,

sujetas a control por ser insumos necesarios para la producción de ciertos estupefacientes (Ministerio de Justicia, n.d.).

Al utilizar SICOQ, los usuarios deben registrar información detallada sobre las sustancias y las cantidades que desean producir, importar, distribuir, etc. Además, deben pagar una tasa por los permisos solicitados. Esto implica que SICOQ procesa miles de solicitudes de pago. Los usuarios también deben proporcionar información personal, como identificación, dirección y matrícula mercantil. Es importante destacar que los registros realizados en SICOQ se almacenan en los servidores de la Policía Nacional.

Con base en esta información, se podría proponer un mecanismo que otorgue acceso permanente a la DIAN a los registros de SICOQ. Esto permitiría a la autoridad tributaria utilizar herramientas de inteligencia de datos para identificar patrones que puedan llevar a productores y comercializadores de cocaína. Estos sistemas se asemejan a las estrategias de control de entrega de ciertos narcóticos en jurisdicciones donde los mismos se distribuyen para el control de ciertos padecimientos médicos (Tornado, 2023).

En igual sentido, varios autores han confirmado recientemente que las tecnologías disruptivas, como la minería de datos, pueden ser usadas para rastrear movimientos inusuales e identificar redes criminales (Jiji & Anantharadha, 2012). Asimismo, investigaciones de los últimos años han confirmado que esto puede hacerse a través del análisis de datos de actividades inusuales en los canales comerciales y financieros, con un nivel de intervención humana mínimo (Bhattacherjee & Somashekhar, 2017).

Posteriormente, para facilitar el cálculo y el recaudo de las rentas debidas a la administración tributaria, se podría implementar un sistema de renta presunta. Esta figura jurídica ya está contemplada en el art. 188 del Estatuto Tributario, y consiste en una presunción legal de que un patrimonio específico debe generar una renta.

En este contexto, se podría aplicar un sistema de renta presunta a actividades relacionadas con la producción y comercialización de cocaína, estimando la cantidad de cocaína producida y el monto de ingresos generados con su venta en función de la cantidad de insumos

químicos adquiridos por el productor. A partir de esta estimación, se aplicaría el impuesto a la renta al valor monetario estimado.

Para implementar medidas legales de este tipo, sería necesario promulgar un proyecto de ley que agregue una disposición al Estatuto Tributario estableciendo que, en relación con ciertas actividades ilícitas, se aplicará un mecanismo especial de renta presuntiva como el propuesto anteriormente. Lo ideal sería que la ley mencionara un sistema de renta presunta para ciertas actividades ilícitas, dejando al Ejecutivo la tarea de determinar cómo funcionaría específicamente dicho sistema para cada actividad.

Al realizarse una regulación de este tipo, el Ejecutivo tendría que ser cuidadoso de no inmiscuirse en las facultades del Legislativo, pues la facultad de establecer tributos es exclusiva del Congreso de la República, de conformidad con el art. 338 de la Constitución. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el sistema de renta presunta no es un tributo, sino un mecanismo alternativo para calcular el impuesto a la renta, de ahí que resulte posible argumentar que el Ejecutivo tiene la facultad de regular la manera en la que se puede implementar este mecanismo. De esta manera, podría implementarse un sistema de renta presunta, no sólo para rentas derivadas de la producción y comercialización de cocaína, sino también de distintas actividades ilícitas.

Sin embargo, es importante destacar que la propuesta plantea, en particular, dos desafíos significativos. En primer lugar, los insumos para la producción de cocaína pueden ser adquiridos a través de mercados negros y el contrabando, eludiendo así los canales regulares que requieren tramitar permisos y registrarse en SICOQ. Esta, sin embargo, es una posibilidad que estará presente en casi cualquier esquema regulatorio, ya que la posibilidad de que surjan mercados negros es común en el caso de actividades restringidas y el comercio de bienes ilícitos.

De cualquier manera, este obstáculo no obsta para que se implemente la alternativa, pues con independencia de la comisión o no de conductas ilícitas, el mecanismo permite que las autoridades fiscales tengan cierto control sobre operaciones que actualmente están por fuera de su capacidad fiscalizadora. En ese sentido, este obstáculo no

es determinante para que se excluyan los beneficios generales de la medida, mientras que la misma todavía puede ser efectiva para limitar actividades ilegales que se dieran a través de canales controlados de venta de precursores para estupefacientes.

En segundo lugar, la iniciativa podría incentivar aún más la evasión de los mecanismos regulares para la compra de insumos químicos, lo que podría dificultar las actividades completamente legales que involucran tales insumos. Contrario a lo que sucede con la primera barrera identificada, esta supone un mayor problema regulatorio, ya que la medida para evitar conductas ilícitas no debería causar barreras injustificadas a los operadores y negocios formales que también requieren los mismos insumos para realizar procesos lícitos. Sin embargo, si la medida es implementada de forma adecuada por las autoridades, sería posible evitar esta confusión, ya que, en cualquier caso, los actores que desarrollen actividades lícitas tendrían que cumplir con estos requisitos.

Por otra parte, sin embargo, si las medidas resultaran aplicadas de manera arbitraria o discriminatoria, las mismas podrían exponer al Estado también a reclamaciones ante foros internacionales. Las causas de estos reclamos podrían ser de varios tipos, incluidas demandas de arbitraje por presuntos tratos desiguales o acciones ante foros regionales o multilaterales por la creación de barreras al comercio o al libre ejercicio de actividades comerciales. Estas mismas circunstancias podrían dar lugar también a quejas y procedimientos formales ante los foros locales. De tal manera, es clave que, en la ejecución de las medidas, el Estado destine recursos financieros y humanos a la aplicación cuidadosa de las estrategias regulatorias respectivas.

En definitiva, la propuesta busca explorar la posibilidad de gravar las rentas derivadas del comercio ilícito de cocaína en Colombia mediante el acceso a los registros de SICOQ y la aplicación de un sistema de renta presunta ofrece desafíos prácticos y legales, al tiempo que supone un enfoque innovador para abordar el comercio ilícito en el país y mitigar el déficit fiscal. Esta alternativa, por lo demás, puede beneficiarse del uso de herramientas tecnológicas y cooperación interinstitucional (entre autoridades locales) e internacional (con autoridades de terceros países).

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

En Colombia, la minería ilegal (en particular, de oro) y el narcotráfico representan dos de las principales fuentes de financiamiento para los grupos armados ilegales. Estos fenómenos desencadenan violencia, erosionan el control territorial del Estado, fomentan la corrupción y dan lugar a estructuras criminales que se nutren de modelos económicos diseñados para evadir la vigilancia de las autoridades.

Por otra parte, es claro que estos dos fenómenos ilícitos, entre tantos otros que afectan a Colombia, tienen un rol fundamental en el desarrollo y fortalecimiento de las estructuras del COT. Como se ilustró en este capítulo, estas actividades crean espacios propicios para que las organizaciones detrás de estas operaciones ilegales se lucren y puedan financiarse. Además, las dinámicas del comercio ilícito favorecen el ocultamiento de los dineros detrás de estos crímenes, facilitando el lavado de activos.

Asimismo, los recursos ilegales generados por estas actividades fluyen comúnmente hacia distintas modalidades de prácticas corruptas, como los sobornos, ya que estas, a su vez, permiten que actividades como el contrabando sigan ocurriendo. De tal manera, hay una relación de doble vía entre el comercio ilícito de narcóticos y de oro ilegal con la corrupción tanto nacional como internacional y en los sectores público y privado.

A pesar de la vasta riqueza generada por actividades como el comercio ilícito de oro y el narcotráfico, estos sectores raramente contribuyen a los ingresos estatales. Su persecución y control se han centrado principalmente en enfoques penales y regulatorios. Sin embargo, existe la oportunidad de abordar estos problemas, así como de tratar de limitar la capacidad financiera de la que disponen quienes se dedican a estas actividades (en particular, las organizaciones del COT) para financiar las prácticas corruptas que promueven, y, simultáneamente, generar ingresos para el Estado mediante mecanismos tributarios que se apliquen independientemente de las consecuencias penales y administrativas asociadas con estas actividades ilícitas.

5.2. Recomendaciones para América Latina

La experiencia colombiana en la lucha contra la minería ilegal y el narcotráfico proporciona lecciones valiosas y orientaciones cruciales para otros países de América Latina que enfrentan desafíos similares en la lucha contra el crimen organizado. Estas lecciones abarcan desde estrategias tributarias hasta la implementación de tecnologías avanzadas y resaltan la necesidad de un enfoque integral y multidimensional.

Colombia ha demostrado que un enfoque integral y multidimensional es esencial para abordar con éxito el crimen organizado. La lucha no debe limitarse a medidas punitivas; más bien, se necesita una estrategia que aborde las raíces económicas y financieras de las actividades ilícitas. Como en el caso de Colombia, esta visión holística les permitiría a otros países abordar no solo las consecuencias penales sino también las causas fundamentales del crimen organizado.

Particularmente importante para prevenir la infiltración de organizaciones criminales en la cadena de comercialización es la incorporación de tecnologías de seguridad digital. El uso de *blockchain* para certificar la legalidad del oro ha mostrado la capacidad de la tecnología para garantizar la trazabilidad y autenticidad de productos en industrias propensas a la ilegalidad. Otros países de América Latina pueden beneficiarse de esta experiencia adoptando tecnologías avanzadas para combatir el comercio ilícito.

Así mismo, las propuestas de aumentar la participación estatal en el mercado, ya sea a través de compras gubernamentales o asociaciones público-privadas, indican un papel activo del Estado en la regulación y comercialización de recursos naturales, como el oro. Esta intervención estatal puede desincentivar prácticas ilícitas y promover una explotación sostenible de los recursos, aunque se debe considerar cuidadosamente para evitar conflictos legales y barreras comerciales.

Además, la propuesta de un sistema de renta presunta adaptado a actividades ilegales, como el tráfico de cocaína, resalta la importancia de explorar mecanismos tributarios específicos para combatir el lavado de dinero asociado a estas actividades. Los países de América Latina pueden considerar diseñar sistemas tributarios que se apliquen

de manera efectiva a actividades ilegales, contribuyendo así a la reducción de los recursos financieros de las organizaciones criminales.

Finalmente, la experiencia colombiana subraya la complejidad y los desafíos jurídicos y económicos asociados con medidas como la intervención estatal en el mercado. Es esencial llevar a cabo evaluaciones exhaustivas de los posibles impactos legales y económicos antes de implementar medidas similares, buscando un equilibrio entre la eficacia en la lucha contra el crimen y el respeto a las inversiones y acuerdos internacionales.

En resumen, la adopción de enfoques integrales, la incorporación de tecnologías avanzadas y la consideración cuidadosa de medidas económicas, financieras, tributarias y legales son fundamentales para el éxito en la lucha contra el crimen organizado en América Latina, tomando como referencia las lecciones aprendidas a raíz del caso colombiano, así como las medidas resaltadas en la literatura especializada y los programas de política pública que ya se han implementado con éxito en otras jurisdicciones.

5.3. Recomendaciones para Colombia

Con base en lo anterior, se ofrecen las siguientes recomendaciones para Colombia. En primer lugar, es importante incorporar tecnologías de seguridad digital para garantizar la trazabilidad y el seguimiento de ciertas operaciones comerciales. Esto ayudaría a prevenir que las organizaciones del COT y otros actores al margen de la ley se infiltren en diversas etapas de la cadena de comercialización, limitando así el alcance y desarrollo de sus operaciones ilícitas y de los recursos financieros obtenidos de las mismas. Por ejemplo, en el caso del comercio ilícito de oro, se podría desarrollar un mecanismo basado en la tecnología *blockchain*, mediante el cual el Estado otorgaría un certificado de legalidad solo para el oro extraído en minas con títulos mineros válidos. Paralelamente, se prohibiría la exportación de oro sin dicho certificado. Esto obligaría a las casas matrices internacionales a solicitar el certificado de legalidad, fomentando la comercialización exclusiva de oro de origen lícito en toda la cadena de producción.

En segundo lugar, esto podría venir acompañado de un incremento de la intervención y participación del Estado en el mercado del oro, a través de distintas alternativas que varían en el grado de intervención estatal. Así, una primera opción podría ser eliminar el mercado interno de compra y venta de oro y permitir que el Estado, a través de las empresas industriales y comerciales del Estado, adquiera y posteriormente enajene todo el oro producido en el país en el mercado internacional. Otra alternativa podría consistir en establecer asociaciones público-privadas entre el Estado y las empresas mineras, de manera que estas últimas se encargasen de la transformación y venta del oro, previa celebración de contratos. Finalmente, también sería posible obligar a las empresas estatales a que, de acuerdo con la producción nacional, comprasen anualmente una cantidad específica de oro, exigiendo en todo momento certificados de legalidad a los vendedores.

Sin embargo, como hemos visto, se reconoce la complejidad y dificultades jurídicas que entraña la aplicación de estas alternativas, incluyendo la posibilidad de demandas contra el gobierno colombiano por inversionistas extranjeros debido a medidas que pudieran crear barreras comerciales o tratos discriminatorios. Ante esta situación, la política pública debería centrarse en una adecuada aplicación de las medidas relevantes, tratando de evitar, en la medida de lo posible, desgastes administrativos innecesarios para los operadores que desarrollan actividades lícitas, pero que, debido a la confluencia entre actores y operaciones legales e ilegales en un mismo canal comercial, deben pasar por los mismos requisitos de verificación.

En tercer lugar, se considera que sería beneficioso implementar un sistema de renta presunta específicamente adaptado a las actividades ilegales. Así, por ejemplo, en el caso del tráfico de cocaína, podría desarrollarse un sistema de seguimiento a través del SICOQ (Sistema de Información para el Control de Sustancias y Productos Químicos), en el cual se registrarían las compras de insumos necesarios para la producción de cloruro de cocaína. Con base en las cantidades de insumos adquiridos, se podría estimar la cantidad de cocaína producida por las organizaciones del COT y, en función de esto, calcular el monto de ingresos generado por la venta de la droga, al que se aplicaría un impuesto sobre la renta. En todo caso, una

iniciativa de esta naturaleza, requeriría para ser efectiva una cooperación estrecha entre la DIAN, las autoridades judiciales y otras entidades administrativas responsables de mantener registros de compras y ventas de insumos utilizados en la producción de estupefacientes.

En última instancia, abordar la minería ilícita (en particular, la del oro) y el narcotráfico en Colombia requiere un enfoque integral que combine tecnología de seguridad digital, medidas tributarias, y una evaluación cuidadosa de las posibles intervenciones estatales en el mercado. Este esfuerzo conjunto podría contribuir no solo a la lucha contra el COT y las prácticas corruptas, sino también a la generación de ingresos para el Estado y al fortalecimiento de la legalidad en el país.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

Colombia

Corte Constitucional. (2 de febrero de 2016). Sentencia T-022/16 [MP María Victoria Calle Correa].

Estados Unidos

Corte Suprema. *James v. United States*, 366 U.S. 213 (1961).

Corte Suprema. *United States v. Sullivan*, 274 U.S. 259 (1927).

Doctrina

Andreas, P. & Wallman, J. (2009). "Illicit markets and violence: what is the relationship?" *Crime, Law and Social Change*. Vol 52(3). Pp. 225-229.

Asociación Colombiana de Minería. (2020). "Verdades sobre los aportes del sector minero a la economía del país". *Acminería*.

Basu, G. (2013). "The role of transnational smuggling operations in illicit supply chains". *Journal of Transportation Security*. Vol 6(4). Pp. 315-328.

Becker, S., Murphy, M., & Grossman, M. (2006). "The Market for Illegal Goods: The Case of Drugs. *Journal of Political Economy*". Vol 114(1). Pp. 38-60.

Betti, S. (2017). "Key global enforcement issues on illicit trade in goods". En: Chaudhry, E. (Ed.). *Handbook of Research on Counterfeiting and Illicit Trade*. Edward Elgar Publishing.

Bhatia, R., Kumar, P., Bansal, S. & Rawat, S. (2018). "Blockchain -the Technology of Crypto Currencies". *2018 International Conference on Advances in Computing and Communication Engineering (ICACCE)*. Pp. 372-377.

Bhattacherjee, S. & Somashekhar, G. (2017). "Artificial Intelligence to Impart Surveillance, Tracking, & Actuation on Suspicious Activities". *2017 IEEE 7th International Advance Computing Conference (IACC)*. Pp. 1-5.

Bittker, B. (1974). "Taxing Income from Unlawful Activities". *Case W. Rsrv. L. Rev.* Vol. 25(1). Pp. 130-147.

Blecher, E. (2010). "Commentary on Joossens *et al.* (2010): Eliminating the global illicit cigarette trade – what do we really know?" *Addiction*. Vol 105(9). Pp. 1650-1651.

Boivin, R. (2014). "Macrosocial Network Analysis: The Case of Transnational Drug Trafficking". En: Masys, A. J. (Ed.), *Networks and Network Analysis for Defence and Security*. Springer International Publishing. Pp. 49-61.

Brouder, A. (2010). "Kimberley Process Certification Scheme". En: Tietje, C. & Brouder, A. (Eds.), *Handbook of Transnational Economic Governance Regimes*. Brill | Nijhoff. Pp. 969-987.

Demirci, O. (2021). "Advantages of Tax Audit". En: Grima, S. (Ed.). *Contemporary Studies in Economic and Financial Analysis*. Leeds: Emerald Publishing Limited. Pp. 131-141.

Desterbeck, F. (2019). "Ne bis in idem and Tax Offences: How Belgium Adapted its Legislation to the Recent Case Law of the ECtHR and the CJEU." *Eucrim - The European Criminal Law Associations' Forum*. Núm. 2. Pp. 135-141

Dronca, A. (2016). "The influence of fiscal freedom, government effectiveness and human development index on tax evasion in the European Union". *Theoretical and Applied Economics*. Vol. 23(4). Pp. 5–18.

Durán, A. (2015). "Drugs Around the Corner: Domestic Drug Markets and Violence in Colombia and Mexico". *Latin American Politics and Society*. Vol. 57(3). Pp. 122-146.

Evans, J., Ruane, S. & Southall, H. (Eds.). (2019). *Data in Society: Challenging Statistics in an Age of Globalisation* (1st ed.). Policy Press.

Freye, E. (2009). "Pharmacology of Cocaine". En: Freye E. (Ed.). *Pharmacology and Abuse of Cocaine, Amphetamines, Ecstasy and Related Designer Drugs*. Springer Netherlands. Pp. 49-60.

García, N. (2021). "El Proceso de Kimberley: una contribución a la resolución de los conflictos en África". *OASIS*. Núm. 35. Pp. 235-253.

García, R. (2003). "Drug Trafficking and Its Impact on Colombia: An Economic Overview". *Canadian Journal of Latin American and Caribbean Studies*. Vol 28. Pp. 277-304.

Grimmelmann, K., Espinoza, J. & Arnold, J. (2019). "The land-drugs nexus: how illicit drug crop cultivation is related to access to land. In United Nations Office on Drugs and Crime". *Bulletin on Narcotics*. Vol. 61. Pp. 75-104.

Güiza, L. (2013). "Small scale mining in Colombia: Not such a small activity". *DYNA*. Vol. 80(181). Pp. 109-117.

Guizado, C., & Restrepo, L. (2000). Perspectives on Narcotics Trafficking in Colombia. *International Journal of Politics, Culture, and Society*. Vol. 14(1). Pp. 151-182.

Hasibuan, O., Tjakraatmadja, J. & Sunitiyoso, Y. (2021). "Finding Workable and Mutually Beneficial Solutions to Eradicate Illegal Gold Mining". *Bisnis & Birokrasi: Jurnal Ilmu Administrasi Dan Organisasi*. Vol. 28(2). Pp. 106-117.

Hoekman, B. & Saggi, K. (2007). "Tariff bindings and bilateral cooperation on export cartels". *Journal of Development Economics*. Vol. 83(1). Pp. 141-156.

Idrobo, N., Mejía, D., & Tribin, M. (2014). "Illegal Gold Mining and Violence in Colombia". *Peace Economics, Peace Science and Public Policy*. Vol. 20(1). Pp. 83-111.

Jiji, W., & Anantharadha, S. (2012). "Automatic Tracking of Criminals using Data Mining Techniques". *Journal of The Institution of Engineers (India): Series B*. Vol. 93(4). Pp. 217-221.

Jones, C., Bastian, C. & Phillips, O. (2021). "The relative effectiveness of law enforcement policies aimed at reducing illegal trade: Evidence from laboratory markets". *PLoS ONE*. Vol. 16(11).

Kalaida, I. (2021). "The possibilities of blockchain technologies in the investigation of criminal offenses committed into the cyber space". *INFORMATION AND LAW*. Vol 4(39). Pp. 170-178.

Kassab, H. & Rosen, J. (2019). "Illicit Markets: A Short Historical Summary". En: Kassab, H. & Rosen, J. (Ed.). *Illicit Markets, Organized Crime, and Global Security*. Springer International Publishing. Pp. 19–40.

Lupsha, P. (1993). "Drug Lords and Narco-Corruption: The Players Change but the Game Continues". En: Mccoy, A. (Ed.). *War On Drugs*. Routledge. Chapter 7.

Lusty, D. (2003). "Taxing the untouchables who profit from organised crime". *Journal of Financial Crime*. Vol. 10(3). Pp. 209-228.

MacDonald, Z. & Pyle, D. (2018). *Illicit Activity: The economics of crime, drugs and tax fraud*. 1st ed. Routledge.

Mahmood, Z. (2021). "Blockchain Technology: Applications in the Industry". En: Mahmood, Z. (Ed.). *Advances in Data Mining and Database Management*. IGI Global. Pp. 1-16.

Martínez, E. & Chávez, M. (2015). "Aplicación del principio 'non bis in ídem' y las disposiciones fiscales de archivo con calidad de 'cosa decidida'". *Revista CIENCIA Y TECNOLOGÍA*. Vol. 11(3). Pp. 103-111.

Maskus, K., Peri, A. & Rubinchik, A. (2021). "Hiding Filthy Lucre in Plain Sight: Theory and Identification of Business-Based Money Laundering". *SSRN Electronic Journal*.

McSkimming, S. (2010). "Trade-Based Money Laundering: Responding to an Emerging Threat". *Deakin Law Review*. Vol 15(1). Pp. 37-63.

Meessen, M. (2015). "Kimberley as a Means of Promoting Good Governance: The Role of Business". En: Bungenberg, M. & Hobe, S. (Eds.). *Permanent Sovereignty over Natural Resources*. Springer International Publishing. Pp. 173-186.

Molina,C., Delgado, D. & Tarazona, G. (2019). "Using Blockchain for Traceability in the Drug Supply Chain". En: Uden, L., Ting, I. & Corchado, J. (Eds.). *Knowledge Management in Organizations*. Vol. 1027. Springer International Publishing. Pp. 536-548.

Navarro, I. (2011). *Exploring the Relationship between Urban Processes and the Drug Trade in South America*.

Nikolic, V. (2003). "Illegal markets, human trade and transnational organised crime". *Temida*. Vol. 6(4). Pp. 3-13.

Noroña, G. (2015). *La Efectividad del Proceso de Kimberley para Eliminar la Violación de los Derechos Humanos de los Niños Involucrados en el Conflicto de los Diamantes de Sangre en Sierra Leona*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Omelicheva, M. & Markowitz, L. (2019). "Does Drug Trafficking Impact Terrorism? Afghan Opioids and Terrorist Violence in Central Asia". *Studies in Conflict & Terrorism*. Vol. 42(12). Pp. 1021-1043.

Pham, H., Le, T., Pham, T., Nguyen, H. & Le, V. (2019). "Enhanced Security of IoT Data Sharing Management by Smart Contracts and Blockchain". *2019 19th International Symposium on Communications and Information Technologies (ISCIT)*. Pp. 398-403.

Prause, G. (2019). "Smart Contracts for Smart Supply Chains". *IFAC-PapersOnLine*. Vol. 52(13). Pp. 2501-2506.

Radisch, J. (2016). "Illicit trade: Convergence of criminal networks." En: OECD. (Ed.). *Illicit Trade*. París: OECD Publishing. Pp. 17-35.

Rettberg, A. & Ortiz, J. (2016). "Golden Opportunity, or a New Twist on the Resource–Conflict Relationship: Links Between the Drug Trade and Illegal Gold Mining in Colombia". *World Development*. Vol. 84. Pp. 82-96.

Rettberg, A., Ortiz-Riomalo, J. & Yañez-Quintero, S. (2014). *Legislando minas. Breve recuento de la legislación minera en Colombia (1829-2001)*. Universidad de los Andes.

Reuter, P. (2013). "Drug Markets and Organized Crime". En: Paoli, L. (Ed.). *The Oxford Handbook of Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press.

Richards, J. (1998). *Transnational Criminal Organizations, Cybercrime, and Money Laundering: A Handbook for Law Enforcement Officers, Auditors, and Financial Investigators*. Routledge.

Roma, A. (2021). "La Protección Penal Frente a la Minería Ilegal: Los Modelos de Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador". *Gladius et Scientia. Revista de Seguridad Del CESEG*. Núm. 2.

Schlegel, K. (2000). "Transnational Crime: Implications for Local Law Enforcement". *Journal of Contemporary Criminal Justice*. Vol. 16(4). Pp. 365-385.

Sethi, S. & Emelianova, O. (2011). "Kimberley Process Certification Scheme (KPCS): A Voluntary Multigroup Initiative to Control Trade in Conflict Diamonds". En: Sethi, S. (Ed.). *Globalization and Self-Regulation*. Palgrave Macmillan US. Pp. 213-247.

Shelley, L. (2005). "The Unholy Trinity: Transnational Crime, Corruption, and Terrorism". *The Brown Journal of World Affairs*. Vol. 11(2). Pp. 101-111.

Shelley, L. (2018). "Corruption & Illicit Trade". *Daedalus*. Vol. 147(3). Pp. 127-143.

Sonsuphap, R. (2022). "The structure of the illegal economy and its relationship to money laundering". *Corporate and Business Strategy Review*. Vol. 3(1). Pp. 45-54.

Soudijn, M., & Reuter, P. (2016). "Cash and carry: the high cost of currency smuggling in the drug trade". *Crime, Law and Social Change*. Vol. 66(3). Pp. 271-290.

Storti, C., & De Grauwe, P. (Eds.). (2011). *Illicit Trade and the Global Economy*. The MIT.

Suglo, P., Effah, P., Amponsah, A., Sunkari, R. & Yeboah, A. (2021). "Effects of Illegal Mining on the Environment, Economy, and Agricultural Productivity". *Biochemistry and Molecular Biology*. Vol. 6(4). Pp 79-91.

Sumuan, F., & Fidiana, F. (2020). "Tax Sanctions from the Authority Perspective". *Jurnal Ilmiah Akuntansi Dan Bisnis*. Vol. 15(1). Pp. 107-118.

Tabbach, A. (2003). "Criminal Behavior, Sanctions, and Income Taxation: An Economic Analysis". *The Journal of Legal Studies*. Vol. *32*(2). Pp. 383-406.

Thiao, A. (2021). "The effect of illicit financial flows on government revenues in the West African Economic and Monetary Union countries". *Cogent Social Sciences*. Vol. 7(1).

Thoumi, F. & Lee, R. (2003). "Drugs and Democracy in Colombia". En: Roy, G. (Ed.). *Menace to Society*. Routledge.

Tornado, A. (2023). "Determination of Suspects in Narcotics Crimes Through Supervised Submission (Controlled Delivery)". *International Journal of Law, Environment, and Natural Resources*. Vol. 3(1). Pp. 46-54.

Verma, L. (2015). "Analysis and Detection of Precursor Chemicals Used in Preparation of Narcotic Drugs and Psychotropic Substances Â– A Forensic Perspective". *Journal of Forensic Research*. Vol. 6(2).

Villar, D., & Schaeffer, J. (2019). "Disarmament is the New War, Gold is the New Opium, and Ecohealth is the Historic Victim". *Environmental Health Insights*. Vol. 13.

Wright, C. (2004). "Tackling conflict diamonds: the Kimberley process certification scheme". *International Peacekeeping*. Vol. 11(4). Pp. 697-708.

Zabyelina, Y. & Heins, L. (2020). "All that Glitters: Money Laundering Through Precious Metals and Minerals". En: Zabyelina. Y. & van Uhm, D. (Eds.), *Illegal Mining: Organized Crime, Corruption, and Ecocide in a Resource-Scarce World*. Springer International Publishing. Pp. 439-465.

Informes, resoluciones y otros documentos

Amigo, I., Cowie, S. & Prado, A. (abril 6 de 2023). "'Gold library' helps Brazil crack down on Amazon's illegal mining". *Mongabay*. https://news.mongabay.com/2023/04/goldlibraryhelpsbrazilcrackdownonamazonsillegalmining/#:~:text=Launched%20in%202019%2C%20the%20Ouro,of%20seized%20or%20suspicious%20gold.

Becerra, L. (s.f.). "Narcotráfico pesa hasta $19 billones en el Producto Interno Bruto de Colombia". *Diario La República*. https://www.larepublica.co/

economia/narcotrafico-pesa-hasta-19-billones-en-el-producto-interno-bruto-de-colombia-2933774.

Canada Revenue Agency. (2023). *The CRA's criminal investigations process*. https://www.canada.ca/en/revenue-agency/programs/about-canada-revenue-agency-cra/compliance/combat-tax-crimes/criminal-investigation-process.html#chp1.

Cruz, J. (2021). "La Guardia Civil se alía con las eléctricas para desarticular con "big data" plantaciones de cannabis". *El Confidencial*. https://www.elconfidencial.com/empresas/20210419/guardiacivilelectricasdesarticularbigdatacannabis_3038299/#:~:text=Seg%C3%BAn%20fuentes%20del%20cuerpo%20policial,indoor'%20y%20ocultos%20para%20su.

EFE. (2020). "Narcotráfico genera entre US$ 80.000 y US$ 90.000 millones en América". *El Tiempo*. https://www.eltiempo.com/economia/sectores/el-narcotrafico-genera-entre-80-000-y-90-000-millones-de-dolares-en-america-536817.

Estrada, C. (marzo 21 de 2023). "Se calcula que más de 80% del oro que exporta Colombia proviene del mercado ilegal". *La República*. https://www.larepublica.co/economia/secalculaquemasde80deloroqueexportacolombiaprovienedelmercadoilegal3572072#:~:text=Es%20decir%20que%20solo%2014,que%20exporta%20Colombia%20es%20ilegal.

Federación Nacional de Cafeteros. (2017). *Comportamiento de la Industria Cafetera Colombiana 2017*. https://federaciondecafeteros.org/static/files/Informe_Industria_2017.pdf.

Financial Crimes Enforcement Network. (2021). "Beneficial Ownership Information Requirements". *Department of the Treasury*. https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2021-12-08/pdf/2021-26548.pdf.

Fowler, N. (septiembre 29 de 2014). "Exposed: Illegal Gold, Trade Mis-Invoicing And Tax Fraud In South Africa". *Tax Justice Network*. https://taxjustice.net/2014/09/29/exposed-illegal-gold-trade-mis-invoicing-tax-fraud-south-africa/.

Fraser, C. (2019). "Snow can help catch out cannabis criminals as melting roofs give the game away". *The Sun*. https://www.thesun.co.uk/news/8337672/snow-can-help-catch-out-cannabis-criminals-as-melting-roofs-give-the-game-away/.

Gestión - Lima. (2022). "Comercio de productos ilícitos mueve US$210.000 millones en Latinoamérica al año". *La República*. https://www.larepublica.co/globoeconomia/comercio-de-productos-ilicitos-mueve-us-210-000-millones-en-latinoamerica-al-ano-3374171.

Hunter, M. (2022). "Combating illicit gold markets in eastern and southern Africa". *Global Initiative Against Transnational Organized Crime*. https://

globalinitiative.net/analysis/illicit-gold-east-southern-africa-policy-guidance/.

Ministerio de Justicia y del Derecho. (s.f.). *Guía del Usuario - Empresa*. https://www.minjusticia.gov.co/programasco/controlparaelmanejosustanciasquimicas/Documents/2021/Gu%C3%ADa%20usuario%20empresa%20V2d.pdf.

Neira, L. (2020). "El país debe enfrentar la falta de control a los proveedores para mitigar el contrabando". *La República*. https://www.larepublica.co/empresas/el-pais-debeenfrentarlafaltadecontrolalosproveedores-para-mitigar-el-contrabando-3091924.

Organización de los Estados Americanos. (2022). "Tras El Dinero Del Oro Ilícito: Fortalecimiento de La Lucha Contra Las Finanzas de La Minería Ilegal". https://www.oas.org/es/sms/ddot/docs/Tras-el-dinero-del-oro-ilicitoElcasodeColombia.pdf.

Pardo, D. (agosto de 2021). "Por qué en Colombia se está produciendo más cocaína si hay menos cultivos de coca". *BBC Mundo*. https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-58312598.

Rodríguez, D. (agosto de 2023). "Director de la DIAN advirtió que hay que declarar renta incluso por actividades ilícitas". *Infobae*. https://www.infobae.com/colombia/2023/08/31/director-de-la-dian-advirtio-que-hay-que-declarar-renta-incluso-por-actividades-ilicitas/.

Semana. (2021). "'Colombia tiene un hueco de $ 100 billones, mal contados': viceministro de Hacienda". *Semana*. https://www.semana.com/economia/macroeconomia/articulo/colombia-tiene-un-hueco-de-100-billones-mal-contados-viceministro-de-hacienda/202151/.

Tweed, K. (2013). "Pot Growers Costing Canada $500 Million in Power Theft". *Green Tech Media*. https://www.greentechmedia.com/articles/read/pot-growers-costing-canada-500-million-in-power-theft.

Vargas, P. (agosto 8 de 2022). "La evasión de impuestos le estaría quitando a Colombia cerca de $80 billones al año". *La República*. https://www.larepublica.co/economia/la-evasion-de-impuestos-leestariaquitandoa-colombia-cercade80billonesalano3418446#:~:text=Seg%C3%BAn%20Reyes%20y%20Ocampo%2C%20esta,estim%C3%B3%20Fedesarrollo%20el%20a%C3%B1o%20pasado.

World Gold Council. (2020). *Central bank domestic ASGM purchase programmes*. https://www.planetgold.org/sites/default/files/Central-bank domestic_ASGM_programmes-rgb-BM.pdf.

4. LAS RESPUESTAS DESDE EL ARBITRAJE DE TRATADOS DE INVERSIÓN

Capítulo 8

El tratamiento de la corrupción en el arbitraje de tratados de inversión

RAFAEL TAMAYO-ÁLVAREZ*
ENRIQUE PRIETO-RÍOS*

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción es un fenómeno de efectos multidimensionales (Olasolo, 2021). El Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales (2020) describe apropiadamente este carácter multidimensional al advertir que la corrupción limita la capacidad de los Estados para cumplir sus obligaciones internacionales de derechos humanos. Asimismo, advierte que la corrupción erosiona el funcionamiento y la legitimidad de las autoridades públicas, y que sus repercusiones son desproporcionadas frente a los derechos de los trabajadores, las comunidades y los grupos históricamente marginados o discriminados. En el mismo sentido, el prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (CNUCC) señala que la corrupción "socava la democracia y el Estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia

* Profesor de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Doctor en Derecho de la Universidad de los Andes.

* Profesor Asociado de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Doctor en Derecho de Birkbeck, University of London, Máster en Derecho Internacional y Abogado de la Universidad del Rosario.

organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana. "Por consiguiente 'reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas' es una de las metas o indicadores de la consecución del objetivo número dieciséis denominado Paz, Justicia e Instituciones Sólidas, parte de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible.

Si bien la comunidad internacional parece haberse concientizado de que la corrupción representa un problema de gobernanza global de efectos duraderos y transfronterizos que se materializan frente al disfrute de los derechos humanos, las prácticas corruptas se mantienen generalizadas alrededor del mundo. Además, casos como el de Odebrecht en América Latina demuestran que, con frecuencia, las iteraciones más graves del fenómeno de la corrupción revisten una dimensión transfronteriza. En este sentido, Olasolo (2021) habla de cómo la "globalización de la corrupción" ha sido fomentada por políticas neoliberales y el papel preponderante que las empresas multinacionales, como actores económicos, han adquirido en la arena política. Ciertamente, las empresas multinacionales se han posicionado en el plano internacional como agentes datados con capacidad para ejercer un poder estructural sobre los gobiernos (Fuchs, 2007). Esto ha dado lugar a la llamada captura corporativa del Estado, entendida como la capacidad que ciertas empresas detentan para influenciar la toma de decisiones políticas en relación con intereses u objetivos socialmente valiosos. Tal influencia corporativa en los asuntos regulatorios genera un escenario propicio para la ocurrencia de formas de corrupción como el cohecho, el tráfico de influencias o el abuso de funciones (Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales 2020).

Pese a lo anterior, Katzarova (2019) advierte que el imaginario colectivo que predomina en torno a la gobernanza global de la corrupción ve en ella una cuestión endémica al sector público, sintomática de problemas de fragilidad institucional o carencia de buen gobierno. Un reflejo de tal paradigma es lo afirmado por el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales, sobre que "las actividades destinadas a examinar el vínculo existente entre los derechos humanos y la corrupción se han concentrado primordialmente en el perjuicio

que los comportamientos corruptos de los Estados causan los titulares de derechos" (2020: 4). Según Katzarova (2019), el paradigma predominante frente a la corrupción es el resultado de un proceso de construcción social por el que ciertos actores, principalmente los Estados Unidos de Norteamérica, impulsaron desde plataformas internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) un discurso anticorrupción que enfatiza el comportamiento corrupto de los funcionarios públicos, máxime cuando estos provienen de países del Sur Global. Además, Katzarova (2019) señala que este discurso anticorrupción se estructuró en reacción a la postura impulsada desde el Sur Global según la cual la corrupción debía entenderse como la injerencia indebida de las empresas multinacionales en la política interna de los Estados.

Esto nos permite destacar, más allá de que la corrupción es un problema estructural que involucra por igual a todos los actores políticos y económicos, el carácter contingente del marco conceptual a partir del cual se conciben las diferentes iniciativas globales de lucha contra la corrupción. Efectivamente, Katzarova (2019) señala que el discurso anticorrupción avivado por los Estados Unidos de Norteamérica alcanzó la condición de hegemónico durante la década de los años noventa, materializándose en un conjunto de instrumentos de alcance universal y regional para la lucha contra la corrupción que promueven una visión individualizada y transaccional de este fenómeno. Es decir, que privilegian a la criminalización como el principal enfoque para la gobernanza global de la corrupción. Esto ha redundado en incitativas para la regulación de la corrupción fundadas en el derecho penal transnacional, como la homogenización de tipos penales representativos de prácticas corruptas o la cooperación judicial internacional (Nessi, 2017).

Ante este panorama, aunque la corrupción es un problema estructural de doble vía que está presente tanto en las instituciones públicas como en el sector privado, resulta importante que esta problemática sea examinada desde el ángulo de los comportamientos corruptos en los que pueden incurrir las empresas privadas. Esto es, superar el paradigma dominante desde el cual se ha concebido la corrupción y se han formulado iniciativas para combatirla globalmente. Hacia este objetivo apunta el informe del Grupo de Trabajo

de Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales (2020), donde se analiza la relación entre la cuestión de las empresas y los derechos humanos y las actividades de lucha contra la corrupción. Allí se destaca, por ejemplo, que "las actividades corruptas de las empresas pueden dar lugar a violaciones de los derechos humanos, a veces con consecuencias mortales" (Ibid.*:* 2).

En este orden, nuestra contribución mediante el presente capítulo al objetivo anteriormente descrito, consiste en analizar la corrupción presente en los proyectos de inversión financiados con capital extranjero. Para ello, examinaremos el manejo que se le ha dado a la corrupción en el ámbito de las demandas de inversión interpuestas con fundamento en Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)[1]. La elección de este objeto de estudio obedece a que en el arbitraje de tratados de inversión se ha gestado una doctrina según la cual las inversiones afectadas de ilegalidad no deben beneficiarse de la protección conforme al derecho internacional que confieren los AII[2].

---

1 Como contexto, los AII generalmente tienen dos características primordiales: por un lado, contienen disposiciones sustantivas por las cuales los Estados suscribientes se obligan a proteger al capital extranjero. Por el otro, establecen un mecanismo arbitral para la resolución de las controversias inversor-Estado (Muchlinski, 2009). Debido a este mecanismo de adjudicación, las diferencias que surjan entre inversores foráneos y Estados receptores podrán ser resueltas por tribunales internacionales de arbitramento. El sistema funciona a partir de la prerrogativa que la mayoría de los AII les confieren a los inversores para que estos demanden directamente a los Estados receptores de sus inversiones (De Brabandere, 2014). Por consiguiente, a través de los AII los Estados suscribientes prestan su consentimiento para arbitrar, lo que implica extender una oferta unilateral de arbitraje dirigida a todos los inversores con nacionalidad de la otra parte contratante. El acuerdo para arbitrar se perfeccionará cuando cualquier inversionista acepta la oferta estatal al presentar una solicitud formal de arbitraje. Cabe aclarar que el arbitraje de inversiones también puede tener origen en un contrato o acuerdo de voluntades entre un inversionista y un Estado.

2 *Vid.*: Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. v. la República de Albania, Caso CIADI No. ARB/11/24, laudo, marzo 30 de 2015: párr. 294, 359; y Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. la República Argentina, Caso CIADI No. ARB/09/1, decisión sobre jurisdicción, diciembre 21 de 2012: párr. 317.

Esta "doctrina de la legalidad" (Llamzon 2014, 2015) deviene del hecho que los árbitros a menudo examinan la licitud concerniente a las inversiones a partir de las cuales se formulan las demandas (Schill, 2012; Douglas, 2014; de Alba, 2015; Tamayo-Álvarez, 2020a; Nadakavukaren Schefer, 2020). Específicamente, la licitud de una inversión puede examinarse en diferentes etapas del procedimiento arbitral: en relación con la jurisdicción del tribunal arbitral, la admisibilidad de la reclamación, o cuando se decide acerca del mérito o fondo de esta[3]. En cualquiera de estos escenarios, las alegaciones sobre la ocurrencia de actos de corrupción relativos a la adquisición o gestión de una inversión constituyen una de las manifestaciones más frecuentes de ilegalidad (Gaillard, 2019; Low, 2019; Akindeire, 2020; Bonnitcha & Mathew, 2020).

La pertinencia de analizar el manejo que se la ha dado a la corrupción en el arbitraje de tratados de inversión puede explicarse en función de al menos dos razones. La primera es la oportunidad de explorar alternativas de regulación para una mejor gobernanza global de este flagelo. Ciertamente, de manera reciente se ha propuesto abordar la corrupción desde distintos ámbitos del derecho internacional, como el régimen de los derechos humanos (Peters, 2019) o el derecho internacional penal (Starr, 2007; Olasolo & Mané, 2021; Tamayo-Álvarez & Prieto-Ríos, 2021). Sin embargo, como aún no se ha cristalizado la promesa de dar con una respuesta más efectiva en contra de la corrupción a partir de alguna de estas iniciativas (Olasolo, 2021), es necesario continuar explorando otros regímenes dentro del derecho internacional que puedan resultar útiles para combatirla eficazmente.

En este orden, tal y como se describirá con mayor detalle en la sección de conclusiones, el manejo dado a las alegaciones de corrupción en el arbitraje de tratados de inversión, si bien adolece de limitaciones en cuanto a su alcance, las cuales serán expuestas a lo largo del capítulo, abre un espacio para debatir acerca del fenómeno de la corrupción, entendiéndolo como una problemática de dos vías en

---

3 *Vid.*: Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. la República de Indonesia, Caso CIADI No. ARB/12/14 y 12/40, Decisión sobre jurisdicción, febrero 24 de 2014: párr. 494.

el que tanto el sector público como el privado desempeñan un papel constitutivo. Ciertamente, cabe destacar que uno de los ámbitos en los que el derecho internacional de las inversiones parece estar evolucionando es en lo concerniente al gobierno del comportamiento empresarial indebido (Bernasconi-Osterwalder, 2020). Al respecto, algunos de los llamados AII de nueva generación incorporan obligaciones anticorrupción a cargo de los inversionistas. Como se expondrá más adelante, iniciativas como estas podrían contribuir a repensar la gobernanza global de la corrupción más allá del paradigma dominante que ve en ella un problema exclusivo del sector público que denota una falta de buen gobierno.

La segunda razón se relaciona con el fundamento mismo de brindarles protección legal internacional a los inversores extranjeros y a sus inversiones. En efecto, una de las justificaciones más comunes del régimen internacional para la protección de las inversiones es que la afluencia de capital extranjero beneficia a las sociedades receptoras, puesto que fomenta el desarrollo económico y la prosperidad (Prieto-Ríos, Soto-García & Tamayo-Álvarez). Sin embargo, la hipótesis de los beneficios económicos y sociales de la inversión extranjera ha sido cuestionada últimamente (Pohl, 2018). Seguidamente, el argumento conforme al cual las inversiones rodeadas de corrupción o de algún otro tipo de ilicitud no deben beneficiarse de la protección jurídica conferida por los AII apunta a que las inversiones extranjeras, según lo han manifestado algunos tribunales de arbitraje[4], deberían tener como atributo funcional el contribuir efectivamente al desarrollo del país receptor.

Por ende, explorar el manejo que se la da a la corrupción en el arbitraje de tratados de inversión es una forma de constatar y reafirmar la premisa o principio fundamente de contribuir al desarrollo

---

[4] *Vid.*: Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v. Malasia, Caso CIADI No. ARB/05/10, decisión sobre jurisdicción, mayo 17 de 2007: párr. 124; Mr. Patrick Mitchell v. la República Democrática del Congo, Caso CIADI No. ARB/99/7, decisión sobre la anulación del laudo, noviembre 1 de 2016, párr. 33 y Joy Mining Machinery Limited v. la República Árabe de Egipto, Caso CIADI No. ARB/3/11, decisión sobre jurisdicción, agosto 6 de 2014: párr. 53.

económico sobre el que descansa el derecho internacional de las inversiones. Esto obedece, como ya se mencionó, a que la corrupción hace que el ejercicio de la función pública se desvíe del logro de objetivos socialmente valiosos, como la promoción y protección de los derechos humanos o el cuidado del medio ambiente, comprendidos dentro del ámbito del desarrollo sostenible[5], tal y como lo han reconocido algunos tribunales de arbitraje[6]. Efectivamente, concebir a la corrupción como una problemática que afecta significativamente la perspectiva de desarrollo económico y social de los países receptores de la inversión implica reconocer, como lo advierte Kozyakova (2021), que la actuación de los inversores extranjeros partícipes en actos de corrupción realmente resulta contraria a la idea central sobre la cual se construyó discursivamente este régimen del derecho internacional.

A la luz de lo anterior, este capítulo busca suscitar reflexión sobre hasta qué punto el arbitraje de tratados de inversión ofrece una alternativa viable en la lucha global contra la corrupción. Para ello, se procederá conforme al siguiente orden: primero, se analizará el alcance y las distintas manifestaciones de la doctrina de la legalidad en el arbitraje de tratados de inversión. Con esto se pretende mapear los supuestos en que los árbitros pueden entrar a examinar y derivar consecuencias jurídicas de hechos ilegales relacionados con el actuar de los inversores, como lo sería su participación en actos de corrupción. En segunda instancia, se hará una revisión de algunos antecedentes relevantes en la jurisprudencia arbitral en los que la ilegalidad estuvo asociada con corrupción. Tal revisión no pretende ser exhaustiva, sino ejemplificativa. Lo que se busca con ella es ofrecer una mirada panorámica de cómo se tramitan las acusaciones o

---

5 Entendemos que este tipo de acciones pueden estar comprendidas en cualquiera de los tres pilares del desarrollo sostenible. Estos son: el medioambiental, el social y el económico. *Vid.*: El Futuro que queremos, Doc. ONU A/RES/66/288, 27 de julio de 2012.

6 *Vid.*: F-W Oil Interests, Inc. v. la República de Trinidad y Tobago, Caso CIADI No. ARB/01/14, laudo, marzo 3 de 2006: párr. 212, donde se advierte sobre los efectos adversos de la corrupción para las perspectivas de desarrollo de las economías receptoras, particularmente tratándose de países en desarrollo.

sospechas de corrupción en el arbitraje de tratados de inversión para así poder discernir sus ventajas y limitaciones. En tercer lugar, se examinará con mayor detalle algunas de las principales consecuencias normativas y de política pública que se desprenden del manejo que se le ha dado a la corrupción en el arbitraje de tratados de inversión. Específicamente, se hablará de las tipologías de corrupción más preponderantes en las relaciones inversionista-Estado, el tema de cómo se prueba la corrupción, y las principales críticas a la manera en que los árbitros tratan la corrupción. Finalmente, en la sección de conclusiones se reflexionará sobre cómo los Estados de América Latina podrían contribuir a la gobernanza de la corrupción desde el régimen internacional de las inversiones.

2. INVERSIONES ILEGALES

La buena fe es uno de los principios generales del derecho internacional y a la vez es uno de los principios con mayor importancia en sede de arbitraje de tratados de inversión. En este ámbito, la incidencia de la buena fe se materializa en al menos dos formas. Primero, en relación con las condiciones que deben cumplirse para que un inversor tenga acceso al mecanismo de solución de controversias inversor-Estado. En este ámbito, el principio de buena fe opera para controlar la práctica del *treaty shopping* o búsqueda del tratado más favorable[7], la cual puede configurar un abuso del derecho[8]. Esto sucede, por ejemplo, cuándo mediante una maniobra corporativa de reestructuración en la titularidad de la inversión se adquiere la nacionalidad necesaria para interponer una demanda relativa a una disputa preexistente entre el inversor extranjero y el Estado receptor,

---

7 Esta práctica se refiere a la conducta desplegada por ciertos inversores que deliberadamente adquieren determinada nacionalidad para acceder a los beneficios que un AII confiere a quienes la detentan. *Vid.*: David Aven y otros v. la República de Costa Rica, caso No. UNCT/15/3, laudo final, septiembre 18 de 2018: párr. 223.

8 Varios tribunales arbitrales han equiparado dicha práctica con la doctrina del abuso del derecho que, a su vez, es contraria al principio de la buena fe. *Vid.*: Phoenix Action Ltd. v. la República Checa, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, abril 15 de 2009: párr. 143.

o una disputa que, como mínimo, era predecible que ocurriera cuando se efectuó la maniobra en cuestión (Voon *et al.*, 2014). El segundo, cuando es la inversión propiamente la que se encuentra inmersa en una situación contraria al principio de la buena fe, como cuando las inversiones se obtienen mediante actos de corrupción, fraude o cualquier otro tipo de conducta ilícita.

En este último escenario, el principio general de la buena fe se ha traducido en doctrinas específicas, como la doctrina de las manos limpias, cuyo efecto práctico es no extender la protección sustantiva conforme al derecho internacional que confieren los AII a las inversiones afectadas por la ilegalidad (Kozyakova, 2021). Este resultado podrá expresarse como falta de jurisdicción de los tribunales para dirimir controversias relativas a inversiones rodeadas de ilegalidad, como un argumento del porqué este tipo de reclamaciones deben considerarse inadmisibles, o como fundamento para derivar consecuencias adversas para los inversores cuando se decide el mérito o fondo de la controversia. Esto significa que la cuestión de la ilicitud de una inversión, y las implicaciones jurídicas que se desprenden de ello, puede suscitarse en diferentes etapas de un procedimiento arbitral, tal y como se detalla a continuación.

2.1. Noción objetiva de inversión

Aparte de las cláusulas de legalidad que abordaremos más adelante, existe que una herramienta que permite derivar de la ilicitud de las inversiones consecuencias jurídicas durante la fase jurisdiccional. Esta es la llamada noción objetiva de inversión. En efecto, cabe recordar que el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado que proporcionan los AII fue establecido para dirimir controversias relativas a inversiones. Por consiguiente, verificar que se esté ante una controversia que haya surgido de una inversión hace parte del análisis del requisito jurisdiccional *ratione materiae*. Al respecto, en el caso Abaclat y otros v. la República Argentina se indicó lo siguiente:

> Para que el Tribunal tenga jurisdicción *ratione materiae* en la diferencia, es necesario que esta, tal como la define el texto de las reclamaciones, guarde relación con una inversión. Por lo tanto, la cuestión de la definición del concepto de inversión es pertinente, en esa medida,

> en este estadio de la consideración de la cuestión de la jurisdicción (2011: 136).

En este sentido, cuando un Estado propone la excepción preliminar de falta de jurisdicción alegando que la demanda no se refiere a una inversión, el estándar legal más aceptado por los tribunales de arbitraje de inversiones para dilucidar el alcance del término "inversión" implica efectuar un doble examen. Este consiste en verificar, primero, que se satisfaga la definición específica de lo que constituye una inversión a la luz del texto del tratado. Sobre el particular, cabe recalcar que la función de la cláusula de legalidad es cualificar la noción de inversión que se desprende del tratado. Segundo, debe satisfacerse lo que los árbitros catalogan como la noción objetiva de inversión, la cual se desprende, bien de una interpretación teleológica de la Convención CIADI, o del sentido corriente del término "inversión" (García-Bolívar, 2011).

Efectivamente, el Art. 25 de la Convención CIADI constituye el punto de partida para discernir el alcance del concepto objetivo de inversión. Así, aunque dicha disposición no dice expresamente qué debe entenderse por inversión, los árbitros han identificado, a partir de su contenido, una serie de características que ayudan a delinear los contornos del concepto objetivo de inversión. En este orden, el tribunal más influyente en cuanto a identificar los criterios a partir de los cuales se comprueba si se está en presencia de una inversión ha sido el del caso Salini v. Marruecos (2011). Este adujo que la existencia de una inversión debe establecerse a partir de la concurrencia de los siguientes factores: a) que haya habido una contribución por parte del inversor, factor que posteriores tribunales han entendido de manera amplia, aunque cualificándola en el sentido de que debe ser sustancial; b) durante cierta duración; c) que la operación conlleve la asunción de riesgo por parte del inversor; y d) que la inversión contribuya al desarrollo económico del Estado receptor (*Ídem.)*.

No obstante, otros tribunales han complementado el estándar legal establecido por el tribunal Salini, agregando nuevos factores que pueden ser tenidos en cuenta para determinar si se cumple con la noción objetiva de inversión. Particularmente, en el caso Phoenix v. la República Checa (2009) el tribunal puntualizó que una inversión

debe ser de buena fe y conforme al derecho interno del Estado receptor. Igualmente, en Cortec Mining v. Kenia el tribunal manifestó que "es jurisprudencia aceptada que para ser protegida una inversión tiene que ser conforme a las leyes del Estado anfitrión y realizada de buena fe." (2018: 108). El tribunal de este caso emprendió la labor de analizar si hubo falta de buena fe en relación con la inversión de la parte demandante, particularmente dado que, según Kenia, el título minero había sido obtenido de manera fraudulenta y mediante actos de corrupción.

En suma, lo que queremos denotar es que el efecto de considerar la licitud de las inversiones como parte de la definición objetiva de inversión conduce en términos prácticos a un efecto similar al que tienen las cláusulas de legalidad. En ambos casos, se excluye la jurisdicción del tribunal arbitral por la falta del requisito *ratione materiae*. En este orden, adquiere importancia la defensa de los llamados criterios Salini como parte de una concepción de inversión que implique una contribución al desarrollo económico y social de los países receptores. Esto con miras a configurar un argumento que permita excluir a las inversiones rodeadas de actos de corrupción de dicho concepto objetivo, habida cuenta de la manera en que la corrupción obstaculiza el desarrollo.

2.2. La ilegalidad como una objeción a la jurisdicción de los tribunales de arbitramento: umbral de relevancia de la normativa transgredida para el Estado receptor y umbral de gravedad del comportamiento ilícito del inversionista

En el curso del procedimiento arbitral, el primer momento en el que la cuestión de la ilicitud de la inversión entra en juego es cuando el tribunal de arbitraje debe determinar su jurisdicción para conocer la demanda que ha sido interpuesta con fundamento en un AII. Correlativamente, lo usual es que la ilicitud que rodea a una inversión salga a flote a raíz de la objeción a la jurisdicción del tribunal invocada por el Estado demandado. Efectivamente, los Estados suelen alegar la ilicitud como primera línea de defensa con el fin de controvertir la jurisdicción del tribunal, principalmente cuando el AII con

fundamento en el cual ha sido formulada la demanda contiene una cláusula de legalidad[9].

Se trata de disposiciones que normalmente se encuentran contenidas en los AII, por las que las partes contratantes del tratado definen expresamente a las inversiones protegidas por este como aquellas obtenidas o realizadas conforme a las leyes del Estado receptor. Por consiguiente, su efecto es el de cualificar las inversiones amparadas por el tratado, circunscribiéndolas solo a aquellas realizadas de conformidad con la legislación nacional del Estado anfitrión. Seguidamente, para determinar si tiene jurisdicción, un tribunal no solo debe constatar que el requisito de *ratione materiae* esté satisfecho en función del conjunto de activos o transacciones que el tratado catalogue como inversiones protegidas, sino que, además, debe verificar que cualquiera de estos se haya procurado cumpliendo las distintas leyes y reglamentos que componen el ordenamiento jurídico interno del Estado receptor[10]. Por lo tanto, el efecto de estas cláusulas es que el requisito de *ratione materiae* no se considere cumplido cuando la inversión haya sido procurada de manera tal que se infringió el derecho interno. Es así que estas cláusulas limitan el alcance de la cobertura de los AII (Kozyakova, 2021). Al respecto, en el caso Inceysa v. El Salvador el tribunal manifestó lo siguiente:

> Como ha sido explicado, los Estados signatarios de un acuerdo de protección recíproca de inversiones gozan de amplias facultades para limitar su consentimiento únicamente a aquellas controversias que reúnan las características que ellos hayan señalado. De este modo, es perfectamente válida y común que los Estados excluyan de su consentimiento a la jurisdicción del Centro cierto tipo de diferencias, impongan determinados requisitos para que las inversiones realizadas en su territorio por un inversionista del otro Estado parte, gocen de la protección del acuerdo de que se trata y limiten su consentimiento solo a aquellas que se ubiquen dentro de los límites señalados en ese acuerdo (2006: 56).

---

9 Al respecto, véase: Gustav FW Hamester GmbH & Co KG v. la República de Ghana, Caso CIADI No. ARB/07/24, laudo, junio 18 de 2010: párr. 125.

10 *Vid.*: Alasdair Ross Anderson y otros v. la República de Costa Rica, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/3, laudo, mayo 19 de 2010: párr. 47-51.

Del anterior extracto se desprende que otro fundamento de la interpretación que se le da a una cláusula de legalidad guarda relación con los límites del consentimiento para arbitrar que prestaron los Estados suscribientes del AII que contiene dicha cláusula. Efectivamente, la ilegalidad de una inversión tiene que ver con las expectativas de los Estados parte, quienes prestan su consentimiento para ser demandados en sede de arbitraje bajo el entendido de que las eventuales demandas que sean formuladas en contra suya versarán únicamente sobre activos o transacciones que no estén afectados por algún tipo de ilicitud. Así, cuando se constata que un inversor extranjero incurrió en algún tipo de ilicitud, se entiende que cualquier reclamación concerniente a sus inversiones rebasará los límites del consentimiento para arbitrar prestado por el Estado sujeto de la demanda. Por ende, la controversia estará por fuera del ámbito del consentimiento para arbitrar otorgado por el Estado demandado y, por ende, sobrepasará la jurisdicción del tribunal.

No obstante, la práctica arbitral revela que los tribunales de arbitraje tienden a hacer una lectura restrictiva del contenido de las cláusulas de legalidad. En Quiborax v. Bolivia (2014), el tribunal señaló que estas requieren ser interpretadas para determinar a qué tipo de infracciones a la ley se refieren. Según este mismo tribunal, los límites al alcance de tales cláusulas pueden concebirse desde dos ángulos: uno material y el otro temporal (*Ídem.*). Los límites materiales implican que las alegaciones de ilegalidad tengan relación con el incumplimiento significativo de disposiciones de derecho interno que regulan la inversión. Es decir, dicho incumplimiento debe revestir cierta gravedad o seriedad, por lo que no podrá tratarse de simples errores concernientes a la observancia de formalidades requeridas conforme al derecho interno[11]. De manera similar, en Metal-Tech v. Uzbekistán (2013) el tribunal señaló que estas cláusulas abarcan infracciones no triviales del ordenamiento jurídico interno, incluido el correspondiente régimen de inversiones extranjeras del Estado anfi-

---

11 *Vid.*: Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. v. la República de Albania, Caso CIADI No. ARB/11/24, laudo, marzo 30 de 2015: párr. 481-494.

trión; y actuaciones fraudulentas orientadas a asegurar los beneficios de la inversión.

Contrariamente, en Saba Flakes v. Turquía (2010) el tribunal tomó una postura más restrictiva acerca de los límites materiales del alcance de las cláusulas de legalidad. En opinión del Tribunal, el requisito de legalidad establecido por el tratado que regulaba la controversia en cuestión únicamente se refería al cumplimiento de leyes y reglamentos internos que regían lo concerniente a la admisión de las inversiones. Así, el tribunal se mostró en desacuerdo, por considerarlo contrario al objeto y propósito de los AII, con negarle la protección sustantiva a aquellas inversiones que infrinjan normas internas cuya naturaleza no esté relacionada con la regulación de las inversiones (*Ídem.*).

Sin embargo, ante la falta de un marco conceptual que permita distinguir con claridad aquellas situaciones que objetivamente pueden considerarse como infracciones graves del derecho interno, cada tribunal es el llamado a valorar, caso a caso, la gravedad del comportamiento del inversor que se le pone de presente. Para tal efecto, vale la pena resaltar el estándar legal propuesto por el tribunal en el caso Kim v. Uzbekistán (2017). Este razonó que, precisamente porque el significado ordinario de la expresión "inversiones realizadas en cumplimiento de la legislación interna" que se encontraba consagrada en el tratado base parecería ser demasiado amplio, era necesario establecer los límites del requisito de legalidad que se desprendía de ella, sobre todo a partir de la interpretación del objeto y fin del tratado, tal y como se estipulaba en su preámbulo (Ibid.: 96). En opinión del tribunal, esto implicaba darle peso tanto al objetivo establecido en el preámbulo acerca de promover las relaciones económicas entre los Estados mediante la garantía de un marco de inversión estable, así como considerar que negarle la aplicación del tratado en su totalidad a una inversión cuando esta no se realizó según el derecho interno, constituye una dura consecuencia jurídica cuya aplicación debe guiarse por el principio de la proporcionalidad (*Ídem.*).

Consecuentemente, el tribunal manifestó que la aplicación del requisito de legalidad estipulado en el tratado requería efectuar, caso por caso, un ejercicio de ponderación o equilibrio. En este deberá examinarse, tanto la gravedad de la conducta ilícita en la que habría

incurrido el inversor, como la importancia que para el Estado receptor reviste la norma o regulación infringida; cerciorándose además de que la dureza de la decisión de dejar sin protección legal internacional a una inversión es realmente una consecuencia proporcionada a la violación del derecho interno que está de presente (*Ibid.*: 93). Así, según este mismo tribunal, como corolario del análisis combinado de la gravedad de la conducta del inversor y la importancia de la disposición de derecho interno que habría sido infringida, el requisito de legalidad solo conduciría a negarle la protección jurídica conforme al tratado a una inversión cuando, a raíz de la ilicitud, se ha visto comprometido un interés significativo del Estado anfitrión (*Ídem.*).

A continuación, el tribunal aclaró que la aplicación del requisito de legalidad implica agotar tres etapas (*Ibid.*: 94). Primero, se debe evaluar la importancia de la obligación emanada del derecho interno que se alega ha sido infringida por el inversor (*Ídem.*). Segundo, se debe evaluar la gravedad de la conducta ilícita en la que se encuentra inmersa la inversión (*Ídem.*: 95). Tercero, se debe evaluar, a la luz de la importancia de la disposición infringida y la gravedad de la conducta del inversor, si un interés importante del Estado se ha visto comprometido, al punto de justificar el que se le despoje a la inversión de toda protección conforme al tratado (*Ídem.*). Desde esta óptica, se asegura que la pérdida de protección jurídica realmente constituya una respuesta proporcionada a la infracción del derecho interno. El tribunal profundizó en su análisis al manifestar que, en la primera etapa, se deben considerar factores como el grado de sanción previsto como consecuencia por la comisión de la conducta ilícita. Así, cuando tal consecuencia sea de tipo penal o suponga que un acto jurídico se considere absolutamente nulo, se tendrá como un indicio de mayor gravedad. Otro factor para tener en cuenta en esta primera etapa, de acuerdo con lo manifestado por el tribunal, es que las autoridades del Estado anfitrión hayan decidido no investigar o perseguir penalmente la conducta en cuestión (*Ibid.*: 94). Por su parte, en la segunda etapa deben tenerse en consideración factores como: (a) que la normatividad contravenida admita un umbral de tolerancia y que este haya sido rebasado; (b) que el inversor haya actuado con intención o dolo; (c) el grado de claridad de la normatividad transgredida; (d) que las autoridades del Estado anfitrión

hayan tolerado de alguna manera la infracción; o (e) la conducta subsiguiente que haya sido adoptada por el inversionista (*Ibid.*: 95).

Finalmente, con respecto a la tercera etapa el tribunal manifestó que el principal indicio para discernir si un interés significativo del Estado se vio comprometido, es que la consecuencia jurídica de la violación, según lo preceptuado por el derecho interno, sea de una gravedad proporcional a la dureza que supone el denegar a la inversión el acceso a la protección del tratado (*Ídem.*). Luego de aplicar este marco analítico de tres etapas, el citado tribunal decidió por mayoría que Uzbekistán no había demostrado que el incumplimiento de varias obligaciones emanadas del derecho interno comprometiese un interés significativo estatal que justificara, como respuesta proporcionada, despojar a las inversiones de la parte demandante de la protección que les concedía el AII (*Ibid.*: 117; 130).

En contraste, en el caso Cortec Mining v. Kenia (2018), el tribunal aplicó el marco analítico desarrollado en *Kim v. Uzbekistán* con mayor éxito para los intereses del Estado. En particular, el tribunal encontró que privar a la inversión de la protección legal que le era conferida por el tratado sí constituía una respuesta proporcionada, habida cuenta de que la inversión, una concesión minera, fue obtenida mediante fraude a la ley y en desconocimiento de las regulaciones medioambientales del Estado keniano.

Por su parte, los límites temporales que los tribunales de arbitraje le atribuyen al contenido de las cláusulas de legalidad se refieren a que la ilicitud que se alega guarde relación con eventos que hayan ocurrido cuando el inversionista estableció o adquirió la inversión. Al respecto, en Hamester v. Ghana (2010) el tribunal distinguió entre la ilicitud que se presenta al inicio de un proyecto de inversión de aquella que se relaciona con su ejecución, restringiendo el efecto de las cláusulas de legalidad solo al primer evento. De hecho, varios tribunales de arbitraje han hecho una lectura similar del ámbito temporal de las cláusulas de legalidad incluso cuando estas contienen un lenguaje jurídico ambiguo. Uno de estos casos es Metal-Tech v. Uzbekistán (2013), en el que el tratado base establecía que las inversiones debían ser "implementadas" de conformidad con el derecho interno. Aplicando un razonamiento bastante confuso, el tribunal determinó que, en relación con los activos catalogados por el tratado

como inversiones, la expresión "implementar" hacía alusión exclusivamente al momento en que estos habían sido adquiridos, sin extenderse al manejo ulterior que se hiciera de ellos.

Recapitulando, la ilicitud de la inversión normalmente sirve de base en la articulación de argumentos sobre porqué los tribunales carecen de jurisdicción para dirimir las demandas de inversión. Esto sucede, especialmente, cuando el AII cuya infracción se alega cualifica a las inversiones protegidas en el sentido que cumplan con las prescripciones emanadas de las leyes y reglamentos del Estado receptor. Por consiguiente, el efecto de las cláusulas de legalidad es que una inversión solo gozará de protección jurídica en el plano internacional cuando satisface los requerimientos de carácter sustantivo y procedimental consagrados en el derecho interno. No obstante, la manera en que los tribunales interpretan las cláusulas de legalidad indica que existe un umbral tanto de relevancia para el Estado receptor de la normativa objeto de infracción como de gravedad relativo al comportamiento ilícito del inversor a partir del cual se activan los efectos de aquellas.

En este sentido, Kozyakova (2021) se refiere a cómo los tribunales de arbitraje han considerado de manera casi unánime que la corrupción representa una infracción grave del derecho interno y que, por ende, está comprendida dentro del espectro de las cláusulas de legalidad. Por ejemplo, en Quiborax v. Bolivia (2014) el tribunal manifestó que tanto los actos de corrupción como de fraude deben considerarse como infracciones graves del derecho interno.

Sin embargo, tales actos deberán tener ocurrencia al momento en que se establece o adquiere la inversión. La razón es la manera en que los tribunales entienden el ámbito temporal de las cláusulas de legalidad, que apunta a que estas únicamente excluyen del concepto de inversión protegida por un AII a los activos o transacciones económicas que desde el principio del proyecto de inversión estuvieran contaminados por la ilicitud. En este sentido, las infracciones subsecuentes al derecho interno que ocurren durante la operación de la inversión, incluso tratándose de actos de corrupción, no suelen afectar la jurisdicción del tribunal. Sin embargo, como se expondrá más adelante, las infracciones subsecuentes al derecho interno sí pueden

erigirse como un factor relevante al momento en que este decida sobre el fondo o mérito de la controversia[12].

2.3. La ilegalidad como una cuestión de inadmisibilidad de la demanda o relativa al fondo de la controversia

Según varias decisiones proferidas en sede de arbitraje de tratados de inversión, incluso cuando los AII no contemplen expresamente un requisito de legalidad como elemento que cualifique el concepto de inversiones protegidas, las inversiones afectadas por la ilicitud no deben ser objeto de protección sustantiva conforme al AII aplicable. Por ejemplo, en Plama v. Bulgaria (2008), el tribunal afirmó que, independientemente de que el Tratado de la Carta de la Energía (TCE) no contemplara una cláusula de legalidad, la protección conferida por este instrumento internacional no debía extenderse a las inversiones obtenidas mediante contravenciones del derecho interno, puesto que ello sería contrario al principio de la buena fe. Igualmente, este tribunal efectuó una interpretación teleológica del tratado, concluyendo que, como parte de su objeto y propósito era promover el Estado de derecho, no sería consecuente con dicho fin el concederles protección legal a las inversiones ilícitas (*Ídem.*). Por último, hizo mención del principio *auditur propriam turpitudinem allegans* y al orden público internacional para reafirmar que las inversiones obtenidas ilegalmente no debían beneficiarse del contenido sustantivo del tratado (*Ídem.*).

De manera parecida, en Yukos v. Rusia (2014) el tribunal sostuvo que, a partir de una lectura del TCE fundada en la buena fe y teniendo en cuenta su objeto y propósito, no debería permitírsele a un inversor que haya obrado de mala fe o en violación de las leyes del Estado anfitrión beneficiarse de la protección sustantiva conferida por dicho instrumento internacional. En este contexto, la doctrina de la legalidad referente a las inversiones ha adquirido cierta independencia frente al lenguaje jurídico de los tratados, convirtiéndose en una

---

12 *Vid.*: Gustav FW Hamester GmbH & Co KG v. la República de Ghana. Caso CIADI No. ARB/07/24, Junio 18 de 2010: párr. 129-131.

cuestión que puede ser resuelta con base en los principios generales del derecho internacional, concretamente el de la buena fe.

Efectivamente, como se verá a continuación, cuando el AII aplicable no contiene un requisito expreso de cumplimiento de las leyes del Estado anfitrión, los árbitros suelen partir del principio de la buena fe para articular argumentos sobre por qué una inversión afectada por algún tipo de ilicitud no debe ser objeto de una protección legal efectiva conforme al derecho internacional. En este orden, el efecto de denegarles a estas inversiones la protección sustantiva del AII se logra bien sea declarando que la reclamación del inversionista es inadmisible, o bien teniendo en consideración su actuar indebido al momento de decidir el fondo o mérito de la controversia.

2.3.1. La ilicitud como causa de inadmisibilidad de la demanda

En el derecho internacional hay una clara diferencia entre objetar la jurisdicción de un tribunal e invocar que una demanda es inadmisible (Newcombe 2011; Douglas, 2009). Lo primero implica que el tribunal carezca de la potestad para conocer de una controversia con miras a dirimirla, por una razón que puede estar relacionada con las partes del litigio, su objeto, o ámbito temporal. Por el contrario, cuando se habla de inadmisibilidad se presupone que el tribunal sí tiene el poder de adjudicar sobre la reclamación que tiene de presente. Sin embargo, debido a una razón de peso sobreviniente, resulta imperioso que el tribunal decline ejercer ese poder[13]. Expresado de otra manera, cuando se alega la inadmisibilidad se está frente a un motivo por el que sería inapropiado que el tribunal entrara a decidir sobre el mérito o fondo de una controversia, a pesar de tener, en principio, jurisdicción sobre la misma.

Como se expuso en la subsección anterior, los aspectos relacionados con la ilicitud de las inversiones generalmente se tramitan como objeciones jurisdiccionales. Esto sucede, principalmente, luego de dársele operatividad a las cláusulas de legalidad contenidas en ciertos

---

13 *Vid.*: Copper Mesa Mining Corporation v. la Republica de Ecuador, Caso PCA No. 2012-2, laudo, marzo 15 de 2016: párr. 5.62.

AII. Ahora bien, cuando el tratado aplicable no contiene este tipo de cláusulas, el tribunal arbitral puede recurrir a la institución de la inadmisibilidad con el fin de denegar la protección sustantiva conferida por dicho instrumento a las inversiones que estén afectadas por la ilicitud. Es decir que, frente a las inversiones ilegales, la inadmisibilidad tiene aplicación como una alternativa a la falta de jurisdicción, especialmente en los casos en los que los inversores extranjeros actúan de manera contraria al principio de la buena fe. No obstante, para sustanciar la decisión de declarar inadmisible una demanda los tribunales de arbitraje de tratados de inversión no se quedan solo en la buena fe, sino que emplean diferentes conceptos que apuntan a que la existencia de un requisito implícito de legalidad de la inversión en el derecho internacional general, el cual opera independientemente del contenido del tratado (Newcombe, 2011).

Por ejemplo, en Al-Warraq v. Indonesia (2014), el tribunal analizó las alegaciones de ilegalidad formuladas por el Estado con base en una cláusula de legalidad que explícitamente abarcaba la etapa de ejecución del proyecto de inversión. El tribunal concluyó que el inversionista había violado las leyes y regulaciones de Indonesia, privándose así de los beneficios conferidos por el tratado (*Ídem.*). Sin embargo, en lugar de desestimar la reclamación por motivos jurisdiccionales, el tribunal manifestó que esta era inadmisible, para lo cual se basó en la doctrina de las manos limpias (*Ídem.*). Así, aunque el tribunal previamente había establecido que Indonesia trató al inversor de una manera contraria al estándar de trato justo y equitativo (TJE), el comportamiento del inversor impedía que su reclamación fuera admisible (Ídem).De acuerdo con Dumberry y Dumas-Aubin (2012), la doctrina de las manos limpias se refiere al principio por el que, por razones de equidad, una parte no puede solicitar una reparación si con su comportamiento ha infringido el derecho internacional o no ha obrado conforme al principio de equidad.

Sin embargo, no todos los tribunales reconocen la aplicabilidad de la doctrina de las manos limpias. En Yukos (2014) el tribunal debía decidir sobre las alegaciones de comportamiento ilegal y de mala fe a cargo del inversor, las cuales habían sido expuestas por Rusia e incluían infracciones al derecho societario de ese país y maniobras de evasión y elusión de impuestos. Como el TCE en tanto tratado

aplicable no incluye referencias a la doctrina de las manos limpias, el tribunal analizó si la misma puede considerarse como un principio general del derecho internacional en los términos del art. 38(1)(c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (*Ídem.*). Al respecto, la conclusión del tribunal fue que no existe evidencia de que la doctrina de las manos limpias constituya un principio general del derecho que impida una reclamación de un inversor (*Ídem.*).

Por otro lado, en Churchill Mining v. Indonesia (2014), se desestimó de plano la reclamación del inversor tras constatarse que la inversión había sido obtenida irregularmente, puesto que recaía sobre títulos mineros falsos. Para sustanciar su postura, que fue formulada como un tema de inadmisibilidad, el tribunal se valió de conceptos tales como el orden público internacional, la buena fe y el abuso del derecho (*Ídem.*). Ciertamente, el revisar la jurisprudencia sobre la inadmisibilidad fundada en la ilegalidad de la inversión, se percibe que el concepto de orden público internacional es mencionado con regularidad. Marcoux (2020) menciona que el orden público internacional ha sido entendido como valores e intereses no ligados a un ordenamiento jurídico específico y cuya protección goza de consenso internacional. Específicamente, este autor cita a la Asociación de Derecho Internacional, para quien el orden público internacional comprende, entre otros elementos, principios de justicia universal y el ius cogens. Asimismo, para el autor existe consenso internacional acerca de que la corrupción es contraria al contenido del orden público internacional (*Ibid.*: 3).

En este contexto, en World Duty Free v. Kenia (2006) el tribunal habló del orden público internacional como una serie de estándares de conducta con aceptación universal en torno a los cuales convergen diversos ordenamientos jurídicos nacionales. Según este tribunal, obtener una inversión mediante la práctica del soborno resulta contrario a tales estándares de conducta. Igualmente, en Inceysa v. El Salvador (2006), el tribunal definió al orden público internacional como aquel "constituido por el conjunto de principios fundamentales que constituyen la esencia misma del Estado, y tiene como función esencial la de preservar los valores del ordenamiento jurídico internacional contra actuaciones contrarias a ellos" (*Ídem.*: 75). Para este tribunal, el respeto al principio de legalidad es una cuestión de

orden público internacional que supone no extender la protección de los AII a derechos nacidos con ocasión de la comisión de comportamientos ilegales (*Ídem.*).

Mención aparte merece el caso David Aven y otros v. Costa Rica (2018). Como lo señala Tamayo-Álvarez (2020b), Costa Rica inicialmente impugnó la jurisdicción del tribunal alegando que los inversores ejecutaron ilícitamente un proyecto de desarrollo inmobiliario. Concretamente, Costa Rica argumentó que los inversores ocultaron información relativa a la existencia de ecosistemas protegidos en el sitio del proyecto, engañando así a las autoridades encargadas de expedir los permisos y las licencias ambientales correspondientes. Además, Costa Rica afirmó que los inversores realizaron obras que destruyeron los ecosistemas protegidos. Sin embargo, estas alegaciones fueron luego reformuladas como una impugnación a la admisibilidad de la demanda, en parte porque el tratado base no contiene una cláusula de legalidad (Tamayo-Álvarez, 2020b). No obstante, el tribunal rechazó la tesis de la inadmisibilidad esgrimida por Costa Rica. A esta conclusión llegó tras observar que no existía prueba alguna en el expediente de la comisión de algún tipo de fraude o de infracciones de las regulaciones costarricenses en materia medioambiental durante el establecimiento de la inversión (Aven v. Costa Rica, 2018).

En efecto, el tribunal consideró que las acciones de los inversores que supuestamente ocasionaron un daño sobre ecosistemas frágiles estuvieron relacionadas con la ejecución del proyecto de inversión (*Ídem.*). Específicamente, tenían relación con la obtención de permisos y licencias ambientales y con la posterior ejecución de las obras en el emplazamiento del proyecto. Consecuentemente, esta decisión está alineada con la jurisprudencia que sigue un enfoque restringido frente al alcance temporal de las cláusulas de legalidad. Desde esta perspectiva mencionada atrás, la conducta ilícita del inversor capaz de crear una excepción a la jurisdicción del tribunal es únicamente aquella que tiene lugar al momento en que se establece o adquiere la inversión. Así, tratándose de proyectos de inversión de tracto sucesivo, no se tiene en cuenta la ilegalidad que se manifiesta en etapas posteriores del proyecto de inversión (Tamayo-Álvarez, 2020b).

Para finalizar esta subsección, mencionamos que, según Kozyakova (2021), el hecho de no extender la protección de un AII a las inversiones ilegales con fundamento en la inadmisibilidad tiene un mayor peso, desde el punto de vista simbólico, que hacerlo producto de la falta de jurisdicción del tribunal. Para esta autora, la no protección de una inversión por falta de jurisdicción no constituye una sanción frente al comportamiento indebido del inversor, sino una respuesta técnica ante la comprobación de que falta algún requisito jurisdiccional. Por el contrario, la autora cita a Newcombe & Paradell (2009) para quien la decisión de declarar inadmisible una reclamación produce un efecto "educativo" ya que el tribunal opta por no resolver el fondo de la controversia cuando pudiera hacerlo. Así, para Kozyakova (2021), declarar que la demanda es inadmisible por la ilicitud de la inversión envía un mensaje más fuerte a los inversores de que los árbitros no patrocinarían que una inversión rodeada de ilicitud sea protegida conforme al derecho internacional.

2.3.2. La conducta del inversor cuando se decide el fondo de la controversia

Tratadistas como Douglas (2014) y tribunales como el del caso Malicorp v. Egipto (2011), consideran que la ilegalidad de la inversión debería tratarse en la etapa de fondo del procedimiento arbitral. Esto a raíz del principio de autonomía del acuerdo arbitral, cuyo efecto es que los vicios propios del instrumento jurídico que crea los derechos y obligaciones de índole sustantiva que son materia de adjudicación en un arbitraje no deben extenderse al instrumento que contiene el ofrecimiento o consentimiento para arbitrar. En consonancia, algunos tribunales han optado por examinar las alegaciones de ilicitud al momento de emitir la decisión de fondo. Con base en decisiones arbitrales que han puesto el foco de atención en el comportamiento de los inversores, Muchlinski (2006) extrae un cúmulo de deberes concretos que todo inversor debe satisfacer para que sus pretensiones sean recibidas favorablemente en sede de arbitraje. En particular, el autor se refiere a los deberes de abstenerse de incurrir en conductas negligentes, de tener un conocimiento adecuado

de los riesgos que supone invertir, o de gestionar la inversión de un modo razonable.

Afín a la anterior postura, Viñuales (2017) considera que la falta de debida diligencia del inversor ha dado pie para que los tribunales justifiquen decisiones que resultan favorables a los intereses de los Estados o en las que se refuta el que las expectativas legítimas albergadas por los demandantes admiten ser catalogadas de razonables. Esto sugiere que, cuando se deciden alegaciones de ilegalidad durante la etapa del fondo o méritos, los tribunales parecen propensos a enmarcar las infracciones del derecho interno como si se tratara de una falta de debida diligencia en la que incurre el inversionista demandante. Por ejemplo, en David Aven v. Costa Rica (2011), una de las cuestiones a decidir era si los inversores debían ser responsabilizados por un daño causado a ecosistemas protegidos (Tamayo-Álvarez, 2020b). Concretamente, Costa Rica alegó que los inversores les ocultaron a las autoridades competentes información sobre la presencia de tales ecosistemas en los predios en los que se llevaría a cabo el proyecto de inversión.

El tribunal razonó que, conforme al principio de precaución, a los reclamantes les asistía el deber de revelar toda la información disponible sobre la presencia de ecosistemas protegidos. Al no hacerlo, los inversores no actuaron de buena fe, engañando a las autoridades al proporcionarles información inexacta con base en la cual les fueron concedidos los permisos ambientales correspondientes. En consecuencia, el tribunal desestimó las pretensiones de los demandantes (David Aven v. Costa Rica, 2011). No obstante, a pesar de haber constatado la ocurrencia de afectaciones al medio ambiente ocasionadas por las obras que los inversionistas habían ejecutado, pareciera que la principal razón por la que estos perdieron la demanda obedeció a su falta de debida diligencia (Tamayo-Álvarez, 2020b). Concretamente, de acuerdo con lo manifestado por el tribunal, a la incapacidad de contratar asesoría jurídica que le permitiese informarse adecuadamente acerca de la responsabilidad que tenían de revelarles información precisa a las autoridades regulatorias costarricenses (David Aven v. Costa Rica, 2011). Este tipo de razonamiento puede resultar contraproducente, ya que presenta a las actuaciones ilícitas de los inversionistas, como la infracción de normas medioambientales, como

si se tratara de una simple falta de cuidado en la conducción de negocios (Tamayo-Álvarez, 2020b).

Además de cuando les da a los árbitros argumentos para desestimar en sus decisiones las pretensiones formuladas por los inversionistas, otra manera en que el comportamiento indebido por parte de estos puede llegar a generar efectos en la etapa de fondo es bajo el concepto de culpa concurrente. Es decir, cuando hay un nexo causal entre el daño o perjuicio resultante de un hecho internacionalmente ilícito y la parte que lo sufre. Así, en Yukos v. Rusia (2014) el cúmulo de las conductas ilícitas que rodeaban la inversión tuvo un impacto en la evaluación que el tribunal hizo de la obligación de reparar que le concernía a Rusia luego de encontrar que este Estado había infringido el respectivo tratado. De modo similar, en Cooper Mesa v. Ecuador (2016) el tribunal se apoyó en la doctrina de las manos limpias al momento de argumentar que los propios actos y omisiones del inversor contribuyeron al perjuicio que le fue causado por el accionar del Estado.

Como conclusión preliminar, se tiene que la doctrina de la legalidad existente en el arbitraje de tratados de inversión se refiere fundamentalmente al comportamiento del inversionista. En este sentido, la ilegalidad, entendida bien sea como una infracción directa a la ley del Estado anfitrión o como un comportamiento del inversor que resulta contrario al principio de la buena fe, suele tratarse como una excepción formulada por los Estados. Específicamente, la legalidad de la inversión puede ser un aspecto por considerar al examinar que el tribunal sí tenga jurisdicción. En tal escenario, la ilicitud conducirá a que el tribunal carezca de jurisdicción cuando se afecta un requisito jurisdiccional, tal y como ocurre con las cláusulas de legalidad que determinan el alcance del requisito *ratione materiae*. Además, la ilicitud de la inversión puede derivar en que la demanda sea inadmisible, o simplemente convertirse en un factor con peso al decidir sobre el mérito o fondo de la controversia. A pesar de esta diversidad de caminos, la lógica común es que la protección jurídica conforme a un AII no se extienda a las inversiones ilegales. Además, el espectro de los argumentos que pueden esgrimirse en las diferentes etapas del procedimiento arbitral en que se examina la licitud de la inversión suele ser amplio, comprendiendo desde la aplicación de cláusulas de

ilegalidad hasta la falta de la debida diligencia del inversor, pasando por la afectación del principio de la buena fe, el orden público internacional o la doctrina de las manos limpias.

Sin embargo, el principal límite del que adolece la doctrina de la legalidad es que en varias decisiones, los tribunales de arbitraje han optado por circunscribir su aplicación a las actuaciones ilegales que se relacionan con el establecimiento o adquisición de la inversión. Por lo tanto, las actuaciones ilegales posteriores al momento en que haya sido procurada la inversión en las que incurran los inversionistas solo tienen relevancia si el tribunal elige darles alguna injerencia o peso al decidir sobre el fondo de la controversia. Esto puede suceder si se considera la ilicitud del inversor bien como una razón para denegar sus pretensiones o como una forma de reducir la indemnización a la que este tenga derecho. En todo caso, esta doctrina no es unánime y existen varias posiciones en la doctrina y los laudos al respecto (Martsekis, 2019).

3. LA CORRUPCIÓN COMO FUENTE DE LA ILEGALIDAD DE LA INVERSIÓN

En la sección anterior se evidenció la manera en que la ilicitud relativa a una inversión conduce a que esta no goce de la protección sustantiva conferida por un AII. A continuación, se describirán brevemente algunos casos en que la ilicitud de la inversión estuvo relacionada con actos de corrupción.

3.1. World Duty Free v. Kenia

En este caso la inversión estaba comprendida por un contrato para la construcción, mantenimiento y operación de locales comerciales en aeropuertos kenianos (World Duty Free v. Kenia, 2006) De acuerdo con Kenia, el contrato no era válido porque había sido obtenido a través del soborno del Presidente de la Nación que ejercía el cargo cuando aquel fue negociado (*Ídem.*). Ciertamente, el propio inversor reconoció haberle entregado al entonces Presidente, a título de "donación personal", la suma de dos millones de dólares (*Ídem.*).

Según el inversor, esto obedeció a razones protocolarias, concretamente, se trató de un *Harambee* que, según la costumbre local, es una institución en la que se le entregan recursos a un líder popular para que realice obras para la comunidad (*Ídem.*). Consecuentemente, si bien el inversor reconoció haber hecho entrega del dinero, adujo no tener conocimiento de que al hacerlo estaba cometiendo una conducta delictiva. También adujo que Kenia no debería sacar provecho de un soborno que tuvo como parte pasiva el propio presidente de la Nación (*Ídem.*).

El tribunal abordó la cuestión del presunto acto de corrupción al decidir sobre el fondo de la controversia[14]. Lo particular del asunto, como se mencionó, es que el inversor no negó haber hecho entrega del dinero al presidente. En lo que las partes diferían era en cómo debía caracterizarse tal suceso: si como la manifestación de una práctica cultural, o como la comisión de un delito (*Ídem.*). Basándose en factores como la secrecía con que fue efectuado el pago, el tribunal determinó que no se trató de lo primero, sino de una maniobra intencionalmente orientada a lograr una audiencia con el presidente y, a la postre, que el gobierno aceptara adjudicar el contrato (*Ídem.*). Luego, el tribunal encontró que la conducta del inversor configuraba el delito de cohecho, tal y como estaba tipificado en el ordenamiento jurídico interno de Kenia. Consiguientemente, el contrato no podía hacerse exigible jurídicamente. Frente a ello, el tribunal manifestó que ello iría en contra del concepto de orden público internacional y de los principios generales del derecho (*Ídem.*).

3.2. Glencore v. Colombia

En este caso la controversia tuvo origen en la negociación y posterior ejecución de una modificación a un contrato de concesión minera (Glencore v. Colombia, 2019). Dicho contrato fue celebrado entre el Estado colombiano y Prodeco, empresa constituida en Colombia,

---

[14] Cabe anotar que, contrario al resto de casos de arbitraje de inversiones que se mencionan a lo largo de este texto, la controversia en World Duty Free v. Kenia no tuvo origen en la cláusula de solución de diferencias de un AII, sino en la cláusula compromisoria del contrato entre las partes.

pero que posteriormente fue adquirida por Glencore, una multinacional del sector minero-energético con sede en Suiza (*Ídem.*). La modificación del contrato, denominada a lo largo del laudo arbitral como la "Octava Enmienda", introdujo una nueva fórmula para el cálculo de regalías (*Ídem.*). Para Glencore y Prodeco, la nueva fórmula fue beneficiosa para ambas partes del contrato, particularmente, porque le permitió al inversor destinar al proyecto recursos adicionales que incrementaron la producción en la mina. Por consiguiente, si bien Prodeco percibiría mayores utilidades, Colombia obtendría a su vez mayores ingresos fiscales a raíz del incremento de la productividad del proyecto minero.

Por el contrario, de acuerdo con los argumentos de Colombia, la ejecución de la Octava Enmienda generó un efecto lesivo sobre las finanzas públicas (*Ídem.*). Así también lo consideró la Contraloría General de la República, entidad que, en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal, concluyó que la nueva fórmula para el cálculo de regalías no aseguraba el incremento de la productividad del proyecto ni de los ingresos fiscales, por lo que su ejecución le causó un daño patrimonial al Estado colombiano (*Ídem.*). La Contraloría también concluyó que, por haber sido la empresa quien propuso la modificación contractual y, dado que presuntamente ocultó información durante su proceso de negociación, Prodeco había actuado con mala fe (*Ídem.*). Luego, al verificar que existía un nexo causal entre la conducta dolosa desplegada por Prodeco y el daño patrimonial ocasionado al erario por la ejecución de la Octava Enmienda, la Contraloría le ordenó a la empresa pagar a la Nación una suma cercana a diecinueve millones de dólares (*Ídem.*). Luego de examinar la actuación de la Contraloría a la luz de las disposiciones del AII con Suiza, el tribunal determinó, a grandes rasgos, que la metodología empleada por el ente de control para establecer la ocurrencia del detrimento patrimonial había sido defectuosa y, por ende, que no había sido una actuación regulatoria razonable (*Ídem.*). Como resultado, el tribunal dictaminó que el Estado colombiano incurrió en una infracción a la obligación, consagrada en el tratado, de conferirles a los inversionistas suizos un TJE (*Ídem.*).

No obstante, Colombia también cuestionó la jurisdicción del tribunal aduciendo que la Octava Enmienda fue obtenida a través de

un acto de corrupción, concretamente, mediante el presunto soborno al entonces director general de la autoridad nacional minera que estuvo encargado de negociar y aceptar la modificación del contrato (*Ídem.*). Sucintamente, según Colombia, el director general recibió un pago a cambio del otorgamiento de la Octava Enmienda, el cual le fue entregado mediante una compleja operación de negocios. Esta consistió en la adquisición, por parte del inversor, de una concesión minera localizada en tres hectáreas de tierra adyacentes a la mina operada por Prodeco. Según el Estado colombiano, Prodeco llevó a cabo dicho negocio con un antiguo funcionario de la autoridad nacional minera, cuyo socio oculto sería el propio director general de la entidad. De esta forma, el funcionario a quien le correspondía negociar y aprobar la Octava Enmienda habría sido el verdadero beneficiario del pago (*Ídem.*).

Por su parte, la empresa negó haber incurrido en cualquier acto de corrupción en relación con la obtención de la Octava Enmienda. Si bien reconoció haber realizado un pago como contraprestación por la adquisición de la concesión minera adyacente, recalcó que, desde un comienzo, se opuso a su otorgamiento al considerar que se presentaron irregularidades durante su trámite (*Ídem.*). En tal sentido, fue solo después de denunciar las presuntas irregularidades ante las autoridades colombianas, y viendo que tales denuncias no fueron escuchadas, que la empresa optó por negociar y adquirir la concesión minera adyacente a su mina. Esto, con miras a mitigar cualquier efecto adverso que su funcionamiento pudiera haberle causado.

Dado el anterior contexto, el tribunal arbitral manifestó que, cuando existen motivos que señalen la existencia *prima facie* de ilicitudes, les corresponde a los árbitros analizar tales cuestiones, incluso por iniciativa propia (*Ídem.*). También señaló que una inversión obtenida mediante actos de corrupción es contraria al orden público internacional (*Ídem.*). Consecuentemente, el tribunal expuso claramente que la cuestión que tenía de presente no era de carácter sustantivo, puesto que, si se llegara a comprobar que el director general había recibido dineros por negociar y posteriormente aprobar la Octava Enmienda, el resultado para la inversión no podría ser otro que despojarla de la protección jurídica conferida por el AII. Así, la verdadera tarea que le correspondía al tribunal era determinar, a la luz

de los materiales probatorios allegados al proceso, si el otorgamiento de la Octava Enmienda estuvo o no rodeado de corrupción (*Ídem.*). Luego, frente al problema práctico de cómo constatar la ocurrencia de un acto de corrupción, el tribunal adoptó como estándar de prueba aplicable al caso el de la "preponderancia de la evidencia" (*Ídem.*). Esto, luego de razonar que ni el tratado de turno ni la Convención CIADI mencionan algo al respecto.

Al respecto, Colombia había argumentado que, tal y cómo lo han hecho otros tribunales de arbitraje de tratados de inversión, el tribunal debía adoptar la metodología consistente en seguir las señales de advertencia, o "*red flags*", como se le conoce en inglés, con miras a establecer la ocurrencia del acto de corrupción. Esta metodología implica, según Colombia, hilar los cabos o conectar los puntos entre distintos materiales probatorios, obteniendo así una perspectiva más amplia sobre la ocurrencia del hecho que se busca acreditar (*Ídem.*). No obstante, el tribunal consideró que dicha metodología era funcionalmente equivalente al estándar de la preponderancia de la evidencia. La razón, de acuerdo con el tribunal, es que, en todo caso, se debe discernir la verdad a partir de efectuar un análisis, basado en la experiencia y la razón, de toda la evidencia circunstancial que haya sido allegada por la parte que hace la alegación que se pretende probar (*Ídem.*).

En este escenario, los indicios o las señales de advertencia que, según Colombia, el tribunal debía considerar al momento de corroborar la comisión del presunto acto de corrupción incluían, entre otros, el alto precio pagado por Prodeco para adquirir la concesión minera; el que la persona con la que se negoció tal adquisición fuera un exempleado de la autoridad nacional minera; el que dicha transacción fuera concomitante con la negociación de la Octava Enmienda; la secrecía con que se manejó la operación al interior de la empresa, o que la ejecución de la Octava Enmienda fuera contraria al derecho interno (*Ídem.*). Sin embargo, a juicio del tribunal ninguno de estos indicios resultaba suficiente, vistos de manera individual o conjunta, para inferir que la negociación y posterior ejecución de la Octava Enmienda fue posible gracias a la comisión del delito de cohecho (*Ídem.*). Por el contrario, para el tribunal tuvo más peso, por ejemplo, el que antes de adquirir la concesión, Prodeco se hubiera

opuesto manifiestamente a que esta le fuera otorgada a su titular, para lo cual denunció ante las autoridades nacionales competentes la ocurrencia de posibles irregularidades (*Ídem.*). De igual manera, el tribunal le dio valor probatorio al hecho que, en contraste con la actitud del inversionista, ninguna de las autoridades competentes colombianas había iniciado por cuenta propia investigaciones conducentes a esclarecer la corrupción (*Ídem.*). Adicionalmente, contrario a lo alegado por Colombia, el tribunal no infirió la ocurrencia de los actos de corrupción a partir del contenido de una cadena de correos electrónicos en la cual tuvo participación el director general (*Ídem.*).

3.3. Metal-Tech v. Uzbekistán

La trascendencia de este caso reside en como el tribunal hizo uso de la metodología de las señales de advertencia. En él la inversión consistía en una empresa conjunta constituida entre el Estado y un inversionista extranjero para la construcción y operación de una planta para la fabricación de productos a base de molibdeno (Metal-Tech v. Uzbekistán, 2013). Concretamente, en el contrato mediante el cual se estableció la empresa conjunta se estipuló que el inversor aportaría tecnología, *know-how* y pondría a disposición sus conexiones para acceder a los mercados internacionales, en tanto que el Estado uzbeko aportaría materia prima, instalaciones, maquinaria y equipos (*Ídem.*). Luego de que surgieran algunas diferencias entre las partes, Uzbekistán cortó el suministro de la materia prima, lo cual paralizó toda la operación y dejó sin propósito la capacidad instalada del proyecto. Puesto que el inversionista recurrió entonces al arbitraje de inversiones, la primera línea de defensa de Uzbekistán fue cuestionar la jurisdicción del tribunal, argumentado que el contrato había sido obtenido a través de actos de corrupción.

En efecto, el CEO de la empresa inversora extranjera reconoció que se hicieron pagos a tres ciudadanos uzbekos, quienes en calidad de consultores debían brindar asesoría en el terreno con respecto a las operaciones comerciales que se realizarían en Uzbekistán (*Ídem.*). Según el Estado, tales pagos, por aproximadamente cuatro millones de dólares, evidenciaban la ocurrencia de actos de corrupción. Particularmente, la promesa o pago de beneficios a personas vinculadas

con el gobierno para obtener o influir en la aprobación del proyecto de inversión. De esta manera, aducía el Estado, el inversionista violó las leyes uzbekas sobre soborno, así como los principios del derecho y el orden público internacional que también condenan la corrupción (*Ídem.*).

En lo que concierne al estándar de prueba aplicable, las partes tenían perspectivas encontradas: para el inversionista, dada la gravedad de la acusación de corrupción, esta debía ser probada mediante evidencia clara y convincente. Por su parte, el Estado argumentó que la corrupción puede demostrarse con pruebas que, por lo menos, demuestren su ocurrencia *prima facie* (*Ídem.*). El tribunal determinó que como la corrupción es, por esencia, difícil de demostrar, se enfocaría en determinar si los hechos alegados habían sido demostrados con certeza razonable a través del análisis de evidencia circunstancial (*Ídem.*). Así, el tribunal concluyó que estaba suficientemente acreditado que hubo corrupción en la implementación de la inversión y que, por ende, que esta se realizó de manera contraria a las leyes usbekas, desconociendo así la cláusula de legalidad contenida en el tratado (*Ídem.*). El tribunal hizo esta inferencia a partir del análisis de las siguientes señales de advertencia presentes en relación con dos de los tres asesores.

El primer aspecto que llamó la atención del tribunal fue la magnitud de los honorarios pagados (*Ídem.*). En efecto, la suma que les fue pagada era desproporcionada puesto que equivalía casi al veinte por ciento del total de los costos de instalación de la planta de producción. Además, excedía el capital que el inversor destinó inicialmente para su operación en Uzbekistán. El inversor trató de derribar este indicio, arguyendo que los tres asesores eran en realidad lobistas y que, por este tipo de servicios, no se suele percibir una contraprestación menor (*Ídem.*). Sin embargo, otro aspecto que llamó la atención del tribunal es que, al revisar la hoja de vida de los tres asesores, ninguno de ellos tenía suficiente formación o experiencia en el sector que los calificara para actuar (*Ídem.*). Por el contrario, la única calificación de la que gozaban los asesores era la de ser cercanos o tener lazos familiares con altos funcionarios del gobierno uzbeko que, a su vez, tenían la capacidad de incidir favorablemente sobre el proyecto (*Ídem.*). Además, si los asesores realmente prestaron servi-

cios de lobby, continuó razonando el tribunal, debieron hacerlo con transparencia, y no ocultándose detrás de contratos de prestación de servicios que oscurecían la verdadera gestión que llevarían a cabo (*Ídem.*). El tribunal también tuvo en cuenta el que el inversor fallara en producir documentación que acreditara o describiera el tipo de servicios de asistencia que supuestamente fueron prestados por los asesores en virtud de los contratos (*Ídem.*). Finalmente, el tribunal tampoco vio con buenos ojos el que los honorarios fueran pagados, en su mayoría, a través de sociedades *off-shore* ubicadas en jurisdicciones con reputación de fungir como paraísos fiscales (*Ídem.*).

3.4. Unión Fenosa v. Egipto

En este caso la inversión recayó sobre una planta para la licuefacción de gases (Unión Fenosa v. Egipto, 2018). Según Egipto, el tribunal carecía o debía declinar ejercer su jurisdicción, puesto que la inversión no debía gozar de protección bajo el tratado por adolecer de varios actos de corrupción (*Ídem.*). Por ejemplo, el Estado argumentó que hubo corrupción en el manejo de la inversión. Concretamente, porque durante el proceso de subcontratación de la empresa que estaría encargada de construir la planta, se le adjudicó el contrato al consorcio liderado por la empresa estadounidense Halliburton, a pesar de que este presentó una oferta más elevada que la del resto de competidores (*Ídem.*). Más aún, en el marco de investigaciones sobre corrupción llevadas a cabo ante la jurisdicción estadounidense, el CEO de esta empresa reconoció haber participado en prácticas corruptas relacionadas con un proyecto de licuefacción en Egipto, aunque sin especificar el nombre del proyecto (*Ídem.*). Igualmente, según Egipto, la adquisición de la planta se dio bajo circunstancias irregulares, es decir, hubo corrupción desde el inicio del proyecto (*Ídem.*). Por su parte, Unión Fenosa negó todos los cargos de corrupción, argumentado además que el estándar de prueba aplicable debía ser el de la evidencia clara y convincente (*Ídem.*). Al respecto, Egipto contra argumentó que, dado que la corrupción suele ser difícil de demostrar, el estándar de prueba no debería ser tan riguroso. Por el contrario, según el Estado, el tribunal debía tomar en cuenta la evidencia circunstancial disponible con el fin de constatar los presuntos actos de corrupción (*Ídem.*).

Lo primero que debe destacarse del análisis del tribunal es que, tratándose de un caso en el que el tratado base establecía un requisito de legalidad, hizo una descripción más amplia del porqué las inversiones que adolecen de algún tipo de acto de corrupción no deben gozar de protección internacional. Efectivamente, el tribunal señaló que una inversión obtenida de manera corrupta, y, por ende, contraria al derecho interno, no calificaba para ser protegida de conformidad con los términos del AII aplicable a la controversia (*Ídem.*). Sin embargo, el tribunal también manifestó llegar a la misma conclusión desde el punto de vista del derecho internacional general, concretamente, puesto que una inversión rodeada de corrupción es contraria al orden público internacional (*Ídem.*). En cuanto al estándar de prueba aplicable, el tribunal concluyó que debía aplicarse el del balance o equilibrio de probabilidades (*Ídem.*). Como explicación, el tribunal advirtió que la corrupción rara vez logra ser probada con medios directos de prueba. Por consiguiente, tratándose de actos de corrupción, la evidencia circunstancial es tan idónea como aquellos como material probatorio (*Ídem.*).

No obstante, al aplicar este estándar, el tribunal encontró que Egipto no logró descargar la carga de la prueba que le correspondía (*Ídem.*). Entre otras cosas, los árbitros tuvieron en consideración el amplio lapso que transcurrió entre la presunta comisión de los actos de corrupción alegados por el Estado y el momento en que este los expuso como parte de su ataque a la jurisdicción del tribunal (*Ídem.*). Sobre todo, a los árbitros les llamó la atención el que el Estado no haya investigado hechos de los que, al parecer, tuvo conocimiento. Por otro lado, varias de las alegaciones de corrupción relacionadas con la adquisición del proyecto de inversión se basaban en inferencias hechas por Egipto a partir de varios documentos que el Estado allegó como material probatorio. Al respecto, el tribunal consideró que las inferencias negativas de Egipto, sobre la base de que tales documentos contenían cláusulas de confidencialidad, no constituían evidencia suficiente de que con ello se pretendió ocultar actuaciones irregulares (*Ídem.*). Otro material probatorio que el tribunal tuvo de presente fueron los pagos exorbitantes que recibió una persona asociada al proyecto. Sobre el particular, el tribunal afirmó que el que tal persona obrase como lobista ante las autoridades locales en nombre

del inversor, no era suficiente para deducir que su gestión estuvo marcada por actos de corrupción (*Ídem.*).

Por otro lado, con respecto al argumento de que esta persona había desempeñado un papel importante para que el inversor pudiera adquirir la inversión, el tribunal tuvo en cuenta el que Unión Fenosa ya había comenzado gestiones encaminadas a ello antes de que la persona en cuestión se involucrara con el proyecto (*Ídem.*). Igualmente, aunque esta persona actuó en nombre de los inversionistas ante las autoridades locales, el tribunal vio positivamente el que lo haya hecho abiertamente, sin denotar la intención de querer ejercer una influencia indebida (*Ídem.*). Igualmente, Egipto no aportó evidencia de que la persona hubiera transferido dinero a servidores públicos o a directivos de otras entidades partícipes del proyecto (*Ídem.*). Finalmente, frente al hecho que esta persona hubiera sido beneficiada con una elevada remuneración por parte del inversor, el tribunal determinó que no le correspondía dudar de los motivos que en su momento tuvo la empresa para pagar dichas sumas (*Ídem.*). Lo anterior, máxime dado que la persona en cuestión efectivamente hizo varios aportes de industria al proyecto que justificaban el que recibiera algún tipo de retribución por ello. En suma, el tribunal no encontró razones suficientes para inferir del material probatorio puesto de presente por Egipto la comisión de actos de corrupción.

3.5. EDF Services Limited v. Rumania

En el contexto del arbitraje de tratados de inversión, lo normal es que la corrupción sea denunciada por los Estados demandados, como parte de su estrategia de defensa (Akindeire, 2020). Así, la corrupción opera como un supuesto con base en el cual un Estado busca que un tribunal decida que carece de jurisdicción, que la reclamación es inadmisible, o que dirima la controversia en su favor. Sin embargo, en algunos pocos casos la corrupción ha sido esgrimida por el inversor como parte de su argumento del porqué el Estado ha infringido alguna de las disposiciones sustantivas del tratado. Según Akindeire (2020), a la fecha se han reportado tan solo cinco casos en que fueron los inversores quienes expusieron la posible ocurrencia de actos de corrupción. Quizá el más representativo de ellos es EDF

Services Limited v. Rumania (2009), en el que la inversión era producto de un contrato de operación conjunta de almacenes de *Duty Free* entre un inversor británico y una empresa estatal de Rumania. La operación tenía previsto extenderse por un periodo inicial de diez años, prorrogable por un periodo igual previa aprobación de las autoridades locales competentes (*Ídem.*).

De acuerdo con el inversor, personas allegadas al entonces primer ministro del país le solicitaron, en nombre de aquel, pagar una coima para obtener la prórroga del contrato (*Ídem.*). Según el inversor, luego de negarse a pagar el soborno, hubo múltiples represalias por parte de agencias reguladoras de Rumania, lo que en últimas provocó la total paralización del proyecto de inversión (*Ídem.*). Consiguientemente, el inversor demandó en sede de arbitraje, argumentando que la solicitud de soborno había transgredido el estándar de TJE (*Ídem.*). Si bien el tribunal desestimó, principalmente por razones ajenas al tema de la corrupción, las pretensiones del inversor, concordó con aquel en que un delito de cohecho en el que incurre un órgano del Estado es una infracción del estándar de TJE (*Ídem.*). Como fundamento, el tribunal manifestó que los actos de corrupción constituyen una violación fundamental del orden público internacional, y que un ejercicio de la potestad regulatoria estatal marcada por actos de corrupción resulta contraria a los deberes de transparencia y de respeto de las expectativas legítimas que se desprenden del contenido normativo del TJE (*Ídem.*).

Acto seguido, el tribunal razonó acerca del estándar de prueba aplicable a las alegaciones de corrupción. Como era de esperarse, el Estado negó que cualquiera de sus funcionarios hubiera hecho alguna exigencia al inversor, para lo cual presentó una serie de testimonios encaminados a desacreditar el testimonio de la persona vinculada al inversor a quien supuestamente le hicieron la solicitud de dinero (*Ídem.*). Sin embargo, el tribunal dudó de la credibilidad de los testigos de ambas partes (*Ídem.*). Así, ante la ausencia de otro tipo de evidencia, decidió que el inversor no había logrado descargar la carga de la prueba que le correspondía como parte que alegó la presunta ocurrencia del cohecho. Específicamente, según el tribunal el inversionista debió haber presentado pruebas claras y convincentes para demostrar, no solo que se había solicitado un soborno, sino

también que tal solicitud no fue motivada por el interés personal de la persona que la llevó a cabo, sino en nombre y por cuenta de algún órgano del Estado rumano con capacidad de comprometer su responsabilidad internacional (*Ídem.*).

4. REFLEXIONES SOBRE EL TRATAMIENTO QUE SE LA HA DADO LA CORRUPCIÓN EN EL ARBITRAJE DE TRATADOS DE INVERSIÓN

La anterior sección puso de manifiesto los riesgos de corrupción relativos a los proyectos de inversión financiados con capital extranjero. A continuación, planteamos algunas observaciones y cuestionamientos que surgen a partir del modo en que los tribunales de arbitraje han abordado las alegaciones de corrupción en sus decisiones.

4.1. Corrupción e injerencia excesiva de los actores económicos en los procesos regulatorios y políticos

En términos generales, la corrupción admite múltiples manifestaciones, esto es, puede materializarse a través de una amplia gama de prácticas o conductas en las que se ven inmersos tanto funcionarios e instituciones públicas como actores privados. En este sentido, la CNUCC recoge tipologías diferentes de corrupción como el soborno, el tráfico de influencias, el abuso de funciones y la corrupción en el sector privado. Con fundamento en estas tipologías es posible identificar las prácticas de corrupción que se suscitan con mayor frecuencia en las decisiones arbitrales. Al respecto, observamos que la principal tipología de corrupción presente en el arbitraje inversionista-Estado es el cohecho o soborno de funcionarios públicos.

La CNUCC define el cohecho como el ofrecimiento de un beneficio o algo que reviste valor a un funcionario público para que este actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones; o la solicitud o aceptación por parte de un funcionario público de un beneficio indebido a cambio de actuar o dejar de actuar en el

cumplimiento de sus funciones[15]. Así, casos como Glencore v. Colombia (2019) revelan que, en relación con la inversión extranjera, el cohecho suele darse frente a la expedición de permisos y licencias necesarias para el funcionamiento u operación de los proyectos de inversión, o para obtener la concesión de contratos que requieren de la aprobación de la autoridad pública competente.

No obstante, en las decisiones arbitrales están presentes otras tipologías de corrupción, como el tráfico de influencias puesto de presente en el caso Metal-Tech v. Uzbekistán (2013). Efectivamente, la conducta desplegada por los presuntos contratistas contratados para hacer lobby a nombre del inversor cabe dentro de la descripción que la CNUCC hace de esta forma de corrupción. Allí, el tráfico de influencias es conceptualizado como el ofrecimiento de un beneficio o algo que reviste valor a un funcionario público, o a una persona, para que se ejerza indebidamente influencia sobre una autoridad que redunde en un beneficio indebido para quien instiga o fomenta el comportamiento[16]. En la referida controversia, los supuestos contratistas fueron seleccionados por el inversor precisamente dada su cercanía con las autoridades del gobierno que tenían la capacidad de decidir sobre el proyecto de inversión.

Asimismo, resulta posible caracterizar algunos eventos de corrupción presentes en el arbitraje de tratados de inversión desde la óptica de tipologías como el abuso de funciones[17] o el enriquecimiento ilícito[18]. Todo esto confirma, no solo el grado de proliferación de la corrupción en que se ven envueltos los inversores extranjeros, sino también la diversidad de prácticas corruptas en las que estos incurren. Sin embargo, como no existe una definición unívoca de corrupción, sino un catálogo de conductas consagradas en instrumentos internacionales que se consideran como corruptas, cabe entonces preguntar: ¿en qué medida tales tipologías mantienen una adecuada correspondencia con el pleno de los comportamientos llevados a cabo en el mundo corporativo que producen afectaciones a interés

---

15 *Vid.*: CNUCC, arts. 15, 16.
16 *Vid.*: CNUCC, art. 18.
17 *Vid.*: CNUCC, art. 19.
18 *Vid.*: CNUCC, art. 20.

públicos similares a las que comúnmente se asocian con el fenómeno de la corrupción?

Al respecto, Kozyakova (2021) considera que un tema vital en relación con la corrupción en el derecho internacional de las inversiones es diferenciar entre prácticas ilícitas como el soborno y las formas tradicionales de hacer política cuya admisibilidad jurídica puede variar dependiendo de la jurisdicción en la que tenga lugar. Piénsese, por ejemplo, en prácticas como el *lobby* o los aportes a campañas políticas. En efecto, en el ámbito del arbitraje de tratados de inversión es frecuente que se quiera hacer pasar actuaciones ilícitas por simples acercamientos que ciertos individuos facilitan entre los inversores foráneos y las autoridades o entes reguladores del Estado anfitrión.

En Wena Hotels v. Egipto (2000) el tribunal manifestó que trazar la línea que divida los acercamientos legales e ilegales entre las empresas y los funcionarios públicos, como lo sería el pago de sobornos o el pago de comisiones, es una cuestión delicada. Sin embargo, no debe perderse de vista el fenómeno de la captura por parte de intereses privados del proceso de toma de decisiones políticas, el cual conduce a desviar la actividad de los entes reguladores del logro del bienestar general. Tampoco que, dado su poder estructural en el orden económico internacional, las empresas multinacionales a menudo tienen mayor capacidad de ejercer presión e influencia sobre los funcionarios públicos de otros Estados llamados a regular sus operaciones.

Por consiguiente, en tanto mecanismo de gobernanza de la corrupción, el arbitraje de tratados de inversión parece no abarcar en su totalidad todas las situaciones en que la influencia de los inversionistas sobre las autoridades podría conducir a un inadecuado uso de los recursos públicos o desequilibrios en la distribución de riqueza. Sin embargo, esto no parece ser una problemática propia del arbitraje de tratados de inversión, sino que se extiende a todas las iniciativas de lucha contra la corrupción que se basan en el paradigma dominante que trata a este fenómeno como un problema individualizado que se combate a partir de la criminalización. Así, el problema de fondo es que los tipos penales que incorporan prácticas corruptas no parecieran reflejar adecuadamente el carácter estructural con de las

injerencias indebidas del poder privado en los asuntos públicos, que generan efectos socialmente adversos.

4.2. La cuestión de cómo se demuestra la corrupción

Una crítica común al manejo que los tribunales de arbitraje hacen de las alegaciones de corrupción es la dificultad que supone acreditar su ocurrencia. Esto obedece, primordialmente, a que quienes cometen delitos como el cohecho normalmente se esmeran por no dejar evidencia de ello, para lo cual recurren a acuerdos privados o tácitos, u ocultan su verdadera intención bajo el velo de operaciones lícitas (Akindeire, 2020). Por consiguiente, la corrupción rara vez logra probarse a través de pruebas directas como el testimonio de testigos, tal y como ocurrió en el caso World Duty Free v. Kenia (2006), donde el propio CEO de la empresa inversora admitió en su testimonio haber hecho una entrega de dinero al entonces presidente de la Nación. Por ello, la ocurrencia de actos de corrupción a menudo debe discernirse a partir del análisis de indicios o pruebas circunstanciales, como abiertamente lo reconoció el tribunal del caso Oostergetel y otros v. Eslovaquia (2012).

En estos escenarios, adquiere importancia el estándar de prueba designado por un tribunal al examinar la evidencia circunstancial. Este se refiere al umbral de evidencia que la parte interesada en acreditar la ocurrencia de un suceso debe aportar para justificar su alegato (Akindeire, 2020). Al respecto, la práctica arbitral revela que las posturas adoptadas por los tribunales se sitúan en el plano de dos polos opuestos (Gaillard, 2019). Por un lado, están los tribunales que se decantan por un umbral probatorio alto, para lo cual generalmente aluden a un estándar de prueba consistente en evidencia clara y convincente. En general, los tribunales que adoptan esta postura, como en el caso EDF Limited Services v. Rumania (2009), se basan en la gravedad o seriedad de las alegaciones de corrupción, especialmente cuando se trata de actos que comprometen a personas ubicadas en altas esferas del poder público. Sin embargo, dicho enfoque ha sido criticado por autores como Partasides (2010), para quienes resulta incoherente que la respuesta de los árbitros a la dificultad que entraña probar la corrupción sea, precisamente, elevar el umbral de evi-

dencia requerido. Sin embargo, ciertos tribunales han exigido una prueba estricta de la corrupción debido precisamente al carácter de infracción penal que esta suele tener a la luz del derecho interno.

Por ejemplo, en African Holding Company v. Congo el tribunal manifestó que la corrupción requiere ser probada de manera irrefutable, tal y como sucede en los procedimientos penales en países donde la corrupción constituye un delito. Sobra advertir que la parte en contra de quien se alega la corrupción suele apoyar la adopción de un estándar de prueba estricto por los tribunales. Por ejemplo, ante las alegaciones hechas por el Estado de que la inversión había sido obtenida mediante infracciones al derecho interno, en TSA Spectrum v. Argentina el inversor manifestó que las acusaciones de cohecho exigían "la más alta rigurosidad probatoria" (2008: 54).

Por otro lado, varios tribunales parten del reconocimiento de que la corrupción siempre será difícil de demostrar, por lo cual admiten estándares de prueba menos rigurosos. En esencia, estos tribunales se decantan por realizar una valoración holística de los materiales probatorios disponibles para discernir la ocurrencia de actos de corrupción. Concretamente, estos tribunales se han referido al estándar de prueba aplicable mediante expresiones como "equilibrio o balance de probabilidades"[19], "preponderancia de la evidencia"[20], o "certeza razonable"[21]. Además, los tribunales que se posicionan en esta orilla a menudo justifican su determinación de adoptar un estándar de prueba más flexible con la explicación de que el arbitraje de tratados de inversión de ninguna manera equivale a un juicio penal y, por lo tanto, las conclusiones sobre corrupción que allí se adopten no necesitan constatarse como cuando está la imposición de una sanción penal de por medio[22]. En una línea similar, el tribunal del caso Siag y otros v. Egipto (2009), refiriéndose al estándar de prueba que un tribunal de inversiones debe adoptar con respecto a acusaciones de fraude u otro tipo de conductas graves, manifestó que este

---

19 *Vid.*: Rojas Elgueta, 2016; Martsekis, 2019: 74-83.

20 *Ídem.*

21 *Ídem.*

22 *Vid.*: Unión Fenosa Gas S.A. v. la República Árabe de Egipto, Caso CIADI No. ARB/14/4, laudo, agosto 31 de 2018: párr. 7.52.

debe ser mayor que el balance de probabilidades, pero, en todo caso, menor que "más allá de toda duda razonable", aplicable en materia penal (*Ídem.*).

En vista de la falta de consistencia en las decisiones de los tribunales frente al estándar de prueba aplicable, autores como Partasides (2010) advierten que los tribunales deben ser flexibles o decantarse por un enfoque que les permita efectuar un análisis ponderado de la evidencia que se les pone de presente y, de ser necesario, recurrir a las inferencias para llenar los vacíos que las circunstancias dejan sin aclarar con respecto a la ocurrencia de actos de corrupción. Ciertamente, algunas decisiones arbitrales recientes apuntan a que los árbitros cada vez están más dispuestos a acoger un enfoque flexible. Por ejemplo, en el caso Niko Resources v. Bangladesh (2019), el tribunal citó a Llamzon (2014) para argumentar que, si bien el nivel probatorio de las alegaciones de corrupción debe ser alto, esto no debe redundar necesariamente en la adopción de un estándar de prueba ostensiblemente riguroso, ni en desacreditar de plano el valor probatorio de la evidencia circunstancial, así como de las inferencias y presunciones que un tribunal podría efectuar.

De modo similar, el tribunal del caso Lao Holdings v. la República de Laos (2019) se manifestó en favor de una valoración holística y flexible de la evidencia recabada. Específicamente, si bien el tribunal indicó que cuanto más grave sea la acusación relacionada con la comisión de un ilícito, mayor deberá ser la confianza en las pruebas que se tengan, con respecto a la corrupción, sugirió que no se requiere que existan pruebas claras y convincentes con respecto a cada elemento de la acusación, sino que, en conjunto, los materiales probatorios apunten manifiestamente a que hubo corrupción (*Ídem.*). Por lo tanto, según este mismo tribunal, debe evaluarse qué elementos del presunto acto de corrupción se han establecido mediante pruebas claras y convincentes, y qué otros elementos pueden dejarse a la inferencia razonable (*Ídem.*).

Es en este contexto, que ciertos autores, como Llamzon (2014), han propuesto que más que decantarse de forma abstracta por un único estándar de prueba, cada tribunal debería tener la libertad para decidir, caso por caso, el peso que le asignará a la evidencia que tenga de presente. Sin embargo, esta propuesta parece significar, en

última instancia, que los tribunales de arbitramento no se comprometerían con la aplicación de determinado estándar de prueba para todos los asuntos de corrupción, puesto que la elección de este podría variar en función del acervo probatorio.

Ante esta situación, cabe destacar que, recientemente, los tribunales de arbitramento han acogido la metodología de las señales de advertencia. Esta metodología tiene origen en decisiones referentes a la normativa estadounidense sobre prácticas corruptas en el extranjero y ha sido recogida por diversos instrumentos internacionales de derecho blando para la lucha en contra de la corrupción (Gaillard, 2019; Low, 2019: Akindeire, 2020). El epítome de esta tendencia continúa siendo el caso Metal-Tech v. Uzbekistán (2013), donde la concurrencia de numerosas señales de advertencia llevó al tribunal a declarar como probado la realización de actos de corrupción que, a la postre, excluyeron la protección legal de la inversión a la luz del tratado. En este sentido, si bien la corrupción siempre será difícil de demostrar en un procedimiento arbitral, los tribunales pueden valerse de indicios como el elevado valor económico asignado a las transacciones, la secrecía con que estas sean llevadas a cabo, el empleo de cuentas en paraísos fiscales, o el carácter simulado que pueda inferirse de aquellas.

4.3. Consecuencias jurídicas de la corrupción frente a la doble vía de este fenómeno

Otra de las críticas recurrentes al manejo que los tribunales de arbitraje de tratados de inversión han hecho de los alegatos sobre corrupción tiene que ver con la ventaja que sacan los Estado cuyos funcionarios públicos participaron por activa o por pasiva en tales prácticas, consistente en eludir la responsabilidad internacional producto de la infracción de un AII. Por ejemplo, Low (2019) advierte que las alegaciones de corrupción en el arbitraje de tratados de inversión han tenido más éxito del lado de la oferta, es decir, de la instigación a la corrupción que realizan algunos inversores, que del lado de la demanda o la solicitud de prebendas por parte de funcionarios públicos.

Frente a esto, Llamzon (2014) considera que el relativo éxito que han tenido los alegatos de corrupción esgrimidos por los Estados funciona como un incentivo perverso en contextos en los que la corrupción prolifera. Concretamente, este autor critica el que los Estados que ignoraron o no pudieron prevenir un comportamiento corrupto de sus propios funcionarios, puedan sacar provecho de ello articulando una defensa frente a demandas relativas a inversiones de las que la economía receptora se ha beneficiado. Además, Low (2019) opina que cuando los Estados formulan excepciones a las demandas de inversión con fundamento en la actuación corrupta de funcionarios públicos, se comportan de manera contraria al espíritu de sus obligaciones internacionales de prevenir, disuadir y castigar la corrupción.

En gran medida, este problema surge del enfoque que los tratadistas han denominado como "binario" (Low, 2019) o "de todo o nada" (Akindeire, 2020) con el que los tribunales han entendido los efectos jurídicos de la corrupción a la luz de la doctrina de la legalidad gestada en el ámbito del arbitraje de tratados de inversión. El argumento es que la manera en que habitualmente se presentan las alegaciones de corrupción en los procedimientos arbitrales, es decir, como alegatos en contra de la jurisdicción del tribunal o la admisibilidad de las reclamaciones, favorece que los Estados se beneficien de las prácticas corruptas en que incurren sus propios funcionarios. Por ejemplo, como se expuso al comienzo del capítulo, el efecto de las cláusulas de legalidad para las inversiones mediadas por actos de corrupción es que estas quedan excluidas del espectro de la protección jurídica que confiere el respectivo tratado.

Ante tal panorama, autores como Low (2019) opinan que los tribunales de inversión deberían darles trámite a las alegaciones de corrupción solo al momento de decidir el fondo o mérito de la controversia, en lugar de tratarlas como una cuestión jurisdiccional o de admisibilidad. El argumento es que al decidir sobre el fondo los tribunales tienen más margen de maniobra para, orientados por el criterio de la proporcionalidad, derivar de los actos de corrupción consecuencias que afecten simultáneamente los intereses tanto del Estado como del inversor, de modo que tales consecuencias no se concentren en solo uno de los agentes que propiciaron la ilicitud.

Por su parte, autores como Nadakavukaren Schefer (2020) sugieren que los tribunales deberían valerse de la doctrina del estoppel para evitar que Estados que toleran la ilegalidad luego puedan beneficiarse de ello. Esta línea de argumentación parece ser compartida por varios tribunales de arbitraje. Por ejemplo, el tribunal del caso Fraport v. Filipinas (2017) manifestó que razones de equidad invitan a los tribunales a impedir que los Estados planten la defensa de falta de jurisdicción con fundamento en infracciones al derecho interno que las autoridades de ese Estado conocían y pasaron por alto al momento de aprobar la inversión.

Finalmente, cabe resaltar la decisión del tribunal del caso Spentex v. Uzbekistán (2016). No obstante, como el laudo proferido en esta controversia todavía no se ha hecho público, la información que se tiene al respecto proviene de fuentes secundarias. La controversia en cuestión se suscitó luego de que el inversionista alegara que su inversión, que había sido efectuada en el sector textil, fue afectada por una serie de medidas adoptadas por el gobierno uzbeko que constituían infracciones al AII entre los Países Bajos y Uzbekistán.

Particularmente, según lo narra Akindeire (2020), el inversor arguyó que el gobierno eliminó arbitrariamente ciertos subsidios que habían sido la razón para aquel adquiriera tres plantas de procesamiento de algodón en Uzbekistán. Como parte de su estrategia de defensa, el Estado advirtió que la licitación pública por la cual se adquirió la inversión había estado marcada por actos de corrupción (Akindeire 2020). En este contexto, comentaristas como Low (2019) han señalado que el tribunal aplicó a este caso la metodología de las señales de advertencia para inferir la ocurrencia de tales actos de corrupción a partir de material probatorio como la contratación de consultores para la prestación de servicios por parte del inversor de personas que no tenían ninguna experiencia en el sector, pero sí con conexiones e influencia política. También comentan que, al valorar la evidencia que tenía ante sí, el tribunal tuvo en cuenta la corta duración de los contratos de consultoría y la falta de comprobantes contables de los pagos realizado, al dar por consumadas las alegaciones de corrupción. Adicionalmente, tras declarar que las inversiones afectadas por la ilegalidad no gozaban de protección internacional con base en el tratado, el tribunal reprobó el que Uzbekistán no coo-

perara durante el proceso revelando la identidad de los funcionarios que verdaderamente se habían beneficiado del soborno para otorgar la licitación al inversionista. Consecuentemente, para expresar su reproche al papel del gobierno uzbeko ante este episodio de corrupción, el tribunal conminó al Estado a que donara la suma de ocho millones de dólares a un fondo anticorrupción del sistema de las Naciones Unidas (Low, 2019; Akindeire 2020).

Sin embargo, consideramos que el problema no es que los tribunales deriven de la corrupción consecuencias jurídicas que únicamente afectan a los inversionistas. El punto, mejor, es que al examinar cualquier alegación de corrupción los tribunales no pierdan de vista el carácter estructural de este fenómeno. Así, estamos de acuerdo con que en su razonamiento los tribunales valoren cuestiones como la tolerancia que el Estado receptor haya tenido de la corrupción que rodea a una inversión. Ello sucederá, por ejemplo, cuando las autoridades judiciales o anticorrupción conocieron de los actos, pero no hicieron nada para prevenirlos ni sancionarlos. Ante tal escenario, los tribunales pueden articular soluciones innovadoras similares a la adoptada en el caso *Spentex,* con miras a transmitir la idea de que los Estados no deben esperar poder beneficiarse de una actitud pasiva o cómplice ante la corrupción sin experimentar algún tipo de consecuencia o sanción, aun cuando es de carácter predominantemente simbólico.

Para concluir, consideramos que, más allá de la crítica a la falta de consideración de la doble dimensión que caracteriza al fenómeno de la corrupción que se desprende del enfoque binario que suele ser adoptado por los árbitros, el manejo que se la ha dado a la corrupción en sede de arbitraje amerita una reflexión adicional. Esta tiene relación con el modo en que los tribunales derivan consecuencias jurídicas de la ocurrencia de actos de corrupción, esto es, a partir de la doctrina de la legalidad, el cual pudiera no ser el más adecuado en contextos donde aquella tiene un carácter sistémico. En efecto, como se señaló antes, la ilicitud de la inversión trae consigo la eliminación de uno de los requisitos jurisdiccionales o que se considere que la reclamación es inadmisible. En ambos casos, el efecto práctico es que la demanda no alcanzará a ser resulta en la etapa de fondo.

En consecuencia, si de lo que se trata es que las situaciones de ilicitud salgan a la luz pública, Kozyakova (2021) considera que este resultado es problemático porque los tribunales no analizan en toda su plenitud las situaciones que se les ponen de presente. Las implicaciones de tal déficit se exacerban cuando la ilicitud consiste en un acto de corrupción. Ciertamente, ya hemos mencionado que la corrupción genera problemas de corte económico, político y social como obstaculizar la gestión de los recursos públicos, desviándolas de su empleo en políticas de justicia social; o hacer que la ciudadanía pierda confianza en las instituciones, lo que a la postre termina por erosionar su legitimidad. Por consiguiente, la ciudadanía tiene un interés primordial en conocer a fondo los casos de corrupción, especialmente la que se instaura en la cúpula de las instituciones públicas. No obstante, debido a que en su mayoría los tribunales de arbitraje les darán manejo a las alegaciones de ilegalidad de la inversión relativas a actos de corrupción en etapas previas al fondo de la controversia, no será posible conocer en toda su dimensión las circunstancias que rodean tales alegaciones (Kozyakova, 2021).

Por el contrario, si las alegaciones de corrupción fueran examinadas como una cuestión relativa al fondo, la opinión pública podría conocer más con respecto a ellas a partir de los alegatos y material probatorio que formulen y alleguen las partes en disputa. Por otro lado, cabe advertir que cuando los tribunales derivan consecuencias jurídicas de la ilicitud al dirimir el fondo de una controversia, generalmente se valen de conceptos como la falta de debida diligencia del inversor y la concurrencia de culpas. Si bien estos dos ejemplos podrían considerarse como sanciones ejemplarizantes en el sentido de que van en contra de los intereses de los inversionistas que han desplegado un comportamiento indebido, es probable que tenga un mayor efecto simbólico, disuasivo de la corrupción, el que los inversionistas conozcan de antemano que si sus inversiones están afectadas por la corrupción no gozarán ab-initio de protección jurídica conforme al respectivo tratado.

5. CONCLUSIONES

En este capítulo analizamos la respuesta al fenómeno de la corrupción desde el arbitraje de tratados de inversión. El vehículo para este análisis fueron las decisiones sobre la legalidad de la inversión proferidas por los tribunales de arbitraje. El análisis arrojó que, como fuente de ilicitud relacionada con una inversión, la corrupción puede examinarse en diferentes etapas del procedimiento arbitral. Sin embargo, el escenario más común es que cuando el AII contenga una cláusula de legalidad, la corrupción redunde en la eliminación de la jurisdicción del respectivo tribunal de arbitraje. Esto se debe a que las inversiones afectadas por actos de corrupción no calificarían dentro del concepto de inversión protegida consagrado en el tratado. Además, las inversiones mediadas por actos de corrupción no deberían ser parte de la llamada noción objetiva de inversión, esto es, la doctrina según la cual una inversión se identifica a partir de una serie de características o requisitos mínimos. En este orden, las inversiones corruptas no son parte de tal definición objetiva porque no contribuyen al desarrollo del Estado receptor. Por el contrario, lo obstaculizan.

Por otro lado, varios tribunales de arbitraje se decantan por el argumento de que las demandas con base en inversiones afectadas por la ilicitud son inadmisibles. Desde esta óptica, el derecho internacional, concretamente principios generales como la buena fe, requiere que los tribunales se abstengan de extender la protección sustantiva que confieren los AII a las inversiones en las que está presente la corrupción. Cuando sustancian el argumento de porqué una reclamación de este tipo es inadmisible, los tribunales se valen de diferentes conceptos jurídicos relacionados con la buena fe, particularmente la doctrina de las manos limpias y el orden público internacional. Finalmente, las alegaciones de corrupción también pueden surgir como una cuestión concerniente al fondo de la controversia. Específicamente, ello sucede cuando el inversionista es quien alega la corrupción del Estado como infracción de las obligaciones del respectivo tratado.

A la luz de lo anterior, es posible afirmar que el arbitraje de tratados de inversión ofrece un espacio para la gobernanza global del

fenómeno de la corrupción. Sin embargo, a lo largo del capítulo también se habló de los límites del modo en que los tribunales de arbitraje abordan las alegaciones de corrupción que se les ponen de presente. Así, se explicó que la ilicitud que deriva en la falta de jurisdicción del tribunal o en la inadmisibilidad de la demanda suele circunscribe al momento en que fue adquirida o establecida la inversión. Este enfoque deja por fuera de la doctrina de la ilegalidad a las inversiones en las que los actos de corrupción tienen ocurrencia durante la ejecución del proyecto. En tales casos, será prerrogativa del respectivo tribunal darle algún tipo de peso o efecto a las alegaciones de corrupción al momento de dirimir la controversia, por ejemplo, a través de la doctrina de la compensación de culpas.

De otro lado, también se destacó el riesgo de dejar por fuera ciertas manifestaciones del fenómeno de la captura corporativa del Estado que no se ajustan a las tipologías de corrupción tomadas del derecho transnacional penal. Asimismo, se habló de las inconsistencias en los enfoques que los tribunales adoptan frente a cómo puede probarse la corrupción. Finalmente, se mencionó que son los inversores quienes han cargado con las consecuencias jurídicas de la corrupción, lo que desconoce la doble vía de este fenómeno. Este resultado puede deberse a la asimetría característica del mecanismo de arbitraje de inversiones. En efecto, este sistema de adjudicación internacional fue diseñado para que solamente los inversionistas pudieran demandar. Correlativamente, no debe sorprender que la manera preponderante en que las alegaciones de corrupción irrumpen en esta modalidad de arbitraje sea a partir de las defensas que los Estados esgrimen frente a las demandas de que son objeto. En todo caso, nos parece que lo importante es que los tribunales de arbitraje no eludan analizar el fenómeno de la corrupción en toda su complejidad. Esto supone entender sus causas como una mezcla de factores políticos y económicos, incluidos el interés que tienen las empresas de capturar los procesos regulatorios al interior de una sociedad con el fin de favorecer sus intereses, así como la existencia de estructuras de corrupción que consiguen insertarse al interior de las instituciones públicas.

El anterior punto guarda relación con la visión hegemónica de la corrupción que ve en ella un problema de fragilidad institucional

y falta de buen gobierno. Es decir, que la concibe como una problemática inherente al funcionamiento del Estado y no del sector privado. Al respecto, consideramos que, a pesar de sus limitaciones, el arbitraje de tratados de inversión ofrece un espacio para una gobernanza de la corrupción más allá de los límites epistémicos de este imaginario dominante. La razón de ello es porque permite pensar la corrupción desde la perspectiva de las empresas que invierten capital en el extranjero.

Aunque es tentador para proponer alternativas y soluciones, este artículo no pretende ser una hoja de ruta, sino que su intervención busca de una parte contribuir con un ángulo diferente al problema de corrupción, generar conciencia sobre los retos que se dan en el marco del arbitraje de inversión frente a situaciones de corrupción y que pueda servir de insumo tanto a académicos como ha hacedores de políticas públicas para que puedan considerar aproximar el tema desde un ángulo diferente. En todo caso, destacamos que algunos AII celebrados recientemente incorporan disposiciones que asignan obligaciones a los inversionistas. De hecho, varios de estos AII contemplan disposiciones anticorrupción que resultan jurídicamente vinculantes para los inversionistas. Por ejemplo, el numeral 1 del art. 17 del AII suscrito entre Nigeria y Marruecos señala que cada parte contratante tiene el compromiso de tomar medidas para prevenir y combatir la corrupción. Entretanto, el numeral 2 señala que los inversores no deberán incurrir en actos de corrupción como el cohecho o el tráfico de influencias, tanto al momento en que realizan la inversión como con posterioridad a ello. Por su parte, el numeral 3 agrega que los inversores no deben ser cómplices de actos de corrupción, mientras que el numeral 4 estipula que una infracción al art. 17 configurará una infracción al derecho interno de las partes contratantes. Por su parte, en el preámbulo del AII entre Eslovaquia e Irán se estipula que las partes contratantes están determinadas a prevenir y combatir la corrupción en las inversiones internacionales.

Disposiciones de esta índole consignadas en algunos AII son importantes porque reflejan el papel constitutivo que tanto las instituciones públicas como el sector privado desempeñan en los actos de corrupción. De este modo, no solo les asignan a los Estados el compromiso de luchar contra la corrupción, sino que también ex-

tienden dicho compromiso a los inversionistas. En tal medida, estos instrumentos difieren de la mayoría de iniciativas internacionales de lucha contra que simplemente consagran que los Estados tienen el deber de prevenir y castigar la corrupción. Consideramos, en consecuencia, que los países de Latinoamérica pueden hacer extensiva la práctica de utilizar el clausulado de sus AII para reposicionar una concepción amplia de la corrupción que comunique a las empresas su responsabilidad de no ser cómplices con los actos de corrupción. Además, los Estados pueden incorporar un lenguaje más preciso a los AII, señalando que la corrupción en tanto fuente de ilegalidad de las inversiones puede presentarse en cualquiera de las etapas de un proyecto de inversión. Asimismo, los Estados podrían incluir prácticas como el lobby corporativo dentro del ámbito de comportamientos indebidos en los que incurren los inversores, o establecer condiciones uniformes de cómo deberán probarse las alegaciones de corrupción.

En suma, nada en la práctica les impide a los Estados incorporar a sus AII disposiciones anticorrupción que sean vinculantes tanto para ellos mismos como para los inversores. Al contrario, se trata más de una cuestión de falta de voluntad política y de romper con los paradigmas dominantes que han informado la respuesta global ante el fenómeno de la corrupción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

Abaclat y otros v. la República Argentina. (agosto 4 de 2011). Caso CIADI No. ARB/07/05/, Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad.

African Holding Company of America, Inc. and Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. v. la República Democrática del Congo. (julio 29 de 2008). Caso CIADI No. ARB/05/21, decisión sobre excepciones a la jurisdicción y la admisibilidad.

Alasdair Ross Anderson y otros v. la República de Costa Rica. (mayo 19 de 2010). Caso CIADI No. ARB(AF)/07/3, laudo.

Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. la República de Indonesia. (febrero 24 de 2014). Caso CIADI No. ARB/12/14 y 12/40, Decisión sobre jurisdicción.

Copper Mesa Mining Corporation v. la Republica de Ecuador. (marzo 15 de 2016). Caso PCA No. 2012-2, laudo.

Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited & Stirling Capital Limited v. la Republica de Kenia. (octubre 22 de 2018). Caso CIADI No. ARB/15/29, laudo.

David Aven y otros v. la República de Costa Rica. (septiembre 18 de 2018). caso No. UNCT/15/3, laudo final.

EDF (Services) Limited v. Romania. (octubre 8 de 2009). Caso CIADI No. ARB/05/13, laudo.

F-W Oil Interests, Inc. v. la República de Trinidad y Tobago. (marzo 3 de 2000). Caso CIADI No. ARB/01/14, laudo.

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. la República de Filipinas. (agosto 16 de 2007). Caso CIADI No. ARB/03/25, laudo.

Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. v. la República de Colombia. (agosto 27 de 2019). Caso CIADI No ARB/16/6, laudo.

Gustav FW Hamester GmbH & Co KG v. la República de Ghana. (junio 18 de 2010). Caso CIADI No. ARB/07/24, laudo.

Hesham Talaat M. Al-Warraq v. la Republica de Indonesia. (diciembre 15 de 2014). UNCITRAL, laudo final.

Inceysa Vallisoletana, S.L. v. la Republica de El Salvador. (agosto 2 de 2006). Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo.

Jan Oostergetel and Theodor Laurentius v. la Republica de Eslovaquia. (abril 23 de 2012). UNCITRAL, laudo final.

Joy Mining Machinery Limited v. la República Árabe de Egipto. (agosto 6 de 2014). Caso CIADI No. ARB/3/11, decisión sobre jurisdicción.

Lao Holdings N.V. v. República Popular Democrática de Lao. (agosto 6 de 2019). Caso CIADI No. ARB(AF)/12/6, laudo.

Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v. Malasia. (mayo 17 de 2007). Caso CIADI No. ARB/05/10, decisión sobre jurisdicción.

Malicorp Limited v. la República Árabe de Egipto. (febrero 7 de 2011). Caso CIADI No. ARB/08/18, laudo.

Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. v. la República de Albania. (marzo 30 de 2015).Caso CIADI No. ARB/11/24, laudo.

Metal-Tech Ltd. v. la República de Uzbekistán. (octubre 4 de 2013).Caso CIADI No. ARB/10/3, laudo.

Mr. Patrick Mitchell v. la República Democrática del Congo. (noviembre 1 de 2016).Caso CIADI No. ARB/99/7, decisión sobre la anulación del laudo.

Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ("Bapex") and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ("Petrobangla"), ICSID. (Feb 25, 2019).Case No. ARB/10/18, Decision on the Corruption Claim.

Phoenix Action Ltd. v. la República Checa. (abril 15 de 2009). Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo.

Plama Consortium Limited v. la Republica de Bulgaria. (agosto 27 de 2008). Caso CIADI No. ARB/03/24, laudo.

Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún v. Estado Plurinacional de Bolivia. (septiembre 27 de 2014). Caso CIADI N.º ARB/06/2, Decisión sobre jurisdicción.

Saba Flakes v. La Republica de Turquía. (julio 14 de 2010).Caso CIADI No. ARB/07/20, laudo.

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Reino de Marruecos. (julio 31 de 2001). Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre jurisdicción.

Spentex Netherlands, B.V. v. la República de Uzbekistán. (diciembre 27 de 2016). Caso CIADI No. ARB/13/26, laudo.

Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. la República Argentina. (diciembre 21 de 2012). Caso CIADI No. ARB/09/1, decisión sobre jurisdicción.

TSA Spectrum de Argentina S.A. v. la República Argentina. (diciembre 19 de 2008). Caso CIADI No. ARB/05/5, laudo.

Unión Fenosa Gas S.A. v. la República Árabe de Egipto. (agosto 31 de 2018). Caso CIADI No. ARB/14/4, laudo.

Vladislav Kim y otros v. la Republica de Uzbekistán. (marzo 8 de 2017).Caso CIADI No. ARB/13/6, Decisión sobre jurisdicción.

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. la República Árabe de Egipto. (junio 1 de 2009). Caso CIADI No. ARB/05/15, laudo.

Wena Hotels Limited v. la República Árabe de Egipto. (diciembre 8 de 2000). Caso CIADI No. ARB/98/4, laudo.

World Duty Free Company v la República de Kenia. (octubre 4 de 2006.). Case CIADI No. ARB/00/7, laudo

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation. (julio 18 de 2014). UNCITRAL, laudo final.

Doctrina

Akindeire, A. (2021). "Corruption in Investor-State Arbitration: Balancing the Scale of Culpability". En: Chaisse, J., Choukroune, L., & Jusoh, S. (Eds.). *Handbook of International Investment Law and Policy*. Springer. Pp. 865-879.

Bernasconi, N. (2020). "Inclusion of Investor Obligations and Corporate Accountability Provisions in Investment Agreements". En: Chaisse, J., Choukroune, L., & Jusoh, S. (Eds.). *Handbook of International Investment Law and Policy*. Springer. Pp. 1-20.

Bonnitcha, J. & Mathew, A. (2020). Corruption in investor-state arbitration. Transparency International.

De Alba, M. (2015). Drawing the Line: Addressing Allegations of Unclean Hands in Investment Arbitration. *Revista de Direito Internacional. Vol. 12(1). Pp. 321-337.*

Douglas, Z. (2014). "The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration". *ICSID Review.*

Dumberry, P., & Dumas, G (March 3, 2014). How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? *4 Yearbook on International Investment Law and Policy*, 2011-2012.

Fuchs, D. (2007). *Business Power in Global Governance*. Boulder: Lynne Rienner Publishers.

Gaillard, E. (2019). "The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration", Arbitration International. Volume 35(1). Pp. 1-19.

García, O. (2011). "Economic Development at the Core of the International Investment Regime". En: C. Brown, & K. Miles, (Eds.). *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 586-605.

Katzarova, E. (2019). *The Social Construction of Global Corruption: From Utopia to Neoliberalism*. Cham: Springer International Publishing.

Kozyakova, A. (2021). Foreign Investor Misconduct in International Investment Law. Springer International Publishing.

Llamzon, A. (2015). "The State of the 'Unclean Hands' Doctrine in International Investment Law: Yukos as Both Omega and Alpha". ICSID Review 315.

Llamzon., A. (2014). Corruption in Investment Arbitration. Oxford University Press.

Low, L. (2019). Dealing with Allegations of Corruption in International Arbitration. *AJIL Unbound*. Vol 113. Pp. 341-345.

Marcoux, J. (2020). Transnational Public Policy as a Vehicle to Impose Human Rights Obligations in International Investment Arbitration. The Journal of World Investment & Trade. Vol 21(6). Pp. 809-846.

Martsekis, G. (2019). Corruption as a Jurisdiction Bar in Investment Treaty Arbitration: A Strategic Reform. ITA in Review. Vol 1(2).

Muchlinski, P. (2006). 'Caveat Investor'? The Relevance of the Conduct of the Investor Under the Fair and Equitable Treatment Standard. *International and Comparative Law Quarterly*. Vol *55*(3). Pp. 527-558

Nadakavukaren, K. (2021). "Crime in International Investment Arbitration". En: Chaisse, J., Choukroune, L., & Jusoh, S. (Eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy*. Springer. Pp. 419-435.

Nessi, G. (2017). "Transnational Prosecution of Grand Corruption and its Discontent." En: Van der Wilt, H. & Paulussen, C. (Eds.), *Legal Responses to Transnational and International Crime: Towards an Integrative Approach*. Edward Elgar Publishing. Pp. 168-180.

Newcombe, A. (2011). "Investor Misconduct: Jurisdiction, Admissibility or Merits?" En: C. Brown, & K. Miles, (Eds.). *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 187-200.

Newcombe, A., & Paradell, L. (2009). Law and practice of investment treaties: standards of treatment. Kluwer Law International BV, Alphen aan den Rijn.

Olasolo, H. "Conclusiones". En: Olasolo, H., Buitrago, E., Mané C., Sánchez Sarmiento, A. (Eds.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Olasolo, H. & Mané, C. (2021). "La respuesta desde los mecanismos de aplicación del Derecho internacional penal: especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional". En: Olasolo, H., Buitrago, E., Mané C., & Sánchez, A. (Eds.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Partasides, C. (2010). Proving Corruption in International Arbitration: A Balanced Standard for the Real World. ICSID Review - Foreign Investment Law Journal. Vol 25(1). Spring. Pp. 47-62.

Peters, A. (2018). "Corruption as a Violation of International Human Rights", European Journal of International Law. Volume 29(4). Pp. 1251-1287,

Pohl, J. (2018). *Societal Benefits and Costs of International Investment Agreements: A critical Review of Aspects and Available Empirical Evidence*. Paris: OECD Publishing.

Prieto, A., & Tamayo, R., & Soto, S. (2020). Perspectivas antagónicas frente a los beneficios de la consolidación del derecho internacional de la inversión extranjera como subsistema del derecho internacional económico. En: Prieto, E. (Ed.). Urueña, R. (Ed.). Acosta, J., et al. (2020). Debates contemporáneos de derecho internacional económico Editorial Universidad del Rosario.

Schill, S. (2012). 'Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration'. 11 The Law and Practice of International Courts and Tribunals. Pp. 281-283.

Starr, S. (2007). "Extraordinary Crimes at Ordinary Times: International Justice Beyond Crisis Situations". *Northwestern University Law Review*. Vol *101*(3). Pp. 1257-1314.

Tamayo, R. (2020). *David Aven v Costa Rica: A step forward towards investor accountability for environmental harm? RECIEL* 29. Pp. 301-306.

Tamayo, R. (2020). The Strategic Use of International Investment Law in Colombia – Textiles: Navigating within the International Regime Complex for Development. *Law and Development Review*. Vol. 13(1). Pp. 31-58.

Tamayo, R. & Prieto, E. (2021). La sección especializada en derecho internacional penal de la corte africana de justicia y de derechos humanos y de los pueblos en relación con la corrupción. En: Olasolo, H. *et al.* (coord.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano*. Pp. 731-738. Tirant Lo Blanch.

Viñuales, J. (2017). Investor Diligence in Investment Arbitration: Sources and Arguments. ICSID Review.

Voon, T., Mitchell, A. & Munro, J. (2014). Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration. Journal of International Dispute Settlement, Volume 5(1). Pp. 41-68.

Informes, resoluciones y otros documentos

Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. (14 de diciembre de 2005). Doc. ONU A/58/422.

Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. (21 de octubre de 2015). Doc. ONU A/RES/70/1.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Capítulo 9

Conclusiones

HÉCTOR OLASOLO[*]
JUAN JOSÉ ROMERO MORALES[*]
GABRIELA VELÁSQUEZ MEDINA[*]
MARÍA JULIANA CONDE ARIAS[*]

---

[*] 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 (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: http://orcid.org/0000-0001-9724-0163.

[*] Abogado de 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" (2020-2023). Se ha desempeñado como asistente de investigación en la Universidad del Rosario, ha trabajado como abogado asesor y litigante en casos relacionados con Derecho Penal Corporativo y fue practicante en la Sala de Reconocimiento de Verdad de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia.

[*] Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia). Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad del Externado (Colombia). Consultora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Min-

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción es un fenómeno multicausal, que genera múltiples consecuencias negativas para la vida en común, incluyendo el menoscabo de la legitimidad en el ejercicio del poder político y la afectación del Estado de derecho. Es, por tanto, un fenómeno complejo que afecta a los sectores público y privado, y a sus interacciones. De ahí que sea necesario recurrir a las diferentes ramas del derecho para prevenir los actos de corrupción y buscar la rendición de cuentas.

En el ámbito privado, la corrupción se manifiesta particularmente a través de comportamientos tales como el soborno, la malversación o peculado, la administración desleal, el *insider trading* y otros mecanismos de abuso del poder económico, afectando gravemente a bienes jurídicos esenciales como la transparencia, la competencia, el desarrollo económico y la consolidación de sociedades más justas.

Entre los elementos característicos de este fenómeno, destaca el hecho de que la corrupción, tanto en su faceta pública, como privada, ha dejado de ser un problema nacional porque traspasa las fronteras de los Estados, participando activamente en la misma, además de instituciones públicas, actores privados transnacionales (como, por ejemplo, empresas multinacionales) y organizaciones delincuenciales, que se articulan en auténticas redes transnacionales de corrupción.

En este contexto surge la pregunta de en qué medida el derecho privado, la cooperación jurídica internacional, las estrategias regulatorias de los mercados ilícitos (especialmente, a la luz de las nuevas tecnologías y aproximaciones tributarias a los ingresos obtenidos al margen de la ley) y el arbitraje de tratados de inversión pueden aportar a la lucha contra de la corrupción (en particular, frente a las

---

ciencias) 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" (2020-2023).

* Estudiante de Jurisprudencia y Monitora de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia).

prácticas de corrupción privada asociadas al COT) y cuáles son sus limitaciones.

La presente obra se propone abordar esta pregunta a través de una serie de trabajos organizados de la siguiente manera: (a) las respuestas desde el liderazgo ético y las acciones colectivas para la transparencia en los negocios (parte 1: capítulos 1 y 2); (b) las respuestas desde los mecanismos de recuperación de activos ilícitos, cooperación internacional en materia civil, y el reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes (parte 2: capítulos 3 a 5); (c) las respuestas desde las nuevas tecnologías, las estrategias regulatorias de los mercados ilícitos y la tributación de los ingresos derivados de actividades al margen de la ley (parte 3: capítulos 6 y 7); y (d) las respuestas desde el arbitraje de inversión (parte 4: capítulo 8).

Además, si bien las particularidades propias de cada uno de los aspectos analizados no ha permitido que todos los capítulos hayan seguido una misma estructura, una buena parte de los mismos se han desarrollado de la siguiente manera: primero, recogen una breve explicación del alcance de la temática objeto de análisis, planteando su relevancia como escenario de especial afectación por la corrupción, para, a continuación, abordar el estado del arte sobre dicha cuestión en los instrumentos internacionales que le son aplicables, y su actual regulación en: (a) ciertos países no latinoamericanos que ejercen una especial influencia en América Latina (principalmente, España y Estados Unidos); y (b) aquellos países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México y Perú), que por su tamaño, población y peso político y económico tienen una particular relevancia en la región. Finalmente, se sintetizan las principales conclusiones alcanzadas y se formulan una serie de recomendaciones para América Latina en general, y Colombia en particular.

Este capítulo 9 sistematiza en la quinta y última parte de la obra las principales conclusiones alcanzadas por los autores, dejando para el capítulo siguiente la sistematización de las recomendaciones formuladas para los ámbitos latinoamericano y colombiano, con el fin de promover así una lucha anticorrupción más eficaz contra este fenómeno.

A estos efectos, el capítulo se estructura de la siguiente manera. En primer lugar, en la sección 2 se realiza una primera aproximación al problema de la corrupción privada, su falta de medición y sus causas con base en los hallazgos realizados por el grupo sobre perspectivas criminológicas de la red de investigación perspectivas iberoamericanas sobre la justicia (la Red), en el marco de la cual se integra este volumen, que ha sido preparado por su grupo de derecho privado, cooperación internacional en materia civil, regulación de mercados ilícitos y arbitraje de tratados de inversión (el Grupo). En segundo lugar, las secciones 3 a 6 se dedican a sintetizar las principales conclusiones alcanzadas por los autores con respecto a cada una de las temáticas abordadas en las cuatro partes arriba mencionadas en las que se ha organizado el volumen. Por último, en la sección 7 se concluye el capítulo con unas reflexiones finales.

2. PRIMERA APROXIMACIÓN AL PROBLEMA DE LA CORRUPCIÓN PRIVADA, SU FALTA DE MEDICIÓN Y SUS CAUSAS

Como el grupo sobre perspectivas criminológicas de la Red ha subrayado, el debate público sobre la corrupción se ha centrado principalmente hasta el momento en las prácticas que afectan a las entidades estatales. En particular cuando se trata de escándalos que involucran a figuras políticas relevantes. Esto no significa, sin embargo, que la corrupción privada no exista, o que sus niveles sean necesariamente inferiores a los de la corrupción pública. Por el contrario, lo que demuestra esta situación es un grave problema de medición, que se debe, en gran medida, a la renuencia del mundo corporativo a que sus prácticas de corrupción privada se den a conocer en el ámbito público, debido a las posibles consecuencias jurídicas y al impacto negativo sobre su reputación corporativa (Da Silva, Agapito, Saad-Diniz & Olasolo, 2024: en prensa).

El problema es mayor en aquellos países en lo que por falta de regulación, o de aplicación, no se persiguen penalmente las prácticas más graves de corrupción privada, como el soborno entre privados. Esto no solo contraviene la legislación internacional en la materia,

como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC o Convención de Mérida) (2023) o la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (Convención OCDE) (1997), sino que al evitar la activación del sistema de justicia penal, y la consiguiente cooperación de las víctimas y los testigos (la cual es esencial para para conocer la naturaleza y extensión de las prácticas de corrupción privadas y para identificar a quienes las cometen), se dificulta sobremanera obtener información precisa sobre dichas prácticas y promover la transparencia pública en el actuar empresarial, comenzando por sus propios consumidores, lo cual tiene un impacto directo en el nivel de eficacia preventiva (Da Silva, Agapito, Saad-Diniz & Olasolo, 2024: en prensa).

Esto es particularmente importante, teniendo en cuenta que el incremento del grado de preocupación sobre la corrupción privada y los principales desarrollos legislativos con los que se ha pretendido abordar no han sido sino reacciones a los distintos escándalos que se han sucedido en el tiempo. Así lo muestran los casos paradigmáticos de EE.UU. y el Reino Unido. El primero caracterizado por la aprobación de: (a) la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) (1977) a raíz de los escándalos provocados en la década de 1970 por las actuaciones de la transnacional *American Telephone and Telegraph* (AT & T) en Chile y el caso Watergate; (b) la *Sarbanes-Oxley Act* (2002) a consecuencia del escándalo de la transnacional Enron en 2002; y (c) la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (2010) y la *Foreign Account Tax Compliance Act* (2012) como reacción al escándalo de las hipotecas basura (*subprimes*) en 2006 y la subsiguiente crisis financiera de 2008. Del mismo modo en el Reino Unido, la aprobación de la *UK Bribery Act* (2010) no fue sino el resultado de la creciente preocupación con la gobernanza corporativa en el *London Stock Exchange* y los comités de Cadbury, Greenbury y Hempel.

En este contexto, la presente obra colectiva ofrece un análisis a partir de: (a) diferentes elementos del derecho privado, la cooperación internacional en materia civil, el arbitraje de tratados de inversión y ciertas propuestas de regulación de los mercados ilícitos; y (b) la forma en que estos pueden ser empleados para reforzar la lucha contra la corrupción (y en particular, frente a las prácticas de corrup-

ción privada) que se encuentra vinculada al crimen organizado transnacional (COT) en América Latina y, especialmente, en Colombia. Sin pretensiones de exhaustividad, el volumen aborda ciertos aspectos que pueden resultar especialmente interesantes para combatir estas prácticas, y que por tanto ameritan una reflexión más profunda al respecto.

3. LAS RESPUESTAS DESDE EL LIDERAZGO ÉTICO Y LAS ACCIONES COLECTIVAS PARA LA TRANSPARENCIA EN LOS NEGOCIOS

3.1. Los programas de cumplimiento para la prevención de la corrupción empresarial: del control normativo al liderazgo ético

La primera parte de la obra comienza con el capítulo 1, en el que Martínez-Sánchez señala que, si bien el origen de los planes o programas de cumplimiento normativos es un tema objeto de debate en la comunidad académica, es evidente que desde finales de la década de 1970 se observa un incremento en el número de políticas públicas, generadas principalmente en EE.UU., cuyo fin consistía en implementar modelos de cumplimiento en el sector privado, con el fin de impedir prácticas corruptas. Entre ellas, destaca en particular la FCPA de 1977, que imponía la aplicación de programas de cumplimiento a las empresas estadounidenses que operaban en el extranjero, y designaba al Departamento de Justicia y a la Comisión de Valores e Intercambios como entidades responsables en materia de regulación, control y sanción.

Los programas fueron implementados como herramientas de control corporativo, siendo la función de los oficiales de cumplimiento fundamental en hacer seguimiento a las medidas adoptadas por las empresas en aplicación de dichos programas. Lo anterior fue posible a través del apoyo de las áreas de auditoría interna, que les informaban acerca de la implementación de los planes de cumplimiento al interior de sus empresas. Así mismo, los oficiales analizaban la actividad de las empresas subordinadas para asegurarse que los programas de cumplimiento también fueran implementados en ellas.

Sin embargo, con el paso del tiempo, estos modelos de intervención, principalmente externos, se vieron complementados con herramientas organizacionales internas, generando sistemas de prevención más sólidos.

En la década de 1980, la guerra contra las drogas se convirtió en una de las prioridades de la sociedad internacional. Esto hizo que el control financiero sobre los grupos narcotraficantes se convirtiera en uno de los frentes de mayor relevancia para los Estados, lo que supuso, a su vez, que los programas de cumplimiento y control, sobre las entidades financieras, se vieran notablemente reforzados.

Posteriormente, durante la década de 1990, las áreas de cumplimiento dentro del sector financiero priorizaron el control sobre el lavado de activos, para lo que desarrollaron e implementaron programas enfocados en el conocimiento del cliente y en el monitoreo de las transacciones financieras, con el fin de identificar operaciones sospechosas. Fruto de esta dinámica nació el Comité de Supervisión Bancaria de Basilia (CSBB), cuyo mandato consiste en estandarizar ciertos principios frente a las prácticas bancarias en todo el mundo.

En este orden de ideas, el CSBB adoptó tres enfoques transversales que debían ser implementados por las entidades financieras para combatir el lavado de activos. En primer lugar, se exigió la implementación de auditorías especializadas que se enfocaran en determinar el nivel de cumplimiento alcanzado por las entidades financieras en materia de conocimiento del cliente, cooperación con las autoridades, seguimiento de la ley en materia transaccional e integración de los principios de Basilea.

En segundo lugar, se desarrolló a partir de 2004 un nuevo enfoque basado en el riesgo (EBR), que pretendía generar estándares de debida diligencia mucho más altos en las entidades financieras, por lo que estás no podían limitarse a implementar de manera superficial la normativa relacionada con la prevención del lavado de activos (PLA), sino que era necesario que las entidades generaran modelos de autorregulación que se ajustaran a sus circunstancias concretas.

En consecuencia, el conocimiento de los diferentes riesgos a los que estaban expuestas se convirtió en fundamental, por lo que las autoridades supervisoras tuvieron que adoptar también un cambio

de enfoque, dejando a un lado el papel esencial que hasta entonces habían tenido las auditorías, para dar prioridad a: (a) la evaluación de los análisis de riesgos realizados por las entidades financieras; y (b) hacer seguimiento del nivel de aplicación de los modelos de gestión de los riesgos identificados.

En tercer lugar, como respuesta a la crisis financiera de 2008, el CSBB desarrolló un nuevo enfoque basado en la micro y macro prudencia, que buscaba flexibilizar los principios anteriormente fijados para facilitar su incorporación a la normativa interna de cada país. Como parte del mismo, el CSBB impuso a las entidades financieras las siguientes obligaciones: (a) identificar, medir y mitigar las amenazas y vulnerabilidades generales relacionadas con los riesgos a las que estaban expuestas de manera global; y (b) identificar y hacer seguimiento a las operaciones sospechosas, con el fin de gestionar los riesgos e impedir su materialización.

De esta manera, si bien la corrupción corporativa llegó a ser un asunto importante en la década de 1990, lo que tuvo como consecuencia la aprobación en aquel entonces de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) (1996), la Convención OCDE (1997) y la Convención de Mérida (2003), solo en los últimos años ha vuelto a ser un tema relevante para los Estados y las empresas de América Latina debido a numerosos escándalos, entre los que destaca el caso Odebrecht.

Como resultado, las principales entidades internacionales presentes en la región han reforzado su intervención con el fin de impulsar la implementación de los dos pilares principales contenidos en dichas convenciones (sobre todo en la Convención de Mérida): la prevención y la represión. Ambos pilares se basan en la implementación de modelos de cumplimiento estandarizados con el fin de, entre otras cosas: (a) supervisar sectores económicos específicos para dificultar el desarrollo de prácticas corruptas; (b) promover el fortalecimiento de la arquitectura jurídica nacional para intensificar la persecución estatal de los infractores por vía penal, disciplinaria y fiscal; y (c) generar estándares más altos de cooperación y asistencia internacional.

Ante la renovada preocupación por la corrupción, y en particular por la corrupción corporativa, surge la cuestión relativa a qué otras herramientas tiene el sector privado a su disposición para abordar este fenómeno, lo cual, depende en última instancia, de cuáles se consideran que son las causas de la corrupción. Para ello, es importante tener en cuenta que, inicialmente, la lucha contra la corrupción empresarial se basó en la rendición transparente de cuentas al considerar que la misma era fruto de la intersección de tres factores: el monopolio de la decisión, la discrecionalidad y la falta de transparencia. Sin embargo, con el paso del tiempo se empezó a notar que había sujetos que, aunque estuvieran en posiciones donde los tres factores se cumplían, decidían obrar de manera correcta.

Esto llevó a cambiar el enfoque anticorrupción para centrar la atención en la introducción de desincentivos como esquemas de recompensas o mayor probabilidad de detección, al considerarse que la corrupción se debía, en última instancia, a una evaluación de costos y beneficios que comparaba, por un lado, la posibilidad de detección y la entidad del castigo, y por otro, los réditos percibidos del acto corrupto.

Sin embargo, esta visión comenzó también a decaer a partir de 2008, al adquirir prominencia una nueva teoría que desestimaba la existencia de un cálculo enteramente racional de costos y beneficios, y, en su lugar, indicaba que la decisión de actuar de manera corrupta respondía a "impulsos" subjetivos que partían de la propia percepción de los autores o participes del acto corrupto. Esto significaba que el cálculo se basaba más en la propia experiencia y percepción de los implicados, que en estudios y análisis estadísticos.

Recientemente, han aparecido otras teorías que afirman que los individuos basan su toma de decisiones en expectativas cognitivas de comportamiento, lo que implica que hay una tendencia a la imitación conductual. En consecuencia, si la normalidad social implica el quebrantamiento de una norma, lo más probable es que diferentes miembros de la sociedad se comporten de una manera similar.

Es en este contexto, en el que adquiere relevancia el enfoque anticorrupción basado en la cultura ética empresarial, entendida como el conjunto de factores que incentivan el comportamiento ético en

una organización y determinan las características que la identifican y diferencian de otras organizaciones, en lo relativo a la manera en que se enfrentan los dilemas éticos.

Según este enfoque, al hacer parte las organizaciones de un sistema integrado por grupos de interés, proveedores y otras empresas, para entender la cultura ética de una empresa es necesario comprender cómo se organiza su entorno, teniendo en cuenta que numerosos estudios señalan que el entorno institucional tiene incidencia en el surgimiento de liderazgos éticos. Esto se debe a que, si es más probable que surjan este tipo de liderazgos en las organizaciones en las cuales existen niveles altos de reproche social al comportamiento contrario a la norma, la probabilidad será todavía mayor cuando el reproche no solo es social, sino también institucional.

Ante la creciente importancia de la cultura ética empresarial, se han desarrollado diferentes aproximaciones para generar una cultura ética más robusta, cada una de las cuales propone medios diferentes para promover que la conducta se ajuste a la normativa y desincentivar los actos de corrupción. Entre ellas destacan la individual y la situacional. La primera, es impulsada desde las áreas de recursos humanos, con el fin de transformar a cada miembro de la organización en un agente ético. Por su parte, la segunda pretende crear marcos referenciales de conducta encaminados a inducir el comportamiento ético en los miembros de la organización, independiente de sus creencias, hábitos y opiniones.

Esta segunda aproximación es puesta en marcha a través de diferentes técnicas, entre las que resaltan dos corrientes del marketing: la cultural y la social. Ambas tienen como fin generar cambios estructurales en la forma en que los individuos se comportan, pero se diferencian en las herramientas empleadas para alcanzar dicho fin. Así, el marketing cultural se enfoca en la promoción de un sistema de valores que encamine el actuar del individuo, mientras que el marketing social hace uso de técnicas propias del *marketing* tradicional, como la psicología conductual, para generar cambios.

En todo caso, con independencia de la aproximación que se adopte, lo relevante para Martínez-Sánchez es que el liderazgo ético puede constituir un elemento esencial para la lucha contra la co-

rrupción privada, al basarse en la implementación por la dirigencia de una organización de políticas no transaccionales enfocadas en la transformación de sus demás integrantes.

Esto es reconocido por el propio sector privado que se ha interesado en promover las competencias éticas y de liderazgo en las personas que hacen parte de la organización, así como de fortalecer la posición institucional frente a las faltas éticas, antes de esperar la llegada, desde afuera, de un individuo con ciertas características que permitan implementar sus planes de cultura ética empresarial.

3.2. Las acciones colectivas para la transparencia en los negocios

El capítulo 2 completa la primera parte del volumen. En el mismo, Hernández-Zambrano & López-Castro parten de la premisa de que esperar por una construcción ontológica del fenómeno de la corrupción, y de las prácticas de corrupción privada asociadas al COT, resulta contraproducente en la práctica, por lo que resulta más recomendable centrarse en algunas características especialmente relevantes del fenómeno, como su carácter transnacional y la necesaria coordinación entre agentes pertenecientes tanto al sector público como al privado.

En consecuencia, la manera más efectiva de prevenir o castigar los actos de corrupción pasa por superar los enfoques unitaristas basados en uno u otro sector, y adoptar modelos que abarquen y coordinen ambos sectores, como el basado en un sistema de intervención estatal retroalimentado por la información de los privados. Este tipo de modelos favorece el desarrollo de leyes y políticas públicas mucho más eficientes porque entender las dinámicas económicas de los distintos sectores permite, al menos, limitar los incentivos que son considerados al momento de tomar las decisiones corruptas.

En este contexto, las acciones colectivas entendidas como la suma coordinada de esfuerzos individuales por parte de los miembros de un grupo con un objetivo en común, pueden constituir una valiosa herramienta de coordinación enfocada en combatir la corrupción transnacional en las relaciones que componen el ámbito empresarial.

Uno de los mayores retos concerniente al impulso y promoción de las acciones colectivas radica en su carácter general porque, si bien algunos miembros del grupo aportan individualmente en pro de un cambio en la situación actual del conglomerado, el beneficio es percibido por todos. Esto genera un problema de *freeriders,* el cual ha sido abordado a través de sanciones dirigidas a desincentivar la comisión de actos motivados por cálculos individualistas que son contrarios a los intereses generales. No obstante, estas soluciones han demostrado ser inefectivas porque, en última instancia, el problema de la corrupción no es un problema enteramente económico o racional.

Además, con el fin de prevenir y corregir las acciones corruptas es muy importante determinar sobre quien recae la responsabilidad de mitigar y, en su caso, combatir, los efectos de la corrupción, la cual debería corresponder a quienes tienen poder, influencia, interés o capacidad de asociación en relación con la situación en particular. Estos cuatro factores están relacionados con la definición de acción colectiva, basada en la motivación y potencial de influencia de aquellos colectivos encabezados por quienes cumplen con los mismos.

En cuanto a las formas de acción colectiva, los autores analizan los pactos de integridad en la contratación, los pactos empresariales o códigos de ética sectoriales, y las experiencias de autorregulación, para luego determinar cuáles de estas manifestaciones podrían ser eficaces para responder a la corrupción asociada al COT.

Los primeros tienen como objetivo aumentar la competencia en los procesos de contratación pública, estando su duración y objetivos limitados al proceso de contratación específico, así como a la ejecución y liquidación de las obligaciones para las que fueron diseñados. De la suscripción de estos documentos nacen obligaciones de hacer y no hacer relativas a la materialización de un proceso de contratación justo, transparente y libre de corrupción. Además, uno de sus elementos de mayor relevancia es la introducción de mecanismos de supervisión externa e independiente a las organizaciones contratantes.

En cuanto a los pactos empresariales, su objetivo principal es proteger la libre y leal competencia, siendo suscritos entre empresarios de ciertos sectores. Esto se produce como consecuencia de que el

mercado, como bien común, se ve afectado por las prácticas de corrupción, disminuyendo su eficiencia o aumentando los costos de participación dentro del mismo, por lo que la adopción de acuerdos de ética tiene como finalidad mantener un mercado mucho más dinámico y productivo en el sector de que se trate.

Normalmente, los pactos son acuerdos plurilaterales en los que se consignan las bases éticas que rigen las negociaciones y transacciones dentro de un sector económico determinado. Por lo tanto, pueden entenderse como una herramienta de autorregulación, que representa además beneficios reputacionales para las empresas que participan (siendo este otro incentivo para que más actores privados se involucren en este tipo de iniciativas). Además, algunos pactos han llegado a introducir la figura del comité de ética, el cual tiene competencia sobre la investigación y juzgamiento de las conductas contrarias a las pactadas, a través de la figura del amigable componedor. En el plano internacional, la ONU y B Lab consideran la participación de las empresas en acciones colectivas como una forma de contribución a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

Debido a la naturaleza autorreguladora de los pactos empresariales, estos se construyen de manera independiente al sistema normativo en el que se encuentran sus partes, sin radicar en la ilegalidad. Por lo tanto, es imposible realizar un análisis de derecho comparado frente a estas herramientas anticorrupción. No obstante, es posible analizar las tendencias regionales que hay en su estructuración y aplicación.

En el plano internacional no latinoamericano existen tres acciones colectivas que cabe destacar: (a) la *Alliance for Integrity* (AFI); (b) el *Partnering Against Corruption Initiative* (PACI); y (c) la *Maritime Anti-Corruption Network* (MACN). De su análisis es posible concluir que uno de los pilares fundamentales de este tipo de acciones colectivas es la retroalimentación empresarial, donde tanto las empresas con mayor tamaño como las más pequeñas logran beneficiarse mutuamente del intercambio de información. Esto es posible gracias a la estipulación de acuerdos horizontales donde todas las partes son vistas como iguales y persiguen objetivos comunes.

En América Latina, vale la pena resaltar la manera en que el sector farmacológico, incluso a nivel regional, ha buscado implementar herramientas de autorregulación como el Código de Ética y Transparencia del Consejo de Ética y Transparencia de la Industria Farmacéutica de México, el Código de Interacción con los Profesionales del Cuidado de la Salud de la Asociación Mexicana de Industrias Innovadoras de Dispositivos Médicos y el Código de Buenas prácticas suscrito por las empresas biofarmacéuticas que conforman la Federación Centroamericana y del Caribe de Laboratorios Farmacéuticos.

En cuanto a Colombia, el primer pacto empresarial fue celebrado por el sector de fabricantes de tuberías (para el año 2005, once de los doce actores activos en el mercado lo habían suscrito), gracias a que la coordinación entre las ONGs, el Estado y las empresas del sector permitió identificar riesgos específicos relacionados con actos de corrupción y su actividad económica. Uno de los puntos más interesantes del pacto fue el compromiso de extenderlo a quienes no eran partes del mismo a través de cláusulas contractuales suscritas con los distribuidores. Posteriormente, se han adoptado muchos otros pactos empresariales en sectores como el farmacéutico, el agropecuario y el eléctrico, entre otros.

Finalmente, en relación con el fenómeno de la corrupción asociada al COT, es importante mencionar que debido a las características intrínsecas de este fenómeno (mutabilidad y coordinación) el factor de mayor permanencia son las personas involucradas en las prácticas corruptas. Además, la identificación de una autoridad que pueda hacer frente a esta situación resulta de gran complejidad, puesto que factores como la jurisdicción, la competencia y la capacidad de acción, entre otros, entran en juego, y si bien estas características se relacionan normalmente con el Estado, se ha demostrado que el actuar estatal tiende a ser ineficiente.

Ante esta situación, y teniendo en cuenta que nos encontramos en un mundo globalizado a través de dinámicas de mercado, Hernández-Zambrano & López-Castro subrayan como los privados poseen herramientas, como los pactos empresariales, que, si bien se ven impulsadas por sus deseos individuales de optimización de costos y beneficios reputacionales, no es menos cierto que pueden tener también efectos generales positivos. A esto hay que añadir la posibili-

dad de entender de primera mano los riesgos relacionados con la corrupción en sus sectores específicos, lo que favorece una articulación mucho más eficiente con los sistemas normativos nacionales, que es, en última instancia, lo que puede permitir combatir este fenómeno con mayor eficacia.

4. LAS RESPUESTAS DESDE LOS MECANISMOS DE RECUPERACIÓN DE ACTIVOS ILÍCITOS, LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL Y EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES FIRMES

4.1. Los mecanismos de recuperación de activos ilícitos

El capítulo 3 da inicio a la segunda parte de la obra. En el mismo Martínez-Sánchez aborda la cuestión relativa a cómo los mecanismos de recuperación de activos ilícitos, y especialmente la acción independiente de extinción de dominio en Colombia, pueden contribuir eficazmente a la lucha contra la corrupción vinculada al COT, debido a las siguientes razones:

1. La sociedad internacional ha comprendido que uno de los principales frentes para luchar contra el COT y las prácticas corruptas que promueve consiste en desarticular su poder económico, lo que ha hecho que los mecanismos de persecución de activos ilícitos se hayan convertido en unas de las herramientas de mayor relevancia para los Estados.

2. Si bien el derecho a la propiedad privada es reconocido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales, para que el mismo sea plenamente aplicable se exige normalmente que concurran las dos condiciones siguientes: (a) que los bienes tengan un origen lícito; y (b) que su destino no sea contrario a la ley. En consecuencia, cuando no se cumpla alguno de estos dos requisitos, el Estado en cuya jurisdicción se encuentra la persona que alega la titularidad de los bienes está facultado para perseguirlos, ya sea porque el derecho de dominio no corresponde a su tenedor (origen ilícito), o porque se perdió

la propiedad al destinar su uso a una actividad ilegal (destino contrario al derecho).

Aunque los modelos de persecución de activos ilícitos se pueden distinguir según se enfoquen en bienes derivados de actividades ilícitas (como la corrupción) o en bienes que se busca emplear para indemnizar los perjuicios, Martínez-Sánchez se centra, en particular, en los mecanismos propios de este segundo modelo, y en particular en los decomisos y en la extinción de dominio.

Con respecto a los decomisos, estos presentan, a su vez, varias modalidades. Así, en primer lugar, se encuentra el comiso penal, que es una herramienta utilizada para perseguir bienes que, o bien tienen una relación causal con el delito (son fruto de este), o presentan una relación modal con el mismo (fueron empleados para perfeccionar el ilícito), siendo necesaria una declaración de responsabilidad de un juez penal para su imposición.

La naturaleza de los bienes que pueden ser objeto de esta medida sancionatoria es bastante amplia, pudiendo incluso abarcar derechos personales (como los derivados de beneficios fiduciarios). Además, los terceros afectados tienen la oportunidad de demostrar una buena fe simple para mantener la propiedad sobre los bienes perseguidos, a diferencia de la necesidad característica de los procesos de extinción de dominio de demostrar una buena fe exenta de culpa o cualificada. En todo caso, una vez producida la declaratoria de comiso, la titularidad del bien corresponde a la Fiscalía al ser quien ejercita la acción penal.

En contraste con el comiso penal, se encuentra, en segundo lugar, el decomiso administrativo por infringir una norma de esta naturaleza. En estos casos, la declaración de decomiso es el resultado de un procedimiento administrativo sancionador, de manera que, cuando como resultado del mismo, se observa que hay una relación entre la infracción constatada y un determinado bien, se inicia un proceso declarativo para asumir la titularidad de los activos. Dentro de este tipo de procedimientos se permite, además, ordenar medidas cautelares de aprehensión, que consisten en la retención física de los bienes y la prohibición de disponer jurídicamente de ellos.

Finalmente, en tercer lugar, nos encontramos con una figura característica de la legislación colombiana como es la acción independiente de extinción de dominio, para cuya aplicación no es necesaria una declaración previa de responsabilidad en un proceso penal o en un procedimiento administrativo sancionador. El procedimiento a través del cual se lleva a cabo la extinción de dominio está regulado por la Ley 1708 (2014), reformada por la Ley 1849 (2017). Esta figura tiene su fundamento constitucional en el art. 34 de la Constitución Política de Colombia que prevé que "[…] por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social". La sentencia de extinción de dominio es de naturaleza declarativa porque el juez declara que la persona que alega ser titular del derecho de dominio en realidad no es dueña del bien, sino que sólo tiene una apariencia de propiedad, puesto que el delito no genera derechos.

La extinción de dominio también procede respecto de bienes lícitos que han sido destinados a actividades ilícitas, puesto que el beneficio patrimonial ilícito impide el reconocimiento y protección estatal del derecho a la propiedad sobre los bienes afectados. En consecuencia, el derecho no se pierde a partir del momento de la sentencia, sino desde que el bien fue usado para actividades contrarias a la función social de la propiedad. Esto significa que la sentencia de extinción de dominio no es constitutiva de la pérdida de un derecho real, sino declarativa de que ese derecho nunca existió, o que se perdió a causa de la destinación ilícita que se le dio al bien.

Con base en lo anterior, Martínez-Sánchez afirma que la acción de extinción de dominio presenta las siguientes ocho características propias que permiten diferenciarla de otras acciones: (a) es constitucional, al recogerse en el art. 34 de la Constitución; (b) es real, al recaer sobre derechos reales y no sobre personas; (c) es independiente de la responsabilidad penal porque no se requiere una sentencia penal, administrativa o civil previa (la extinción de dominio procede respecto de los bienes que estén incursos en una causal, independientemente de quien los tenga y de la existencia de una declaratoria de responsabilidad respecto de esa persona o cualquiera otra); (d) es autónoma, al seguir sus propios principios y reglas, como los

principios de presunción de buena fe, contradicción o nulidad *ab initio* (en lugar de los de presunción de inocencia, *in dubio pro reo* o defensa, característicos del proceso penal); (e) es jurisdiccional porque ninguna autoridad administrativa puede declarar la extinción de dominio; (f) es pública porque solo pueden ejercitarla las autoridades que la ley prevea; (g) es directa, al no necesitar agotar un procedimiento o instancia previa (se distingue en este sentido de la acción contencioso-administrativa que requiere agotar la vía gubernativa); e (i) es imprescriptible porque puede ejercerse en cualquier momento con independencia de cuando tuvo lugar la causal que da lugar a la misma.

En todo caso, es importante tener en cuenta que la extinción de dominio no procede cuando una persona que aparece como titular del derecho real lo adquirió de buena fe, aun cuando se pruebe la concurrencia de alguna de sus causales. Pero se tiene que tratar de una buena fe exenta de culpa, o buena fe cualificada, que, a diferencia de la buena fe simple o subjetiva (que consiste en la mera convicción que tiene una persona de estar obrando conforme a derecho), requiere que la convicción se fundamente en haber realizado las comprobaciones que objetivamente podían llevarse a cabo para comprobar su certeza. En otras palabras, la persona tiene que probar que actuó con prudencia y diligencia, al haber realizado todas las averiguaciones que eran material y jurídicamente posibles para confirmar lo que pensaba.

Como resultado de lo anterior, organizaciones internacionales como el GAFI y la ONU, a través de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD o UNODC), han promovido el desarrollo de estos mecanismos, a partir de la segunda mitad de la década de 1990, cuando se aprobaron la CICC (1996), la Convención OCDE (1997), la Convención de Palermo (2000); y (d) la Convención de Mérida (2003).

Sobre esta base, el G8 elaboró en 2005 un documento destinado a sentar las bases para el establecimiento de un sistema más sólido de persecución de activos ilícitos centrado en: (a) la definición de principios generales; y (b) el desarrollo de las prácticas de rastreo, congelamiento y confiscación de dichos activos. Así mismo, el GAFI formuló una serie de recomendaciones relativas a buenas prácticas

y desarrollo legislativo (inicialmente diseñadas en relación con el lavado de activos, y posteriormente extendidas a otros ámbitos como la financiación contra el terrorismo) con el fin de estandarizar, en la medida de lo posible, una serie de principios cuya implementación por los Estados pudiera ayudarles a hacer frente a estos fenómenos.

A raíz de lo anterior, la ONUDD ha impulsado en América Latina durante la segunda década del siglo XXI la expedición de una Ley Marco, basada en la figura de la extinción de dominio en Colombia, con el fin de generar una guía legislativa que permitiese a los países latinoamericanos integrar a su legislación esta herramienta autónoma del proceso penal.

Así mismo, la OEA, con base en la CICC (1996) y en los trabajos de su mecanismo de seguimiento (el MESICIC), ha desarrollado también en este mismo periodo, a través de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de las Drogas (CICAD), un modelo encaminado a estandarizar las prácticas estatales de administración de bienes incautados y decomisados.

Además, más recientemente, las Naciones Unidas han integrado los mecanismos de persecución de activos ilícitos con los ODS de la Agenda Global 2030, de manera que en 2019 se subrayó la necesidad de mejorar las herramientas de cooperación internacional en materia de persecución de activos ilícitos y el destino de estos bienes para realizar los ODS.

Como consecuencia de lo anterior, y a partir de las rondas de evaluación del GAFI en América Latina, se observa, como señala Martínez-Sánchez, una tendencia en los países latinoamericanos a la implementación y cumplimento de los estándares internacionales relativos a la recuperación de bienes ilícitos, principalmente frente al mecanismo de la extinción de dominio (o decomiso sin condena).

Sin embargo, se han identificado todavía dificultades importantes para su aplicación práctica, sobre todo en relación con la efectividad de las medidas adoptadas en materia de coordinación interinstitucional nacional, tanto del sector privado como del público. Además, también se ha observado la necesidad de aumentar los esfuerzos de cooperación internacional, toda vez que el índice de cooperación en la región es relativamente bajo y pareciese que cada jurisdicción

busca abordar sus casos de manera aislada, ignorando la naturaleza transnacional del fenómeno.

4.2. Modelos institucionales de cooperación jurídica internacional en materia civil

Los capítulos 4 y 5 abordan la necesidad de perseguir los activos ilícitos derivados de conductas corruptas que presentan, cada vez más, un carácter y consecuencias transnacionales. Por ello, el decomiso penal y el decomiso civil se han convertido en figuras centrales de la lucha anticorrupción. Además, incluso en actuaciones de naturaleza penal, los efectos de las decisiones pueden tener un impacto sobre el derecho real de dominio, e incluso, si lo que se busca es reparar los daños ocasionados por un ilícito, la acción adquiere entonces una naturaleza civil.

En este contexto, Cebrián Salvat señala en el capítulo 4 como el derecho privado puede ser una herramienta de lucha contra la corrupción que presenta dos ventajas principales. Por un lado, permite adoptar un enfoque preventivo, conservando la naturaleza de última *ratio* del derecho penal. Por otro, la acción civil habilita la posibilidad de obtener la reparación patrimonial de algunos de los daños generados, dirigiéndose a: (a) la restitución del bien afectado; (b) la reparación mediante obligaciones de hacer, no hacer o dar; o (c) la indemnización del daño generado a los afectados.

Así mismo, la acción civil de reparación se puede interponer no sólo contra el autor del acto corrupto, sino también frente a terceros, como los cómplices o los responsables civiles subsidiarios, lo que abre un abanico de posibilidades para las víctimas y los afectados. Además, esta acción no es la única herramienta jurídica de naturaleza civil en la lucha contra la corrupción. Ejemplos de ello son la anulación de actos societarios y contratos de compraventa celebrados fraudulentamente como consecuencia de actos de corrupción pública o privada, o la resolución de contratos de compraventa de vivienda, cuando ésta haya sido construida sobre suelo objeto de delitos urbanísticos.

Sin embargo, el alcance transnacional de las prácticas de corrupción complica la situación porque para su abordaje efectivo se re-

quiere adelantar procedimientos en el extranjero y buscar un mayor grado de armonización entre los distintos ordenamientos jurídicos. Esto se debe a que, por regla general, los Estados no pueden adelantar actos jurisdiccionales más allá de su territorio, por lo que tienen que solicitar la colaboración de las autoridades del país donde necesitan que se desarrollen las actuaciones.

Esto se refleja con claridad en casos como el conocido caso *Odebrecht*, donde, gracias a la cooperación jurídica internacional, se ha intercambiado de manera eficiente información, se han podido adquirir pruebas físicas y testimoniales relacionadas con una red de sobornos y lavado de dinero que se extendía a diversos países latinoamericanos, se ha enjuiciado a los presuntos responsables, se han recuperado activos ilícitos y se han podido reparar algunos de los daños sufridos. Otros casos que muestran la importancia de los instrumentos de cooperación internacional en materia civil para luchar contra las redes de corrupción asociadas al COT son los relativos a la operación *Lava Jato* o al *FIFA Gate*.

Reconociendo, precisamente, la importancia de la asistencia jurídica internacional, el Consejo de Europa desarrolló el Convenio Civil sobre la Corrupción (1999), el cual reconoce el deber estatal de cooperar efectivamente en cuestiones relacionadas con procesos civiles en casos de corrupción, haciendo énfasis en la notificación de documentos, la obtención de pruebas en el extranjero y el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, entre otras.

Por ello, y en estrecha relación con lo planteado por Martínez-Sánchez, Cebrián Salvat aborda en el capítulo 4 la importancia de la cooperación jurídica internacional en materia civil para combatir la corrupción vinculada al COT en los países latinoamericanos. De esta manera, y con base en una concepción estricta de la cooperación que la limita a la obtención de pruebas y la notificación de documentos, analiza la delimitación del alcance de la expresión "materia civil", para, a continuación, estudiar la regulación de la cooperación jurídica internacional en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, México y Perú, con base en los tratados bilaterales y multilaterales suscritos por estos países. Así mismo, subraya cómo continúan existiendo ciertas limitaciones/retos sobre los que se debería trabajar para fortalecer estos mecanismos de cooperación y fomentar un ma-

yor grado de transparencia y rendición de cuentas, impactando en cierta medida, con ello, en la cultura empresarial.

El capítulo se inicia resaltando la necesidad de comprender aquello que debe entenderse por "cooperación jurídica internacional". Como se ha señalado, este término se refiere a los mecanismos o procedimientos que posibilitan que los actos o actuaciones jurídicas adelantadas en un país sean eficaces en otro. En su trabajo, la autora identifica una preferencia estatal por una concepción estricta del concepto, delimitando su alcance al deber de notificación y obtención de pruebas. Así mismo, resalta que este tipo de mecanismos de cooperación deben ser evaluados a partir de su objeto, lo que implica que cualquier órgano con jurisdicción, sin importar la naturaleza de esta última, puede hacer uso de las herramientas de cooperación en materia civil, siempre y cuando su petición verse sobre asuntos relativos a esta área del derecho.

En el ámbito latinoamericano, se han suscrito acuerdos bilaterales o multilaterales, que buscan, entre otras cosas, evitar la tramitación diplomática de los documentos que deban ser notificados internacionalmente, así como facilitar la recepción y obtención de pruebas en terceros Estados parte y simplificar los medios de transmisión de las solicitudes. La Organización de Estados Americanos (OEA) y la Conferencia de La Haya para el Derecho Internacional Privado (HCCH) han jugado un papel muy relevante a estos efectos.

En lo relativo a los instrumentos de carácter multilateral, destaca la suscripción por Argentina, Brasil, Colombia, España y México de los Convenios de La Haya de 1965 y 1970: el primero sobre notificación de documentos en materia civil y comercial, mientras que el segundo sobre obtención de pruebas en el extranjero. En todo caso, Cebrián Salvat, identifica de entrada dos problemas concretos que aquejan a ambos Convenios y limitan de manera significativa su eficacia: (a) su falta de desarrollo, dejando muchas cuestiones a la regulación interna de los Estados, lo que dificulta la integración normativa; y (b) las limitaciones materiales de los Convenios, porque las dinámicas del COT requieren de un abordaje holístico y transversal y no exclusivo de un área particular del derecho.

El Convenio de 1965 es aplicable a asuntos judiciales y extrajudiciales. Además, una vez un Estado ha decidido aplicarlo sobre una materia específica debe continuar haciéndolo mientras sea parte del Convenio (naturaleza exclusiva, pero no imperativa). Se dirige principalmente a: (a) acelerar el proceso de traslado y notificación de documentos judiciales y extrajudiciales a un país extranjero, ofreciendo una vía alternativa a la vía diplomática por la que hasta entonces se han tramitado los exhortos; y (b) establecer unas normas que permitan no detener el proceso en el caso de que la notificación no pueda practicarse.

El Convenio de 1965 recoge distintas vías de notificación, incluyendo la vía diplomática, la vía de las autoridades centrales, y otras vías como la postal o la comunicación directa entre autoridades. Frente a la remisión de documentos a través de las autoridades centrales, que es considerada como la principal vía de remisión del Convenio, se articulan toda una serie de normas de funcionamiento especiales, algunas aplicables a las otras vías, tales como: (a) la obligatoriedad de rellenar un formulario oficial; (b) la determinación del idioma en que han de constar los enunciados del formulario y en que se han de rellenar los espacios en blanco; (c) los procedimientos de solicitud, recepción, y curso de la notificación; y (d) los motivos de denegación, como, por ejemplo, los relativos a la afectación directa a la soberanía o seguridad del Estado requerido.

En cuanto al Convenio de 1970, su principal finalidad consiste en ser más flexible y eficiente que sus predecesores, estableciendo vías eficaces para la transmisión de comisiones rogatorias para la obtención de pruebas, en contraste con la vía diplomática o consular establecida por el Convenio de Procedimiento Civil de 1954. El Convenio propone tres vías para ejecutar las comisiones rogatorias: (a) las autoridades centrales designadas por los Estados parte, lo cual implica el envío de cartas rogatorias; (b) los funcionarios diplomáticos o consulares; y (c) los comisarios específicamente designados, lo cual conlleva la necesidad del nombramiento de personas autorizadas para obtener las pruebas.

Sobre los aspectos de forma de estas solicitudes, el cuerpo normativo también contiene disposiciones respecto a la manera en que se deben presentar las solicitudes, el idioma en que se tienen que

realizar las comisiones rogatorias y los motivos de denegación, entre otros. Además, en cuanto a su ámbito de aplicación, este se extiende a la obtención de pruebas en asuntos civiles o comerciales, siendo interpretado de manera amplia y flexible, e, igualmente, cubre procesos judiciales presentes o futuros, incluyendo aquellos iniciados antes del proceso principal para evitar la pérdida de pruebas.

Sin embargo, como Cebrián Salvat señala, el Convenio presenta ciertos problemas de interpretación debido a la falta de definiciones internas de algunos aspectos fundamentales. Así, por ejemplo, no se determinan los motivos por los que una prueba deba ser practicada en el extranjero, por lo que esta decisión es circunstancial y queda en cabeza del órgano judicial que la requiera. Así mismo, la definición de "civil" o "comercial" recogida en el Convenio es muy amplia, lo que ha desembocado, por ejemplo, en su aplicación en diversos tipos de procesos como los *antitrust*. Además, en relación con su jerarquía frente a otras normas internacionales e incluso nacionales, el Convenio no incluye ninguna disposición que ofrezca claridad al respecto, razón por la cual algunos Estados han optado por realizar declaraciones al respecto, en particular respecto a las normas sobre vías de comunicación.

Tras analizar los convenios multilaterales, Cebrián Salvat analiza también los acuerdos bilaterales celebrados por los sistemas nacionales arriba mencionados con el fin de reflejar la variedad normativa presente en América Latina. Así, Argentina ha suscrito dos acuerdos bilaterales de cooperación en materia civil, uno con Colombia y otro con Brasil, siendo este último mucho más completo y desarrollado que el primero. Además, también ha firmado algunos convenios con Chile y Perú, si bien estos instrumentos no llegan a configurar un régimen completo de asistencia judicial.

Brasil, por su parte, ha suscrito acuerdos en esta materia con Argentina, Perú y España. Además, tiene un convenio con Chile para facilitar la tramitación de cartas rogatorias entre los gobiernos.

En cuanto a Chile, sólo cuenta con un acuerdo de cooperación en materia civil con Colombia, cuyo fin es facilitar los actos que tengan por objeto la realización de diligencias o actos judiciales de trámite, lo cual incluye la realización de notificaciones y la obtención de

pruebas. Además, posee también convenios con Argentina y Brasil para evitar la legalización de exhortos cuando estos se realizan por vía diplomática.

Colombia presenta acuerdos bilaterales de cooperación en materia civil con Argentina, Chile y Perú. Al haber sido ya reseñados los dos primeros, centramos la atención en el acuerdo con Perú que incluye los actos de notificación, así como la práctica y obtención de pruebas. Además, ha suscrito también con Perú un acuerdo destinado a crear una mayor cooperación en los territorios fronterizos y a establecer herramientas relativas a las restituciones a víctimas de delitos.

En el caso mexicano únicamente existe un acuerdo con Brasil relativo a la no necesidad de legalización de los documentos expedidos por los tribunales brasileños, siempre y cuando se tramiten por vía diplomática. Finalmente, como hemos visto, Perú tiene acuerdos con Colombia, Brasil y Argentina, que ya han sido reseñados.

Como concluye la autora, el panorama legislativo descrito en materia de cooperación jurídica internacional en asuntos civiles destaca por su complejidad, lo que puede afectar negativamente la lucha contra la corrupción asociada al COT en estas jurisdicciones, al traducirse, entre otras cosas, en el aumento de costos al momento de elevar una solicitud relacionada con el tema analizado. Especialmente complicado es, a este respecto, el problema de la determinación de la "jerarquía" o prevalencia normativa frente a los múltiples acuerdos bilaterales y multilaterales existentes, lo que favorece la materialización de conflictos normativos, para cuya resolución es necesario aplicar en la actualidad una pluralidad de criterios demasiado compleja: art. 30 de la convención de Viena de 1969, principio de eficiencia máxima, principio de *lex specialis* o constatación de la regulación de los derechos humanos, entre otros.

4.3. El reconocimiento y la ejecución de resoluciones firmes en materia civil

La segunda parte de la obra finaliza con el capítulo 5, en el que Rodríguez Rodrigo aborda la cuestión del reconocimiento y ejecución

de las resoluciones firmes en materia civil en el contexto de la lucha contra la corrupción asociada al COT, destacando la importancia de la cooperación jurídica internacional para la recuperación de activos ilícitos vinculados al COT (sobre todo a través de los decomisos), y planteando, en este contexto, la pregunta sobre el reconocimiento en terceros países de las decisiones judiciales civiles relacionadas con procedimientos penales por corrupción.

A este respecto, destaca en el ámbito latinoamericano el Acuerdo entre el MERCOSUR y Chile, Bolivia y Perú (2009), que regula el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales en materia civil, comercial, laboral y administrativa. El Acuerdo extiende también su aplicación a la reparación de daños y restitución de bienes ordenados en procesos penales, siempre y cuando la sentencia que reconozca la obligación de reparación sea firme.

En cuanto a su contenido, destacan dos figuras que pueden ser solicitadas con base en el Acuerdo, de manera conjunta o independiente: el reconocimiento y la ejecución de la providencia. Los requisitos para ambos son los mismos: (a) la autenticidad; (b) la traducción de todos los documentos al idioma del país requerido; (c) que estos hayan sido producidos por una autoridad judicial o arbitral competente; (d) que se respeten los derechos y garantías de la contraparte; (e) que la decisión tenga fuerza de cosa juzgada o esté ejecutoriada en el Estado requirente; y (f) que la solicitud no contraríe manifiestamente los principios de orden público del Estado requerido. Para Rodríguez Rodrigo, el Acuerdo se ha convertido en una de las herramientas regionales más importantes en la lucha contra la corrupción.

La autora también hace referencia a la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (1979), y al Código Bustamante (1928). Con respecto al primero, se resalta que, si bien su objeto no dista mucho del acuerdo de MERCOSUR (2009), pues busca dar validez extraterritorial a sentencias y laudos arbitrales en procesos civiles, comerciales y laborales, así como a sentencias penales en relación con la indemnización por los perjuicios derivados del delito, únicamente ha sido suscrito hasta la fecha por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Además, una diferencia fundamental entre ambos cuerpos normativos es que la Convención de

1979 no aborda los mecanismos de reconocimiento o ejecución de laudos y sentencias, limitándose a establecer que una condición de validez del acto es el carácter de ejecutoriado o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que ha sido dictado. Así mismo, dispone que el juez controla la competencia de la autoridad que emite la decisión en el país de origen.

En cuanto al Código Bustamante (1928), suscrito por Bahamas, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela, este regula la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros en materia civil y penal, en lo referente a la responsabilidad civil y los efectos sobre los bienes del condenado, siempre y cuando hayan sido dictadas por juez competente y con presencia del demandado, entre otras condiciones. Según Rodríguez Rodrigo, uno de los principales problemas que presenta consiste en la falta de regulación comprensiva frente a los aspectos del procedimiento, al regular sólo algunos de ellos y remitiéndose a la normativa nacional frente al resto. Además, establece el *exequátur* como el mecanismo de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras.

En consecuencia, tanto la Convención de 1979 como el Código Bustamante, a diferencia del Acuerdo de MERCOSUR (2009), adolecen de regulación de los mecanismos concretos de reconocimiento o ejecución.

En cuanto al ámbito nacional, Rodríguez Rodrigo, tras analizar la legislación interna de una serie de países que son especialmente relevantes en América Latina, como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, Estados Unidos, México y Perú (además de Italia por su importancia en materia de lucha contra el COT), subraya lo siguiente:

1. La importancia que todavía conserva en la mayor parte de los países latinoamericanos (principalmente, Chile, México y Perú, pero también, en buena medida, Colombia) el principio de reciprocidad como condición previa para ejecutar las resoluciones dictadas en terceros países con los que no tienen convenio internacional (Argentina y Brasil son las excepciones),

si bien se aprecia al mismo tiempo una progresiva pérdida de relevancia de este principio.

2. La necesidad de presentar, como regla general, los documentos legalizados y traducidos al idioma oficial del Estado requerido.
3. La posibilidad en países como Brasil y México de instar al reconocimiento y la ejecución a través del exhorto.
4. La importancia en los países latinoamericanos del principio de jerarquía (si bien con ciertos matices en el caso chileno), que sitúa a los textos de origen supranacional por encima de los de producción interna.

El caso colombiano no se aleja del resto de Estados latinoamericanos analizados, si bien es importante subrayar que, en muchos de los casos analizados, el tribunal encargado de revisar el *exequátur* es la Corte Suprema de Justicia, o el tribunal que haga sus veces dependiendo de la jurisdicción, por lo que uno de los elementos más criticados reside en la falta de una segunda instancia contra las decisiones tomadas dentro de estos procedimientos.

En contraste con lo anterior, la Rodríguez Rodrigo destaca como en el ámbito de la Unión Europea (UE) se ha consolidado el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, siendo el Reglamento 1215/2012 una norma especialmente relevante para el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales civiles relacionadas con la corrupción transnacional[1]. El Reglamento es aplicable a toda decisión que tenga un objeto civil, en el sentido que se protejan con ella derechos de los particulares, con independen-

[1] En el ámbito nacional no latinoamericano, España Italia y EE. UU. poseen disposiciones tendientes a reconocer y ejecutar sentencias extranjeras en firme, siempre y cuando estas hayan sido dictadas respetando los derechos fundamentales que rigen el proceso. Así mismo, estos ordenamientos establecen que el juez del Estado requerido debe reconocer la resolución extranjera salvo que concurra, entre otras, alguna estas circunstancias: (a) que el reconocimiento atente contra el orden público del país requerido; y/o (b) que el juez del Estado de origen no haya tenido foro de competencia razonable para conocer del caso.

cia de su denominación concreta (sentencia, auto, mandamiento de ejecución, etc.) o de la autoridad que la emita. Las solicitudes son realizadas por los Estados miembros de la UE y son tramitadas por sus órganos jurisdiccionales, en aplicación del Reglamento.

Como regla general, para que una decisión judicial pueda ser ejecutada en el extranjero esta debe pasar por dos procedimientos (el *exequátur* y su ejecución material en el Estado requerido). Sin embargo, como la naturaleza del *exequátur* (control realizado con el fin de reconocer la decisión extranjera como un título ejecutivo dentro de la jurisdicción nacional) es declarativa, puede ser, en ocasiones, prescindible, dependiendo de los acuerdos vigentes entre los Estados. En consecuencia, la importancia del Reglamento 1215/2012 radica en que suprimió este control para los recogidos en el mismo, aplicando así el principio de libre circulación de resoluciones.

Esto no implica, sin embargo, que la aplicación de las decisiones extranjeras sea automática y no controlada, puesto que el propio Reglamento recoge ciertos motivos de denegación, si bien estos son ahora estudiados en el procedimiento de ejecución material y no en el *exequátur*[2]. Entre los motivos de denegación, caben destacar los siguientes: (a) que el reconocimiento sea manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido; (b) que la resolución sea inconciliable con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido; o (c) que la resolución se ha dictado en rebeldía[3].

Rodríguez Rodrigo finaliza el capítulo 5 reiterando el valor que los mecanismos de reconocimiento y ejecución transfronterizos de las resoluciones civiles derivadas de procesos penales de corrupción

---

2 De esta manera, la solicitud de ejecución de la sentencia extranjera se plantea en primera instancia y, si la persona contra la que se solicita la ejecución se opone, se inicia un procedimiento de denegación de la ejecución que comienza en primera instancia y puede ser objeto de dos recursos.

3 Como señala la autora, el Convenio de Lugano II incorpora a Noruega, Suiza e Islandia al sistema del Reglamento, de manera que, si bien el Convenio prescribe un procedimiento de exequátur, este se caracteriza por ser automático en primera instancia, por lo que lo explicado frente al procedimiento de denegación del Reglamento es también extrapolable al Convenio.

asociada al COT, porque cada vez son mayores los escenarios en los que se requiere de una cooperación organizada entre Estados para perseguir las estructuras criminales complejas que están activas en diferentes jurisdicciones. Por ello, la reciprocidad, basada en la confianza institucional entre Estados contratantes, permite una aplicación mucho más eficiente de las decisiones tomadas en el extranjero. Ejemplo de lo anterior son los principios de libre circulación de resoluciones, su reconocimiento y ejecución sin necesidad de *exequátur* y los escasos motivos de denegación de las solicitudes, presentes en la normativa europea (sobre todo en el Reglamento 1215/2012), algo que sería deseable incorporar al ámbito latinoamericano.

Además, como algunos de los desarrollos más importantes previstos en el Reglamento, han sido recientemente incorporados en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial (adoptada en 2019 en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado), sería recomendable, según la autora, que los países latinoamericanos se incorporasen a la misma, como ya han hecho la UE y EE.UU.

5. LAS RESPUESTAS DESDE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, LAS ESTRATEGIAS REGULATORIAS DE LOS MERCADOS ILÍCITOS Y LA TRIBUTACIÓN DE LOS INGRESOS DERIVADOS DE ACTIVIDADES AL MARGEN DE LA LEY

5.1. Los mecanismos anticorrupción en materia de asuntos financieros: Fintech, Regtech, KYC, AML/CFT, Blokchain y acciones de transparencia

La tercera parte de la obra se inicia con el capítulo 6, en el que Rincón-Cárdenas explica como la intervención en el sector financiero ha sido una de las herramientas más utilizadas en la lucha con el COT y la corrupción asociada al mismo.

Este sector ha experimentado, sin embargo, importantes avances en la forma en que presta sus servicios, con el desarrollo de los servi-

cios *Fintech* y las tecnologías *Regtech* y *Blockchain* (BCT), que permiten a las entidades financieras procesar grandes cantidades de datos y mantenerse actualizadas frente a la normativa relativa a su sector, lo que, a su vez, ha provocado que la necesidad y las formas de intervención hayan mutado. De ahí, la relevancia de conocer su naturaleza, alcance, características y riesgos frente a las prácticas de corrupción, así como las oportunidades que ofrecen para combatir las prácticas de corrupción vinculadas al COT.

5.1.1. *Fintech*, riesgos y acciones de mitigación

Las tecnologías tipo *Fintech* son herramientas avanzadas dirigidas a prestar servicios financieros a consumidores y empresas, sin necesariamente ser entidades bancarias. Actualmente, las *Fintech* componen una de las bases del sistema financiero moderno, ofreciendo, entre otros servicios, el uso de billeteras digitales, la creación de cuentas bancarias a través de plataformas digitales, y la compra y venta de seguros online, por lo cual hacen parte del día a día de gran parte de la población.

Este tipo de tecnologías conllevan una serie de beneficios de gran valor para sus usuarios, tales como la inclusión financiera, menores costos de transacción y servicios personalizados, lo que es especialmente importante para las personas y entidades cuyos intereses no han sido tradicionalmente considerados por el sector financiero debido al poco margen de ganancia que representan. Un ejemplo perfecto de lo anterior lo constituyen las pequeñas empresas, que se han convertido en unos de los principales usuarios de los servicios *Fintech*.

Ahora bien, la implementación de este tipo de tecnologías representa nuevos retos regulatorios dentro del sector, toda vez que existen riesgos relacionados con: (a) el manejo de datos (ciberseguridad), tanto por parte de los prestadores del servicio como de los usuarios; (b) la pérdida de independencia; y (c) la falta de entendimiento de estas herramientas por parte de los entes reguladores de su actividad. Ante esta situación, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) ha emitido una guía para hacer frente a estos nuevos riesgos a través de nuevas medidas de control frente al lavado

de activos y la financiación del terrorismo (AML/CFT) en relación con los métodos de pago *Fintech*.

La gestión efectiva de los riesgos generados por los servicios *Fintech* requiere la aplicación de programas que se orienten hacia la ética institucional, la identificación y actualización de las fuentes de riesgo, la creación de incentivos efectivos y la implementación continua de programas de prevención en nuevos productos y dinámicas. Su aplicación, especialmente en relación con el AML/CFT, es uno de los retos de mayor relevancia para la industria, si bien puede representar al mismo tiempo un importante valor agregado debido a la confianza que las empresas *Fintech* generan en el mercado y en los entes reguladores.

Además, sus capacidades de monitoreo constante, almacenamiento de datos y automatización de procesos constituyen elementos que, si son desarrollados óptimamente, pueden llegar a ofrecer una gran ventaja al momento de identificar conductas sospechosas realizadas a través de canales que hagan uso de sus servicios. Esto hace, según plantea Rincón-Cárdenas, que puedan convertirse en una herramienta ciertamente relevante en la lucha contra la corrupción y el COT.

5.1.2. Los programas de conocimiento del cliente, antilavado de activos y contra la financiación del terrorismo como acciones *Regtech* contra corrupción

Las tecnologías *Regtech* constituyen una respuesta al crecimiento de la complejidad regulatoria, impulsada especialmente por las entidades financieras tradicionales. Aunque hasta el momento este tipo de tecnologías se ha centrado en la digitalización de informes, manuales y procesos de cumplimiento, esto constituye únicamente una pequeña parte de sus capacidades tecnológicas, como lo demuestran las posibilidades de procesamiento de información que el desarrollo de la inteligencia artificial puede ofrecer.

Este tipo de tecnologías son capaces, entre otras cosas, de: (a) monitorear transacciones, en tiempo real, y alertar de cualquier conducta sospechosa; (b) analizar los programas de cumplimiento, la historia de las entidades financieras y las fuentes de riesgos a las que

están expuestas para sugerir los puntos en los que deberían enfocarse para prevenir las materialización de los riesgos analizados; y (c) procesar grandes cantidades de información y contrastarla con las bases de datos existentes con el fin de identificar posibles infracciones de las políticas de conocimiento del cliente (KYC), notificar el error y corregirlo en tiempo real.

Lo anterior muestra también la capacidad de las tecnologías *Regtech* para impulsar una migración de programas basados en las políticas KYC a modelos enfocados en el conocimiento de los datos (KYD), lo cual implicaría la evolución del sistema regulatorio posibilitando la integración de datos, ofreciendo una mejor experiencia para el consumidor, optimizando la operación del sistema y aumentando la capacidad de cumplir con los deberes de debida diligencia de las entidades financieras.

Sin embargo, las tecnologías *Regtech* enfrentan también una serie de retos que dificultan su implementación y desarrollo, entre los que destacan los siguientes: (a) la falta de conocimiento y actualización de algunos Estados, lo que, en última instancia, representa una grave limitación por la falta de regulación y/o unificación regulatoria entre los mercados; (b) la dependencia de los datos, muchas veces personales, para el funcionamiento óptimo de este tipo de tecnologías, que reduce, en gran medida, su operabilidad; y (c) la falta de acceso a este tipo de tecnologías por parte de supervisores, reguladores y el mismo aparato estatal. De ahí la importancia, según señala Rincón-Cárdenas, de que el sector financiero y los Estados coordinen sus esfuerzos para poder enfrentar de manera eficaz estos problemas, en cuyo caso las tecnologías *Regtech* podrían realizar también una contribución eficaz a la lucha contra la corrupción y el COT.

5.1.3. La tecnología *Blockchain* y las acciones de transparencia

La tecnología BCT se basa en una red de nodos digitales que contienen información idéntica, de manera que ninguna persona tiene la autoridad completa del sistema. Inicialmente, esta herramienta se había diseñado para facilitar las transferencias financieras eliminando los intermediarios. No obstante, diferentes sectores económicos la han implementado en sus actividades debido a los beneficios que

la BCT ofrece en relación con la ejecución automatizada de contratos, la seguridad de la red y el intercambio automático de datos, entre otros.

Para conseguir estos beneficios, la BCT hace uso de registros *hash* relacionados con cada bloque dentro de la red. En esa medida, cada bloque nuevo se vincula criptográficamente con el anterior y deja un registro de la actividad para la cual ha sido empleado, de manera que, a medida que más bloques se vinculan a la red, estos registran la misma información y la almacenan. Por lo tanto, si alguien dentro de la red quisiera alterar los datos contenidos en alguno de los bloques registrados, esto generaría una ruptura del sistema fácilmente identificable. En consecuencia, el aumento de la transparencia y la publicidad en la información son dos resultados positivos que pueden alcanzarse a través de este tipo de tecnología en cualquier proceso.

Las redes basadas en la BCT pueden ser clasificadas como públicas, privadas o de consorcio. La diferencia principal entre las redes públicas y privadas consiste en el acceso a los nodos y, por lo tanto, a la información en ellos contenida. En cuanto a las redes de consorcio, estas son aquellas que mezclan distintos aspectos de las redes privadas y públicas, toda vez que no es una organización particular la responsable del consenso y validación de bloques, sino que es un conjunto de nodos predeterminados. Esto significa que son redes parcialmente centralizadas (debido al control ejercido por los nodos de validación seleccionados), lo que las distingue de las cadenas de bloques privadas (que están completamente centralizadas) y de las cadenas de bloques públicas (que se encuentran completamente descentralizadas).

Un aspecto clave de la tecnología BCT es determinar qué usuario publica el siguiente bloque, porque en las tecnologías descentralizadas (características de las redes *peer-to-peer*), se integran estructuras de consenso descentralizadas antes del inicio de la cadena de bloques y de las operaciones de transacción. De esta manera, los participantes de la red adoptan de antemano por consenso un mecanismo adecuado a sus necesidades, de manera que cada nodo de respaldo en la red ejecuta exactamente el mismo algoritmo de consenso, evitando así la necesidad de un administrador externo para supervisar las operaciones de transacción.

Entre los muchos modelos de consenso posibles destacan los dos siguientes: (a) el denominado "prueba de trabajo" (PoW), que funciona determinando el nodo que escribe un bloque en los libros de contabilidad mediante una combinación de teoría de juegos, criptografía e incentivos de ingeniería, de manera que los nodos de la red compiten para resolver un rompecabezas matemático (generalmente un patrón computacionalmente difícil, pero fácilmente verificable) para registrar una transacción; y (b) el conocido como "prueba de participación", conforme al cual el creador del bloque se elige mediante un método determinista (que depende de la apuesta en poder del participante), para lo cual se emplea un algoritmo que determina la toma de decisiones colectivas y el nivel de privacidad entre los participantes (este mecanismo, que no implica recompensas en bloque, sino que funciona únicamente en las tarifas de transacción, requiere la credibilidad de los datos, que se obtiene por la prueba de la propiedad de las criptomonedas, de modo que, si un bloque creado se puede validar, la criptomoneda es devuelta al nodo original como bonificación).

En todo caso, y al margen de los distintos tipos de redes, lo importante según el Rincón-Cárdenas es que la transparencia y la responsabilidad que ofrece la tecnología BCT podría jugar una función importante en la limitación de la vigilancia en línea, la censura indebida y los abusos contra los derechos humanos (en particular, en las cadenas de bloques completamente públicas, toda la información se vuelve pública y transparente, de modo que cualquiera puede ver todos los datos almacenados, lo que evita su manipulación). Con ello, los consumidores podrían, por ejemplo, rastrear cualquier producto en la cadena de suministro, y saber exactamente qué contienen sus alimentos, si son orgánicos y/o de comercio justo, y si los bienes que compran son genuinos o se producen respetando los derechos de los trabajadores. Además, a través de un registro de auditoría, que sería accesible a través del portal del gobierno y aseguraría su privacidad, sería también posible rastrear todas las transacciones relacionadas con el gobierno que utilizan su información personal. En consecuencia, mejorar la rendición de cuentas a través de la BCT podría ayudar a construir una economía digital inclusiva, transparente y responsable.

Sin embargo, a pesar de que la BCT brinda, en principio, un nivel de seguridad alto, esto no significa que no presente riesgos, especialmente cuando se realizan transacciones a diversas partes del mundo que involucran grandes sumas de dinero. Es por ello que los participantes en la cadena preservan su anonimato para prevenir los posibles fraudes cometidos por ciberdelincuentes, que generalmente se encuentran organizados y operan desde distintos países. Sirva como ejemplo, a estos efectos, los ataques cometidos en 2014 y 2016 contra la red Bitcoin aprovechando los contratos inteligentes en Ethereum, lo que causó una congestión en la red, afectando gravemente la creación de bloques y la validación de transacciones y causando riesgos importantes para inversionistas y usuarios.

En consecuencia, los principales riesgos asociados al uso de la BCT se encuentran en las estrategias utilizadas por el cibercrimen organizado para conseguir contraseñas que incluyen: (a) el uso de correos electrónicos o sitios web fraudulentos que se hacen pasar por entidades de confianza para solicitar información personal (*phishing*); (b) la utilización de software dañinos diseñados para acceder a dispositivos sin el conocimiento del usuario (*malware*); (c) la infiltración a través de servidores para utilizar los sistemas de organizaciones importantes (haciendo inefectivas sus medidas de seguridad), con el fin de extraer el mayor número de datos posibles de sus usuarios (víctimas); y (d) la ejecución de *scripts* en ciertos sitios web para extraer automáticamente datos cuando los usuarios acceden a los mismos.

Así mismo, según Rincón-Cárdenas, la BCT presenta actualmente distintos desafíos que, junto con los riesgos, es necesario abordar de forma eficaz para que pueda configurarse como una herramienta importante en la lucha contra la corrupción asociada al COT. De entre ellos, el más relevante es el relativo a la tensión entre la aplicación de las legislaciones de protección de datos y las cadenas de bloques públicas, dado que: (a) la posibilidad de un "derecho de borrado" sería contraria a lo que significa la BCT; (b) en las redes públicas en la que las transacciones asociadas están identificadas no se puede "borrar" la información que es parte de la cadena de bloques y de conocimiento público; y (c) las cadenas de bloques descentralizadas no dependen de las autoridades centrales para procesar datos, de manera que la idea de controladores de datos que puedan borrar

datos personales de la cadena de bloques no es fácil de implementar (esto genera dudas sobre cómo los contratos inteligentes pueden verse afectados por esta situación).

De ahí, la necesidad de superar las dificultades que genera la aplicación de las normativas de protección de datos (diseñadas, en principio, para recopilar, almacenar y procesar datos de forma centralizada) a la tecnología BCT, que se caracteriza por ser innovadora, descentralizada y contar solo con un pequeño grupo de intermediarios centrales. Esto puede suponer que, en ocasiones, el potencial de transparencia de la BCT pueda verse afectado por la necesidad de garantizar la privacidad de las partes a través de una fuerte criptografía, lo que haría muy difícil vincular direcciones públicas a usuarios individuales, y limitaría, por tanto, al valor de la BCT como herramienta anticorrupción.

Finalmente, como señala el autor, un segundo reto importante que enfrentan las BCT se refiere a la posibilidad de requerir a las redes BCT que se adhieran al principio de minimización de datos, dado que la continua suma de datos a las cadenas sin que puedan ser eliminados o editados, unido al continuo crecimiento del número de cadenas de bloques, consume una cantidad muy importante de recursos adicionales de minería, lo que hace cuestionar su sostenibilidad en el tiempo.

5.2. Seguridad digital, intervenciones estatales en el mercado y medidas tributarias: respuestas a los problemas de corrupción, crimen organizado y evasión de impuestos en el comercio ilícito de oro y drogas

El capítulo 7 completa la tercera parte de la obra. En el mismo, Salcedo Maldonado & Gómez Moreno abordan las respuestas a los problemas de corrupción, COT y evasión de impuestos en el comercio ilícito de oro y drogas, destacando la estrecha relación entre los mercados ilícitos, el COT y la corrupción pública y privada (especialmente en Colombia, donde el oro y los estupefacientes son bienes centrales).

Los autores comienzas por constatar que:

1. El comercio ilícito genera considerables recursos económicos, lo que hace que, a pesar de los esfuerzos normativos y judiciales, se mantenga sin mostrar señales claras de debilitamiento en países como Colombia.
2. Las actividades ilícitas financian tanto el desarrollo de complejas estructuras criminales (cuyo enfrentamiento requiere un gran gasto público), como las dinámicas de corrupción pública y privada que necesitan para garantizar sus operaciones.
3. La clandestinidad en la que se desarrollan las operaciones de compra venta de oro, drogas y otros bienes y servicios prohibidos, supone la pérdida de ingresos tributarios por la dificultad de recaudar impuestos de quienes generan ingresos desde la ilegalidad, de manera que, a pesar de la enorme riqueza que obtienen, estos sectores raramente contribuyen a los ingresos estatales.

Según Salcedo Maldonado & Gómez Moreno, todo esto es el resultado de haber adoptado un enfoque principalmente normativo, ya sea de naturaleza represiva (penal) o regulatoria (administrativa)[4], que no combina esfuerzos con otras estrategias de política pública, como aquellas dirigidas a limitar la capacidad financiera de las organizaciones que respaldan las prácticas corruptas.

En este contexto, proponen enfrentar estos fenómenos adoptando una estrategia que trate realmente de limitar la capacidad financiera de dichas organizaciones para financiar las prácticas corruptas que promueven, y, al mismo tiempo, genere ingresos tributarios al margen de las consecuencias penales y/o administrativas que puedan tener sus actividades ilícitas (de manera que la aplicación normativa venga acompañada de otro tipo de estrategias de política pública que desincentiven la comercialización al margen de la ley y promuevan,

---

[4] En Colombia, por ejemplo, la minería ilegal se aborda a través de las siguientes herramientas, cuya efectividad ha sido muy limitada: (a) los delitos de explotación ilegal de yacimientos mineros, lavado de activos y enriquecimiento ilícito; y (b) las licencias de explotación o contratos de concesión, que son necesarias para desarrollar las actividades mineras y que atribuyen al Estado ciertos controles administrativos.

al mismo tiempo, el ingreso al mercado regular). Esto ha tenido un impacto positivo en países como Sierra Leona y Angola a través de iniciativas como la del Proceso de Certificación Kimberley en relación con el comercio de diamantes[5].

Para ello, los autores recomiendan combinar el recurso a las nuevas tecnologías, y en particular al BCT, con la adopción de nuevas medidas regulatorias que supongan una participación más activa del Estado en este mercado, y que podrían incluir alguna de las siguientes tres opciones alternativas (que, en buena medida, ya han sido adoptadas en países como Ecuador, Filipinas y Brasil), con el fin de motivar a los extractores y comercializadores de oro a vender el mineral al Estado en lugar de involucrarse en cadenas de suministro vinculadas al COT:

1. Nacionalizar completamente el mercado del oro, convirtiendo al Estado, a través del Banco de la República o de una empresa estatal, en el único comprador de oro en el país (modelo ecuatoriano). Este tipo de programas son una herramienta importante en el proceso de formalización minera, así como en la mitigación del impacto ambiental y el accionar del crimen organizado, si bien, por sí solos, no eliminan los daños colaterales de la actividad minera informal (estas medidas pueden utilizarse para mejorar la regulación y las condiciones de la minería, incrementándose sus probabilidades de éxito

---

[5] Como explican los autores, la membresía en el KPCS implica para los 70 Estados parte una serie de compromisos, entre los cuales destacan: (a) no exportar ni importar diamantes hacia o desde países que no formen parte del KPCS; (b) no comercializar diamantes originarios de un país vendedor con el propósito de financiar grupos rebeldes u otras entidades que busquen la destitución de un gobierno reconocido por las Naciones Unidas; y (c) exigir que todo diamante exportado cuente con un certificado que garantice el cumplimiento de los estándares del KPCS. Solo cumpliendo estos tres compromisos, un país puede formar parte del KPCS y comerciar diamantes dentro de su territorio con otros miembros y empresas afiliadas. Para obtener la certificación, los envíos de diamantes deben viajar de manera segura, acompañados por un certificado del KPCS validado por los gobiernos de origen, tránsito y destino. La falta de certificación dificulta la comercialización de diamantes ilegales, incentivando a los mineros a vender a distribuidores autorizados.

si sus acciones se coordinan con otros organismos y agencias gubernamentales)[6]. Además, para su aplicación se requieren reformas legislativas, como la relativa al art. 13 de la Ley 9 de 1991, y establecer un monopolio sobre la compra y distribución de oro, sujeto a las condiciones que establece la Constitución, incluyendo, entre otras: (a) la obligación de que el monopolio se establezca con el fin de generar ingresos para el Estado (finalidad de interés público); (b) la necesidad de indemnizar a aquellos actores que queden privados de esta actividad económica; y (c) el respeto a los derechos adquiridos por trabajadores.

2. Establecer asociaciones público-privadas entre el Estado y las empresas mineras para el refinamiento y transformación del oro, así como su venta en el mercado internacional (experiencia filipina). Esto evitaría al Estado la gestión directa, al tiempo que le garantizaría el control sobre la comercialización y le facilitaría la supervisión estatal. En esta opción, al igual que en la opción anterior, el Banco Central podría desempeñar un papel esencial, trabajando en colaboración con organizaciones de la sociedad civil y donantes internacionales para aplicar las normas internacionales de diligencia debida y fomentar la formalización del sector (incluyendo programas de compra *in situ* y controles para prevenir la corrupción).

3. Mantener un mercado libre, pero con una mayor participación estatal y un nivel sustancialmente mayor de información (sistema brasileño). El Estado compraría una cantidad mínima de oro anualmente a través de empresas públicas, requiriendo

---

6 Salcedo & Gómez analizan el caso colombiano, y destacan la ventaja de la compra de oro en comparación con Ecuador, ya que no compromete las reservas internacionales. Además, ponen de presente cómo una medida así tiende a estimular el desarrollo económico de los mineros artesanales y a pequeña escala, ayuda a formalizar la minería a pequeña escala y a reducir el uso de mercurio en el proceso de producción. Asimismo, al condicionar las compras al cumplimiento de requisitos de diligencia debida, se promueve la venta internacional del oro artesanal, ofreciendo a los pequeños productores confianza en sus transacciones y reduciendo su vulnerabilidad frente al crimen organizado.

> certificados de legalidad y origen. Esta medida incentivaría a los actores de la cadena de suministro a operar con oro legal y rastreable para comerciar con el Estado, contribuyendo así a la formalización del sector, porque, de lo contrario, tendrían dificultades para comerciar con uno de los principales actores del mercado: el Estado. Para su eficacia se requiere un robusto sistema de información que garantice la trazabilidad del oro y permita verificar las prácticas responsables buscadas por la política pública, así como la consistencia del accionar estatal.

Salcedo Maldonado & Gómez Moreno advierten, sin embargo, sobre la complejidad de implementar estas opciones sin respetar los títulos mineros existentes, lo cual podría generar consecuencias negativas en términos de inversión extranjera y demandas internacionales. Abogan, por tanto, por un enfoque basado en asociatividad con pequeños productores para fomentar prácticas responsables y romper vínculos con el crimen organizado, al tiempo que se evitan desgastes administrativos innecesarios para los operadores que realizan actividades lícitas.

En cualquier caso, y con independencia de las nuevas medidas regulatorias finalmente adoptadas, los autores recomiendan utilizar la tecnología BCT a través de *smart contracts* que permitan certificar el cumplimiento de las medidas impuestas por el Estado. Como resultado, aplicando certificaciones basadas en BCT a lo largo de la cadena productiva y limitando la posibilidad de comercialización a la no alteración, trazabilidad y transparencia de los certificados, se podría limitar, en gran medida, la posibilidad de comerciar por fuera de la ley. Así mismo, se fomentaría la exigencia de estos certificados por los órganos públicos de control y por los actores privados que participan en el mercado[7].

---

[7] Los autores explican cómo en el ámbito del comercio de oro, la exigencia de un certificado de legalidad antes de exportar o vender al Banco de la República proporcionaría trazabilidad en la cadena comercial. Este certificado, ligado exclusivamente a títulos mineros, ya los tengan individuos o entidades jurídicas, se asignaría a lotes específicos de mineral, permitiendo el rastreo del oro mediante tecnología BCT. Durante la exportación, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) verificaría el certificado; sin él, el oro no podría salir del país y, sin pruebas de origen lícito,

Además, según los autores, esto debería venir también acompañado de una modificación en la legislación tributaria para que, como ya sucede en EE.UU., se graven los ingresos generados por este tipo de actividades ilícitas (y así aliviar el déficit fiscal existente en la actualidad en Colombia), con independencia de las responsabilidades de naturaleza penal, civil o administrativa que puedan asimismo generar.

La estrategia propuesta busca adaptar experiencias exitosas de otros países que aplican impuestos a actividades ilícitas, centrándose en la identificación y gravamen de la producción y comercialización de cocaína. Salcedo Maldonado & Gómez Moreno proponen diseñar un sistema para gravar las rentas derivadas del cultivo de cocaína, el cual se basaría en los insumos necesarios para la producción de cocaína, tomando como referencia los registros de adquisición de insumos químicos necesarios para dicha producción, los cuáles podrían hacerse también accesibles a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)[8]. Sobre esta base, los autores proponen la aplicación de un sistema de renta presunta para calcular los impuestos sobre estas actividades ilícitas. Este sistema se basaría en la cantidad de insumos químicos adquiridos, estimando la producción de cocaína y

---

podría ser confiscado. Este enfoque busca fomentar la operación legal de los mineros, contribuyendo a la formalización del sector minero ilegal y de quienes emplean métodos tradicionales para la extracción de oro.

8 Como los autores señalan, en Colombia, los arts. 20, 22, 24, 25 y 28 de la Ley 30 (1986), relativa al Estatuto Nacional de Estupefacientes, regulan el uso controlado y la vigilancia de los precursores de la cocaína, estableciendo procedimientos administrativos específicos para la compra, consumo, distribución y almacenamiento de sustancias controladas. Para aplicar estos procedimientos, se utiliza un sistema de solicitudes a través del Sistema de Información para el Control de Sustancias y Productos Químicos (SICOQ). Esta es una base de datos donde tanto empresas como individuos se registran para solicitar permisos y autorizaciones que certifiquen que no tienen vínculos con el tráfico de estupefacientes y delitos relacionados, y que les permitan adquirir, consumir, distribuir, producir y almacenar sustancias químicas, sujetas a control por ser insumos necesarios para la producción de ciertos estupefacientes. Los usuarios también deben proporcionar información personal, como identificación, dirección y matrícula mercantil. El SICOQ procesa miles de solicitudes de pago y sus registros se almacenan en los servidores de la Policía Nacional.

los ingresos generados por su venta. A partir de esta estimación, se aplicaría el impuesto a la renta al valor monetario estimado[9].

Los autores reconocen tres desafíos importantes para aplicar esta propuesta: (a) los insumos para la producción de cocaína podrían ser adquiridos a través del mercado negro0 y el contrabando, eludiendo los canales regulares que requieren permisos y registro; (b) se podría incentivar la evasión de los mecanismos regulares para la compra de insumos químicos, dificultando las actividades legales; y (c) hay un riesgo de aplicar las medidas mencionadas de manera arbitraria o discriminatoria, lo que expondría al Estado a reclamaciones ante foros internacionales.

Para enfrentar estos desafíos, Salcedo Maldonado & Gómez Moreno subrayan la importancia de aprovechar las herramientas tecnológicas y fomentar la cooperación entre instituciones. Así mismo, destacan, en particular, el papel que puede jugar el uso de marcadores en el consumo de servicios públicos, en el registro de transacciones de productos con regulaciones especiales (como los químicos en Colombia) y en las mediciones ambientales (como en el caso de detectar operaciones de minería ilegal). En todos estos casos, pueden ser herramientas eficaces para identificar actividades ilícitas que podrían estar sujetas a tributación, sin tener en cuenta las consecuencias penales o administrativas asociadas.

---

9 Según Salcedo & Gómez, este enfoque ya está contemplado en el artículo 188 del Estatuto Tributario, presentando una presunción legal de que ciertos patrimonios deben generar renta. No obstante, sería necesario promulgar un proyecto de ley que agregue una disposición al Estatuto Tributario estableciendo que, en relación con ciertas actividades ilícitas, se aplicará un mecanismo especial de renta presuntiva como el propuesto anteriormente. Lo ideal sería que la ley mencionara un sistema de renta presunta para ciertas actividades ilícitas, dejando al Ejecutivo la tarea de determinar cómo funcionaría específicamente dicho sistema para cada actividad. Además, de implementarse esta propuesta, el Ejecutivo debe ser cuidadoso de no inmiscuirse en las facultades del Legislativo, ya que la facultad de establecer tributos es exclusiva del Congreso de la República según el artículo 338 de la Constitución.

6. EL TRATAMIENTO DE LA CORRUPCIÓN EN EL ARBITRAJE DE TRATADOS DE INVERSIÓN

La cuarta parte del volumen está conformada por el capítulo 8, que Tamayo-Álvarez & Prieto-Ríos dedican al tratamiento de la corrupción en el arbitraje de tratados de inversión. En el mismo, los autores abordan una particular manifestación de la corrupción transnacional: la captura corporativa del Estado, entendida como la influencia de ciertas empresas (tanto nacionales como transnacionales) en las decisiones políticas, especialmente en asuntos regulatorios, generando prácticas corruptas, como un fenómeno crucial para entender las dinámicas de corrupción vinculadas al COT.

Este fenómeno se ha visto agravado con las políticas neoliberales que han atribuido a las empresas multinacionales un papel central en el desarrollo económico, lo que les ha permitido consolidar un poder estructural sobre los gobiernos, generalizando, entre otras cosas, las prácticas de cohecho, tráfico de influencias o abuso de funciones. De ahí la importancia de analizar la ilegalidad de ciertos proyectos de inversión financiados con capital extranjero para mejorar las estrategias de combate a la corrupción.

A la luz de lo anterior, los autores buscan reflexionar sobre dos cuestiones principales: (a) si el arbitraje de tratados de inversión es una alternativa viable en la lucha global contra la corrupción, abordando el alcance de la doctrina de la legalidad, antecedentes relevantes en la jurisprudencia, y consecuencias normativas y de política pública asociadas con la gestión de la corrupción en este contexto; y (b) si el manejo de la corrupción en el arbitraje de tratados de inversión ofrece la oportunidad de explorar regulaciones alternativas para una mejor gobernanza global contra la corrupción.

Para ello, Tamayo-Álvarez & Prieto-Ríos analizan, en primer lugar, como la buena fe es un principio fundamental del derecho internacional, que desempeña un papel crucial en el arbitraje de tratados de inversión en dos aspectos principales: (a) regula las condiciones para que un inversor acceda al mecanismo de solución de controversias inversor-Estado, evitando prácticas abusivas como el *treaty shopping*; y (b) se aplica cuando la inversión misma se involucra en conductas contrarias a la ley, como actos de corrupción o fraude, traduciéndose

en doctrinas específicas, como la de las manos limpias, que limitan la protección sustantiva conferida por los tratados de inversión a inversiones afectadas por la ilegalidad, que puede resultar en la falta de jurisdicción de los tribunales, la inadmisibilidad de reclamaciones o consecuencias adversas para los inversores en la resolución de controversias.

A este respecto, es importante destacar, en primer lugar, que los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) cuentan, normalmente, con cláusulas de legalidad, las cuales definen expresamente a las inversiones protegidas por este, como aquellas obtenidas o realizadas conforme a las leyes del Estado receptor. Así, las cláusulas de legalidad tienen el efecto de condicionar las inversiones protegidas por un tratado, limitando estas últimas a aquellas realizadas conforme a la legislación del Estado anfitrión. De esta manera, para determinar la jurisdicción, un tribunal debe verificar no solo que el requisito de *ratione materiae* esté satisfecho según lo definido en el tratado, sino también que la adquisición de dicha inversión cumpla con las leyes y reglamentos internos del Estado receptor, impidiendo que se considere cumplido dicho requisito cuando la inversión se ha obtenido infringiendo el derecho interno (debido, por ejemplo, a prácticas ilícitas en la contratación o ejecución de la inversión), lo cual restringe el alcance de la cobertura ofrecida por los AII.

Sin embargo, los tribunales arbitrales tienden a hacer una lectura restrictiva del contenido de las cláusulas de legalidad, habiendo establecido que existen:

1. Restricciones materiales, como, por ejemplo, la gravedad significativa que han de revestir las infracciones a la ley (lo que ha de analizarse caso a caso siguiendo una serie de pasos previstos por los tribunales y las reglas de procedimiento aplicables).
2. Limitaciones temporales, de manera que los tribunales han afirmado que hay que distinguir entre la ilicitud que se presenta al inicio de un proyecto de inversión de aquella que se relaciona con su ejecución, restringiendo el efecto de las cláusulas de legalidad sólo al primer evento (como resultado, las infracciones posteriores a la adquisición de la inversión no

suelen afectar la jurisdicción del tribunal, si bien pueden ser relevantes a la hora de decidir el fondo del caso).

En todo caso, existe consenso en que una fuente reconocida de ilicitud en las inversiones es la intervención del inversionista extranjero en actos corruptos ligados a su adquisición y/o ejecución. Algunos de los casos más representativos al respecto son World Duty Free vs. Kenia, Glencore vs. Colombia, Metal-Tech vs. Uzbekistán, Unión Fenosa vs. Egipto y EDF Services Limited vs. Rumania. Todos ellos muestran la diversidad de las manifestaciones de la corrupción, como el soborno, el tráfico de influencias, el abuso de funciones o la corrupción en el sector privado (si bien el cohecho o soborno a funcionarios públicos es la tipología más común, especialmente en la obtención de permisos y licencias), lo cual plantea la dificultad de establecer una definición unívoca de corrupción. Además, hace surgir la cuestión relativa a si las tipologías existentes reflejan adecuadamente los comportamientos corporativos que afectan a intereses públicos.

Tamayo-Álvarez & Prieto-Ríos analizan también ciertos casos (Plama v. Bulgaria (2008) y Yukos v. Rusia (2014)), en los cuales los tribunales han afirmado que, en el arbitraje de tratados de inversión, incluso cuando los AII no especifiquen un requisito de legalidad, se considera que las inversiones afectadas por ilicitudes no deben recibir protección sustantiva. En consecuencia, la doctrina de la legalidad respecto a las inversiones ha adquirido cierta independencia del lenguaje específico de los tratados, y se ha convertido en una cuestión que puede resolverse mediante principios generales del derecho internacional, especialmente el de la buena fe. Por lo tanto, incluso si el AII aplicable no se refiere expresamente a esta cuestión, los árbitros suelen basarse en el principio de buena fe para argumentar por qué las inversiones afectadas por ilicitudes no deben recibir protección sustantiva bajo el derecho internacional.

En segundo lugar, los autores señalan que, además de las cláusulas de legalidad en los AII, la denominada "noción objetiva de inversión" permite también a un Estado alegar la falta de jurisdicción, argumentando que la demanda no se refiere a una inversión. Esto significa que, además de analizar si se cumple con la definición específica de inversión en el texto del AII aplicable, se ha de satisfacer también la

noción objetiva de inversión, derivada del art. 25 de la Convención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Al no existir unanimidad sobre su contenido, la práctica arbitral es particularmente relevante, destacando el laudo arbitral en el caso Salini v. Marruecos (2011), donde el tribunal señaló que la existencia de una inversión debe establecerse a partir de la concurrencia de los siguientes factores: (a) que haya habido una contribución por parte del inversor (factor que posteriores tribunales han entendido de manera amplia, aunque cualificándola en el sentido de que debe ser sustancial); (b) de cierta duración en el tiempo; (c) que la operación conlleve la asunción de riesgo por parte del inversor; y (d) que la inversión contribuya al desarrollo económico del Estado receptor.

Estos cuatro factores permiten excluir de la jurisdicción de los tribunales arbitrales por falta del requisito *ratione materiae* aquellas inversiones vinculadas a actos de corrupción, dado el impacto negativo de la misma en el desarrollo de los países receptores de la inversión.

Otros tribunales como Phoenix v. la República Checa (2009) o Cortec Mining v. Kenia (2018) han reforzado esta aproximación al señalar expresamente que la noción objetiva de inversión incluye también el requisito de que las inversiones han de respetar las leyes del país anfitrión y ser realizadas de buena fe, si quieren ser protegidas.

En tercer lugar, Tamayo-Álvarez & Prieto-Ríos aclaran que, en términos generales, en el ámbito del derecho internacional se distingue claramente entre objetar la jurisdicción de un tribunal y alegar la inadmisibilidad de una demanda. La objeción de jurisdicción implica que el tribunal carece de la autoridad para resolver una controversia, mientras que la inadmisibilidad se refiere a circunstancias que hacen inapropiado que el tribunal decida sobre el fondo de una disputa, a pesar de tener jurisdicción.

Las objeciones relacionadas con base en la ilicitud de las inversiones suelen tratarse como objeciones de jurisdicción, especialmente cuando se activan las cláusulas de legalidad en ciertos AII. Sin embargo, cuando el tratado aplicable no incluye una cláusula de este tipo, los tribunales arbitrales pueden recurrir a la inadmisibilidad para ne-

gar la protección sustantiva a inversiones afectadas por la ilegalidad, como ha sucedido en los casos Al-Warraq v. Indonesia (2014), Yukos vs. Rusia (2014), Churchill Mining v. Indonesia (2014) y World Duty Free v. Kenia (2006).

Esto es importante porque para una parte de la doctrina la inadmisibilidad de la demanda es una sanción simbólica con un impacto muy superior al de la falta de jurisdicción, porque implica el análisis preliminar de la demanda, seguido de la decisión de no entrar a analizar del fondo de la misma por una infracción cometida por una de las partes (el inversionista extranjero) que hace que pierda sus derechos de protección. En contraste, el rechazo por falta de jurisdicción constituye una sanción técnica procedimental por no cumplir con los requisitos que activan las capacidades jurisdiccionales del tribunal.

En cuarto lugar, los autores explican también cómo algunos tribunales arbitrales, y parte de la doctrina, consideran que la ilegalidad de la inversión debería tratarse en la etapa de fondo del procedimiento arbitral, con base en un análisis sobre si la falta de debida diligencia por parte del inversionista puede justificar una decisión favorable al Estado. Como ejemplo de este enfoque mencionan el caso Aven v. Costa Rica (2011), en el que la falta de comunicación de información relevante se consideró como ausencia de buena fe, afectando la pretensión del demandante. Sin embargo, este enfoque puede resultar contraproducente porque tiende a presentar las conductas ilícitas/corruptas de los inversionistas extranjeros como si se tratase de simples faltas de cuidado en el desarrollo de las actividades económicas.

En quinto lugar, Tamayo-Álvarez & Prieto-Ríos reflexionan sobre los desafíos que presenta en la actualidad el tratamiento de la corrupción en el arbitraje de tratados de inversión, destacando, entre otros, la confusión entre actos ilícitos y prácticas políticas legítimas, la complejidad probatoria en casos de corrupción y los problemas suscitados por la tendencia de la práctica arbitral a reconocer los alegatos realizados por los Estados.

Con respecto al primero, señalan que un factor común de los actos ilícitos de corrupción es la incidencia que persiguen en los procesos regulatorios y políticos, con el fin de adquirir licitaciones y/o

generar normas en favor de sus actividades, siendo el cohecho o soborno la tipología más común para alcanzar estas metas (si bien los actos se terminan materializando a través del abuso de funciones y el tráfico de influencias, por lo que se requiere una coordinación pública y privada para llevar a cabo los fines corruptos). En consecuencia, uno de los principales retos que enfrentan los reguladores y los entes de control reside en clarificar la frontera entre los actos ilícitos y las formas "tradicionales" de hacer política (como el *lobby* y la financiación de campañas), toda vez que los primeros generan una apariencia de legalidad con base en estas últimas.

En cuanto al aspecto probatorio que rodea este tipo de controversias, Tamayo-Álvarez & Prieto-Ríos afirman la dificultad de probar la corrupción, ya que los actores suelen ocultarla mediante acuerdos privados o tácitos, con poca trazabilidad, que terminan por camuflarse bajo un manto de licitud. En consecuencia, en la mayoría de los casos, el debate probatorio termina girando entorno al análisis de indicios o pruebas circunstanciales, razón por la cual el debate sobre el estándar de prueba adoptado por los tribunales es particularmente relevante: algunos exigen evidencia clara y convincente, mientras que otros admiten estándares menos rigurosos. Ante esta situación, los autores favorecen la flexibilidad en la elección del estándar de prueba caso por caso, así como el uso de la metodología de las señales de advertencia, que ha sido utilizada en casos como Metal-Tech v. Uzbekistán, donde indicios de prácticas corruptas como el valor económico elevado y la falta de transparencia en las transacciones han sido tenidos en consideración por el tribunal arbitral.

En relación con la tendencia de la práctica arbitral a reconocer los alegatos realizados por los Estados, que tienden a enfatizar el papel de los inversionistas en los actos de corrupción, pero dejan de lado a los funcionarios públicos que han participado en los mismos, los autores afirman que se requiere un tratamiento más integral de los casos en los que se plantee la ilegalidad de una inversión por actos de corrupción. Esto, unido a una deseable publicidad de los fallos, debería generar suficiente presión en los respectivos Estados para que lleven a cabo actuaciones dirigidas a sancionar a los funcionarios públicos e inversionistas que se encuentren bajo su jurisdicción (poniendo así fin a su impunidad).

Como conclusión, Tamayo-Álvarez & Prieto-Ríos afirman que el arbitraje de tratados de inversión ofrece un espacio para abordar globalmente la corrupción, pero destacan limitaciones en la forma en que los tribunales han abordado hasta el momento las alegaciones de corrupción. Por ello, subrayan la importancia de entender la corrupción en toda su complejidad, reconociendo, en particular, los factores políticos y económicos que la motivan. Así mismo, critican la visión hegemónica de la corrupción como un problema exclusivo del Estado, y defienden la perspectiva que el arbitraje de inversión brinda al considerar la corrupción desde el punto de vista de las empresas. De ahí que el análisis de los actos de corrupción de los inversionistas extranjeros sea especialmente valioso para elaborar modelos más eficientes de lucha anticorrupción.

En consecuencia, y a la luz de lo anterior, los autores recomiendan que los países latinoamericanos utilicen los AII para comunicar a las empresas su responsabilidad en no ser cómplices de actos de corrupción, proponiendo la inclusión de prácticas como el lobby corporativo como comportamientos indebidos. Así mismo, hacen énfasis en la falta de voluntad política que, más allá de las limitaciones prácticas que puedan llegar a existir, es la que realmente obstaculiza la inclusión efectiva de disposiciones anticorrupción en los AII.

7. REFLEXIONES FINALES

Como se ha señalado al inicio de este capítulo, el presente volumen analiza diversos aspectos del derecho privado, la cooperación jurídica internacional en materia civil, el arbitraje de tratados de inversión y ciertas propuestas de regulación de los mercados ilícitos, con el fin de determinar de qué manera pueden contribuir a la lucha contra la corrupción vinculada al COT en América Latina y Colombia, especialmente cuando tiene lugar entre privados.

El análisis realizado parte de la premisa de reconocer que la corrupción en el sector privado no es un fenómeno aislado, generado por un pequeño grupo de “manzanas podridas”, sino que, al igual que sucede con la corrupción en el sector público, se trata de un fenómeno estructural, tal y como se refleja en la sucesión de escán-

dalos que ha llevado al legislador nacional a abordar esta cuestión en distintos países, como una forma de reacción ante las repetidas crisis de legitimidad social generadas por los mismos[10].

Aunque esta dinámica de legislar a "golpe de escándalo" de corrupción en el sector privado (ya se trate de Enron, de hipotecas basura o de cuestiones de gobernanza corporativa, por poner solo algunos ejemplos), se puede observar también en relación con la corrupción pública. Sin embargo, lo que es particular a la primera son sus causas concretas, y las razones por las que, con frecuencia, queda fuera del foco mediático.

Con respecto a sus causas, el grupo sobre perspectivas criminológicas de la Red las ha definido de la siguiente manera:

A pesar de lo anterior, la observación criminológica de las causas de la corrupción privada permite clasificarlas en dos grandes grupos: (a) internas al ámbito empresarial; y (b) externas. En cuanto a las causas internas, cabe destacar las siguientes:

1. La arrogancia moral de sus directivos (que afirman la superioridad del mundo corporativo) y su total indiferencia hacia las consecuencias deletéreas de su comportamiento con respecto a la propia cultura empresarial, las estructuras de mercado y a todos los demás interesados en la actividad del sector privado.
2. Los intereses individuales del personal empresarial que no forma parte de la alta dirección, a luz de: (a) las estructuras de oportunidad en las organizaciones, que involucran desde los trabajadores de los niveles inferiores hasta los más altos ejecutivos; y (b) la búsqueda de la acumulación de riqueza como principal (y con frecuencia único) criterio material de acción promovido por la cultura empresarial.

Por su parte, las causas externas al ámbito empresarial se pueden dividir en tres grupos:

1. Las causas derivadas de las particularidades de las relaciones empresariales con los otros competidores y los consumidores,

---

10 *Vid.*: sección 2 de este capítulo.

entre las que se encuentran: (a) la actuación de los otros competidores en el mercado; y (b) el comportamiento del mercado consumidor.

2. Las causas externas ajenas a estas relaciones, entre las que cabe destacar: (a) las asimetrías socioeconómicas; y (b) las prácticas culturales.

3. Otros factores multiplicadores de las prácticas de corrupción privada tales como: (a) la privatización de los servicios públicos y empresas públicas y otras prácticas de gobernanza pública y ciertas prácticas de gobernanza pública; (b) la desregulación económica y financiera; (c) los vacíos normativos y la insuficiente regulación jurídica;y (d) las situaciones de oportunidad excepcionales como las pandemias y los conflictos armados (Da Silva, Agapito, Saad-Diniz & Olasolo, 2024: en prensa).

En cuanto a las razones por las que el debate anticorrupción se ha centrado principalmente en la corrupción que afecta a las entidades públicas, el grupo sobre perspectivas criminológicas de la Red ha subrayado que esto se debe, en gran medida, a la resistencia del mundo corporativo a que sus prácticas de corrupción privada se den a conocer públicamente, debido a las posibles consecuencias jurídicas y al impacto negativo sobre su reputación corporativa. Esto hace que las empresas sean poco transparentes sobre esta cuestión, y traten de evitar que este tipo de prácticas se conozcan: (a) manteniendo confidenciales, en la medida de lo posible, los informes de sus mecanismos de control interno y de los programas de auditoría externa; y (b) generando, con frecuencia, incentivos para ocultar o minimizar los casos de corrupción interna. Esto ha generado, así mismo, importantes obstáculos para la medición del fenómeno (Da Silva, Agapito, Saad-Diniz & Olasolo, 2024: en prensa).

Es por ello que, ante esta situación, en los últimos años se ha venido cuestionando cada vez con mayor intensidad la falta de eficacia del modelo del *due diligence*, que se basa en transferir la responsabilidad de la fiscalización a las propias organizaciones empresariales susceptibles de incurrir en prácticas de corrupción privada, las cuales recopilan la información pero no la comparten al mantenerla confidencial (solo se transmite a los altos ejecutivos y a los accionistas, y,

en caso de existir una obligación jurídica, a los órganos públicos de vigilancia y control), impidiendo así un mayor conocimiento público sobre el funcionamiento empresarial, así como la respuesta social a la indignación moral que podría generar. Además, con frecuencia, la información recopilada no puede ser, ni tan siquiera, utilizada para orientar la acción de los legisladores que crean las normas y de los agentes públicos que las aplican (Da Silva, Agapito, Saad-Diniz & Olasolo, 2024: en prensa).

Este es, en definitiva, el fenómeno de corrupción privada a cuya limitación se pretende contribuir a través de la mayor parte de las medidas propuestas por los autores de la presente obra, tales como: (a) el fortalecimiento de una cultura ética empresarial; (b) las acciones colectivas de transparencia en los negocios; (c) los mecanismos de recuperación de activos ilícitos; (d) las medidas de cooperación jurídica internacional en materia civil relativas a la obtención de pruebas y la notificación de documentos en el extranjero; (e) el reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes de naturaleza civil en terceros países; y (f) las nuevas herramientas anticorrupción derivadas de las tecnologías *Fintech*, *Regtech* y *Blokchain*.

Todo ello sin perjuicio de que las mismas puedan también incidir en las prácticas corruptas en las que intervienen conjuntamente actores públicos y privados, tal y como sucede, en particular, con el tipo de captura corporativa del Estado, consistente en la indebida influencia empresarial en las decisiones políticas, abordada por Tamayo-Álvarez & Prieto-Ríos a través de su propuesta de tratamiento de la corrupción en el arbitraje de tratados de inversión.

Completa el volumen, la propuesta de Salcedo Maldonado & Gómez Moreno consistente en dejar a un lado el enfoque principalmente normativo (ya sea represivo o regulatorio) para centrarse en una estrategia que trate realmente de limitar la capacidad financiera de las organizaciones del COT para financiar las prácticas corruptas que promueven, y, al mismo tiempo, generar ingresos para Estado, sometiendo a tributación las actividades ilícitas que desarrollan (esto al margen de las responsabilidades penales, civiles o administrativas que puedan derivarse de las mismas).

Como se ha expuesto en las secciones precedentes, los desafíos para que estas medidas puedan resultar efectivas son muchos y variados. Por ello, el capítulo siguiente, con el que se cierra la obra, presenta, de manera prolija, toda una serie de recomendaciones formuladas por los autores para tratar de superarlos. Si esto será finalmente factible, y si las propuestas presentadas, o, al menos algunas de ellas, podrán realmente contribuir a reducir la corrupción asociada al COT en América Latina y Colombia (sobre todo en el ámbito privado), es algo que no es posible todavía afirmar con certeza en este momento.

Capítulo 10

Recomendaciones para los ámbitos latinoamericano y colombiano

HÉCTOR OLASOLO[*]
JUAN JOSÉ ROMERO MORALES[*]
GABRIELA VELÁSQUEZ MEDINA[*]
MARÍA JULIANA CONDE ARIAS[*]

---

[*] 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 (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: http://orcid.org/0000-0001-9724-0163.

[*] Abogado de 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" (2020-2023). Se ha desempeñado como asistente de investigación en la Universidad del Rosario, ha trabajado como abogado asesor y litigante en casos relacionados con Derecho Penal Corporativo y fue practicante en la Sala de Reconocimiento de Verdad de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia.

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

1. INTRODUCCIÓN

La presente obra colectiva ha tratado de abordar la cuestión relativa a en qué medida el derecho privado, la cooperación jurídica internacional, las estrategias regulatorias de los mercados ilícitos (especialmente, a la luz de las nuevas tecnologías y aproximaciones tributarias a los ingresos obtenidos al margen de la ley) y el arbitraje de tratados de inversión pueden aportar a la lucha contra de la corrupción (en particular, frente a las prácticas de corrupción privada asociadas al COT) y cuáles son sus limitaciones. Esto, considerando que este fenómeno supera las fronteras nacionales debido a la activa participación en el mismo de actores transnacionales, de ámbito público, privado y al margen de la ley, que conforman auténticas redes transnacionales de corrupción.

Dada la amplitud del tema, y ante la imposibilidad de analizar todos y cada uno de sus elementos, se ha hecho énfasis en los siguientes aspectos: (a) las respuestas desde el liderazgo ético y las acciones colectivas para la transparencia en los negocios (parte 1: capítulos 1 y 2); (b) las respuestas desde los mecanismos de recuperación de activos ilícitos, cooperación internacional en materia civil y reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes (parte 2: capítulos 3 a 5); (c) las respuestas desde las nuevas tecnologías, las estrategias regulatorias de los mercados ilícitos y la tributación de los ingresos derivados de actividades al margen de la ley (parte 3: capítulos 6 y 7); y (d) las respuestas desde el arbitraje de inversión (parte 4: capítulo 8).

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" (2020-2023)

* Estudiante de Jurisprudencia y Monitora de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia).

Si bien, debido a la especificidad de cada uno de los aspectos analizados, no todos los capítulos han podido seguir una misma estructura, una buena parte de los mismos han adoptado la siguiente: (a) ofrecer una breve explicación del alcance de la temática objeto de análisis, explicando su relevancia como escenario de especial afectación por la corrupción; (b) desarrollar el estado del arte sobre dicha cuestión en los instrumentos internacionales, y su actual regulación en: (i) algunos países no latinoamericanos que ejercen una especial influencia en América Latina (principalmente, España y Estados Unidos); y (ii) aquellos países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México y Perú), que por su tamaño, población y peso político y económico tienen una especial importancia en la región; (c) sintetizar las principales conclusiones alcanzadas; y (d) formular una serie de recomendaciones para los ámbitos latinoamericano y colombiano.

Realizado el estudio, y expuestas en el capítulo anterior las principales conclusiones alcanzadas, este último capítulo sistematiza las recomendaciones elaboradas por los autores para enfrentar el fenómeno de la corrupción (sobre todo cuando está vinculada al COT)) tanto en América Latina en general, como en Colombia en particular, con el fin de promover así una lucha anticorrupción más eficaz.

Todo ello, teniendo en cuenta que, si bien para que la cooperación jurídica internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes extranjeras pueda operar con mayor eficacia es necesario un nivel suficiente de armonización entre las legislaciones nacionales, no es menos cierto que la inserción automática de las medidas recogidas en determinados estándares internacionales, o en los ordenamientos jurídicos de terceros países (sean o no latinoamericanos), no siempre garantiza que se vayan a obtener mejores resultados, porque pueden existir distintos factores internos y externos que, en ocasiones, pueden justificar aproximaciones diversas. De ahí, que las recomendaciones presentadas tengan un carácter indicativo, de manera que a la hora de ser aplicadas se requiere analizar si es necesario introducir ciertos ajustes a la luz de las características propias del sistema nacional de que se trate.

2. RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA

Con base en lo señalado por autores en los capítulos 1 a 8, y a la luz de las conclusiones recogidas en el capítulo 9, se presentan a continuación de manera sistematizada las principales recomendaciones formuladas para América Latina.

2.1. Respecto al liderazgo ético

Considerando que el liderazgo ético puede constituir un elemento importante en la prevención de la corrupción privada, al basarse en políticas aplicadas desde la dirigencia de la organización, que no están sujetas a intercambio o negociación y se dirigen a promover las competencias éticas y de liderazgo en quienes conforman la organización (comportamiento individual) y a fortalecer la posición institucional frente a las faltas éticas (comportamiento situacional), se formulan las siguientes recomendaciones:

1. Establecer la obligación corporativa de adoptar programas de cumplimiento antisoborno y anticorrupción para todas las empresas que tengan un cierto tamaño, especialmente en aquellas áreas donde las dinámicas de corrupción son más comunes
2. Promover un tránsito desde programas de cumplimiento antisoborno y anticorrupción basados en un modelo reactivo, hacia programas diseñados conforme a un modelo preventivo/proactivo basado en la prevención de riesgos y el liderazgo ético, con el fin de que este último tipo de programas se acabe convirtiendo en el modelo general y básico exigido a todas las empresas de un cierto tamaño.
3. Incluir en los programas de cumplimiento antisoborno y anticorrupción mecanismos para el control individual y situacional del comportamiento ilícito, así como vías de cambio para la implementación de procesos diseñados para promover y fomentar el comportamiento ético de todos los miembros de las organizaciones.

2.2. Respecto a las acciones colectivas

Entendiendo que las acciones colectivas sectoriales en el ámbito corporativo, como los pactos de integridad en la contratación, los pactos empresariales, los códigos de ética y las experiencias de autorregulación, pueden constituir una valiosa herramienta de coordinación enfocada en combatir la corrupción transnacional en las relaciones que componen el ámbito empresarial, se realizan las siguientes recomendaciones, que son especialmente aplicables a los pactos empresariales o códigos de ética:

1. Asegurar la inclusión de valores y fines claros (según el sector o gremio del que se trate), que vayan acompañados de incentivos positivos y negativos, los cuales puedan materializarse mediante procedimientos conocidos, publicitados y aceptados por las partes voluntariamente vinculadas.
2. Asegurar la inclusión de comités de ética con procedimientos y atribuciones que sean públicos y vinculantes.
3. Considerar la posibilidad de que los pactos o códigos se hagan extensivos a los actores (proveedores, subcontratistas, etc.) que interactúan cotidianamente con las partes directamente vinculadas a los mismos. Esto teniendo en cuenta: (a) la importancia de aprovechar la capacidad de influencia en los diferentes sectores económicos de los influyentes actores empresariales que los suscriben; y (b) el hecho de que los efectos anticorrupción deben esperarse sobre un sector, y no solo sobre los pactantes.
4. Incluir dentro de los comités de ética, o en organigrama de los pactos o códigos, la auditoría de su nivel de cumplimiento por actores externos. Esto debido a que, en su gran mayoría, se consolidan en torno a valores e intereses propios desde la perspectiva particular de los empresarios, por lo que es necesario tomar medidas que para promover la inclusión y legitimidad de los pactos y mitigar los riesgos de los sesgos de confirmación o efectos cascada. Por ello, el establecimiento de auditorías externas es recomendable desde una doble aproximación: (a) mitigar el problema de la "perspectiva interna" que, a pesar de sus intenciones, afecta a las teorías y prácticas de los *stakehol-*

ders; y (b) generar canales adicionales de evaluación que sirvan a los fines funcionales de mejoramiento constante y a la reputación del pacto y sus integrantes.

5. Diseñar planes de acción por las empresas que hacen parte de los pactos o códigos, con el fin de dar a conocer los acuerdos suscritos mediante estrategias de difusión que permitan a sus trabajadores y consumidores, y a otros grupos de interés, conocer los compromisos asumidos y los mecanismos de denuncia en casos de vulneración. Esto debido a que el reconocimiento visible del cumplimiento de lo pactado funciona como incentivo para los actores del sector y para el escrutinio público.
6. Incluir en los pactos o códigos: (a) reconocimientos mediante marcas o insignias que puedan ser utilizadas por quienes están verdaderamente comprometidos con estándares éticos que van más allá del cumplimiento de la ley, de manera que la comunidad pueda reconocer cuáles son las empresas que se comportan así; (b) herramientas que permitan identificar los riesgos de corrupción en los procesos y prácticas empresariales y en las cadenas de valor, y (c) mecanismos confiables para la denuncia de incumplimientos, su tramitación y resolución (esto permitiría, a su vez, promover la construcción a través de sus decisiones de una guía práctica para el seguimiento de los valores e interés que motivan la celebración de los pactos o códigos).

2.3. Respecto de los mecanismos de recuperación de activos ilícitos

Ante los problemas que presentan las asimetrías existentes en materia de mecanismos de recuperación de activos ilícitos entre las legislaciones de los distintos países latinoamericanos, se recomienda su eliminación, la cual debería ser promovida por los organismos multilaterales regionales y subregionales porque obstaculizan la cooperación y coordinación internacional, poniendo para ello particular énfasis en:

1. Fomentar programas de investigación entre entidades de diferentes jurisdicciones con el fin de alcanzar un conocimiento

más integral de los fenómenos y economías criminales transfronterizas.

2. Eliminar o, al menos, reducir asimetrías legislativas en relación con los mecanismos de recuperación de activos ilícitos porque, mientras algunos países están apostando por mecanismos de decomiso sin condena completamente independientes y autónomos del proceso penal, otros apuestan por figuras híbridas menos independientes y autónomas, lo que crea diferencias que no favorecen ni promueven la cooperación y coordinación internacional.
3. Eliminar o, al menos, reducir asimetrías legislativas frente al alcance de los mecanismos existentes, al existir profundas diferencias tanto en la determinación de las actividades ilícitas, como en la definición de las causales, para las cuales se permite la aplicación de la extinción de dominio (así, por ejemplo, mientras algunos países latinoamericanos han adoptado un catálogo de actividades ilícitas frente a las cuales procede este mecanismo, otros han establecido la posibilidad de aplicarla a todas las conductas delictivas recogidas en la ley penal, o incluso a infracciones administrativas, como en el caso de Perú)
4. Instar a los gobiernos y los organismos multilaterales a salir del campo administrativo en materia de cooperación internacional, para ir más allá del mero intercambio de información y de pruebas.
5. Fomentar la realización conjunta mediante la cooperación entre las diferentes jurisdicciones afectadas por las conductas delictivas transnacionales (incluyendo las dinámicas de corrupción asociadas al crimen organizado transnacional (COT)) de investigaciones y procesos de comiso de bienes ilícitos. A pesar de que resulta indispensable para enfrentar con mayor eficacia al COT que los operadores judiciales actúen de manera transnacional, son muy pocos los casos conocidos de grupos de investigadores binacionales, menos aún plurinacionales, los cuales deberían ser conformados para enfrentar los casos transfronterizos.

Además, es recomendable que estos equipos no solo sean capaces de realizar actos de investigación conjuntos, sino también de elaborar y entregar productos de investigación realizados de manera conjunta.

2.4. Respecto de la cooperación jurídica internacional en materia civil

Dada la importancia de la cooperación jurídica internacional en materia de notificaciones y prueba en el ámbito civil, para incrementar la eficacia en la lucha anticorrupción en general, y en la aplicación de los mecanismos de recuperación de activos ilícitos en particular, se formulan las siguientes recomendaciones:

1. Trabajar en la redacción para América Latina de un nuevo convenio específicamente aplicable a la cooperación jurídica internacional en casos de corrupción transnacional. Para ello, se podría recurrir al auspicio de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), como ya se hizo al adoptar el Tratado de Medellín relativo a la Transmisión Electrónica de Solicitudes de Cooperación Jurídica Internacional entre Autoridades Centrales. Ello permitiría aprovechar la experiencia y preocupación que existe en esta organización internacional sobre la lucha contra la corrupción transnacional, al tiempo que el convenio podría estar abierto a la adhesión de Estados que no son miembros de la COMJIB.
2. Asegurarse de que este nuevo convenio es aplicable a la cooperación jurídica internacional, tanto en materia civil como penal, y que incluye disposiciones sobre notificaciones y prueba en el ámbito civil.
3. Regular en dicho Convenio los siguientes aspectos:
    3.1. Permitir que una sola solicitud pueda aunar, si es necesario, acciones en materia civil y penal (por ejemplo, que permita incluir en un mismo trámite la solicitud de notificación de apertura del juicio oral al acusado y al responsable civil subsidiario).

3.2. Prescindir del mecanismo de las autoridades centrales, de forma que las solicitudes se trasladen directamente del órgano jurisdiccional requirente al órgano jurisdiccional requerido, que sería el encargado de cursar materialmente la solicitud. Esto debido a que: (a) se trata de una materia muy específica y acotada (la corrupción asociada al COT); y (b) permitiría agilizar las solicitudes de cooperación cuando se esté ante un caso de corrupción transnacional.

3.3. Prever plazos más cortos de suspensión del proceso cuando no exista respuesta por parte del Estado requerido.

3.4. Restringir los motivos por los que el Estado requerido puede oponerse a la práctica de la prueba o de la notificación.

2.5. Respecto del reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes

Debido a la relevancia del reconocimiento y ejecución de las resoluciones firmes dictadas por órganos jurisdiccionales extranjeros (especialmente, de otros países de América Latina), para incrementar la eficacia en la lucha anticorrupción y en la aplicación de los mecanismos de recuperación de activos ilícitos, se formulan las siguientes recomendaciones:

1. Trabajar en un nuevo convenio regional sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes de otros países latinoamericanos. Para ello, podrían servir de modelo las normativas internacionales más avanzadas en la materia, como el Reglamento 1215/2012 de la Unión Europea (UE) o la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial (adoptada en 2019 en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado). Además, de facilitar el reconocimiento y la ejecución de resoluciones firmes dictadas en la región, esta medida fortalecería las relaciones internacionales y la confianza depositada en los países latinoamericanos dentro y fuera de la región.
2. Simplificar los procedimientos nacionales para el reconocimiento y ejecución de las resoluciones firmes dictadas por terceros países (esto es, especialmente, necesario en relación con

los países que puedan quedar al margen del nuevo convenio mencionado en el numeral anterior), lo cual podría materializarse a través de la eliminación del *exequátur*, la legalización y la traducción de las resoluciones firmes extranjeras. Esto aportaría una mayor celeridad y eficiencia en la administración de justicia, y no implicaría ni la infracción de las garantías de los procesados ni la violación de la soberanía de los Estados latinoamericanos. Además, se traduciría en una sensación de mayor seguridad jurídica, tanto para las partes en litigios de naturaleza transnacional como para los inversores que quieran entrar a la región.

3. Eliminar ciertas barreras al reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes de terceros países, y en particular poner fin a la exigencia del principio de reciprocidad (al menos en ciertos tipos de casos), lo que permitiría un acceso más equitativo a la justicia en un ámbito transnacional.

4. Abrir el debate sobre los pros y los contras de adherirse a la mencionada a la mencionada Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial (2019), de la que tanto los EE.UU. como la UE son parte.

2.6. Respecto del uso de las nuevas tecnologías

Parte de los desafíos relacionados con la implementación del uso de las nuevas tecnologías en los procesos de control del nivel de cumplimiento, en las estrategias regulatorias de los mercados ilícitos y en la tributación de ingresos derivados de actividades al margen de la ley, surge de la necesidad de adoptar un enfoque basado en riesgos en el desarrollo e implementación de las medidas de prevención del lavado de dinero y del financiamiento del terrorismo por parte de las empresas que ofrecen nuevas tecnologías al sector financiero. Además, se observa la necesidad de promulgar regulaciones sólidas que respalden la innovación, pero que, al mismo tiempo, garanticen la seguridad y el cumplimiento normativo. Teniendo en cuenta lo anterior, se formulan las siguientes recomendaciones en esta materia.

2.6.1. Tecnología *Fintech*

En relación con la tecnología *Fintech*, se formulan las siguientes recomendaciones para las empresas de tecnología financiera en América Latina:

1. Implementar estrategias integrales que equilibren la innovación tecnológica con la integridad financiera.
2. Adoptar un enfoque basado en riesgos al desarrollar e implementar programas *Know Your Client* (KYC) y Anti-Lavado de Activos/Contra la Financiación del Terrorismo (AML/CFT)). Esto implica: (a) realizar una evaluación exhaustiva de los riesgos específicos asociados al sistema de gobernanza de la empresa, sus productos, sus servicios y sus clientes en la región; y (b) monitorear consecuentemente las transacciones.
3. Adaptar las medidas de cumplimiento teniendo en cuenta que: (a) no todas las geografías o tipos de transacciones conllevan el mismo nivel de riesgo; y (b) es recomendable adoptar estrategias para prevenir actividades ilícitas y mantener la confianza en el sector Fintech en un entorno altamente regulado y competitivo, incluyendo, entre otras, las siguientes: (i) adoptar tecnologías emergentes; (ii) formar y entrenar a los empleados en prácticas éticas; (iii) fomentar la colaboración cercana con reguladores; (iv) promover la transparencia a través de auditorías; y (v) fortalecer la concienciación pública sobre la seguridad en Fintech.
4. Mantener un nivel suficiente de armonización con los estándares internacionales establecidos por el GAFI y otras organizaciones reguladoras, teniendo siempre en cuenta los factores internos y externos que puedan hacer necesarios realizar ciertos ajustes a la luz de las características propias de los sistemas internos. Esto facilitará también la colaboración con instituciones financieras y empresas *Fintech* en terceros países, así como la detección de actividades transfronterizas sospechosas y la cooperación en investigaciones internacionales. Ahora bien, introducen también nuevas vulnerabilidades, como transacciones anónimas y riesgos cibernéticos. Por lo tanto, es fundamental establecer regulaciones adecuadas.

5. Invertir en ciberseguridad para proteger la información y la confianza del público.

2.6.2. Tecnología *Regtech*

Ante la creciente complejidad de las regulaciones KYC y AML/CFT, las estrategias de acción para abordar la corrupción en asuntos financieros, KYC y AML/CFT relacionadas con la tecnología *Regtech* son centrales para fortalecer la integridad del sistema financiero, automatizando y mejorando el cumplimiento normativo, lo que es crucial en la prevención de actividades corruptas y financieras ilícitas. Por ello, se realizan las siguientes recomendaciones a las instituciones financieras latinoamericanas, con el fin de alcanzar y mantener un equilibrio entre la innovación tecnológica, por un lado, y la integridad financiera y lucha anticorrupción, por otro:

1. Adoptar soluciones de *Regtech* diseñadas para automatizar y mejorar los procesos de cumplimiento a través de tecnología avanzada, como inteligencia artificial y análisis de datos. Las estrategias de acción relacionadas con las medidas *Regtech* (incluyendo los programas KYC) y AML/CFT) implican el desarrollo de: (a) regulaciones actualizadas (en colaboración con reguladores gubernamentales); (b) programas de educación y capacitación (para promover la familiaridad con la tecnología); (c) una mayor colaboración entre la industria financiera y el gobierno; (d) la definición de estándares de interoperabilidad; (e) la oferta de incentivos para la adopción de soluciones *Regtech*; (f) la realización de auditorías independientes; (g) la aplicación de soluciones personalizadas; y (h) la promoción de una cultura de cumplimiento ético.
2. Colaborar con los reguladores locales para: (a) garantizar que las soluciones de *Regtech* cumplen con las regulaciones específicas de cada país de América Latina; y (b) contribuir a alcanzar un nivel suficiente de armonización en el cumplimiento AML/CFT en la región.

Así mismo, se recomienda específicamente a la industria Regtech latinoamericana que adopte las siguientes medidas:

1. Aplicar políticas claras, datos de alta calidad y seguridad de datos.
2. Impulsar acciones para regular y gestionar grandes cantidades de datos y aplicar soluciones avanzadas que van desde la identificación de clientes hasta la supervisión interna y la detección de nuevas regulaciones. Estas soluciones no solo mejoran la eficiencia y precisión del cumplimiento normativo, sino que también ahorran tiempo y recursos.

2.6.3. Tecnología *Blockchain*

Con respecto a tecnología BCT aplicada a los programas KYC y AML/CFT, se observa la necesidad de abordar desafíos clave en la región relacionados con la identificación de clientes, la prevención del lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, sobre todo en lo que se refiere a la seguridad de datos y la autenticidad de la información en un contexto en el que estas cuestiones son preocupaciones frecuentes. La tecnología BCT puede, además, abordar la falta de documentación de la identidad, al permitir la creación de identidades digitales seguras y descentralizadas, facilitando la participación en servicios financieros. Adicionalmente, los programas KYC y AML/CFT pueden utilizar esta tecnología para abordar la corrupción financiera en América Latina, permitiendo ofrecer transparencia, para compartir datos de forma descentralizada. A la luz de lo anterior, y con el fin de maximizar el potencial de la tecnología BCT en América Latina y mitigar los riesgos asociados, se recomienda:

1. Adoptar estrategias que incluyan el desarrollo de soluciones de privacidad, el fortalecimiento de la ciberseguridad para contrarrestar las estrategias de captura de contraseñas (*phishing*, *malwares,* ejecución de ciertos *scripts* o infiltraciones en los sistemas operativos a través de servidores) utilizadas por el cibercrimen organizado, el establecimiento de un marco regulatorio claro, la realización de auditorías y evaluaciones, la inversión en investigación y la promoción de casos de uso. Estas estrategias se deberían dirigir a: (a) equilibrar la transparencia con la protección de datos mediante cifrado avanzado y gestión de identidad digital; (b) promover la seguridad cibernética; y (c)

aprovechar los beneficios de la tecnología BCT como mecanismo anticorrupción en materia de asuntos financieros, garantizando la integridad y la eficiencia.

2. Generar un debate sobre cómo abordar la creciente tensión entre la aplicación de las normativas nacionales, regionales e internacionales de protección de datos y las cadenas de bloques públicas, teniendo en cuenta que no es posible borrar en este tipo de redes la información de conocimiento público que es parte de la cadena de bloques y que, aunque este fuera posible, el "derecho de borrador" no parece ser compatible con lo que significa la tecnología BCT.
3. Fortalecer la cooperación entre diversos actores, incluidas las instituciones financieras, los reguladores y las empresas de tecnología.
4. Adaptar las regulaciones nacionales en la medida de lo posible, y siempre teniendo en cuenta los factores internos y externos que puedan hacer necesarios realizar ciertos ajustes a la luz de las características propias del sistema. Todo ello con el fin de permitir incorporar esta tecnología de manera efectiva.

2.7. Respecto de las estrategias regulatorias de los mercados ilícitos, incluyendo el uso de las nuevas tecnologías, y la tributación de los ingresos derivados de actividades al margen de la ley

En materia de estrategias de control sobre las economías ilícitas, se recomienda a los países del ámbito latinoamericano la adopción de las siguientes medidas:

1. No limitar los esfuerzos de control sobre economías ilícitas a medidas punitivas.
2. Implementar estrategias que aborden las raíces económicas y financieras de las actividades ilícitas. Esta visión holística permitiría a los países latinoamericanos abordar no solo las consecuencias penales sino también las causas fundamentales del crimen organizado.

3. Incorporar tecnologías de seguridad digital en los mercados lícitos para prevenir la infiltración de organizaciones criminales en la cadena de comercialización. El uso de *blockchain* para certificar la legalidad del oro ha mostrado la capacidad de la tecnología para garantizar la trazabilidad y autenticidad de productos en industrias propensas a la ilegalidad.
4. Aumentar la participación estatal en el mercado, ya sea a través de compras gubernamentales o asociaciones público-privadas, con el fin de propiciar un papel activo del Estado en la regulación y comercialización de los recursos naturales. Esto en el entendido de que esta intervención estatal puede desincentivar prácticas ilícitas y promover una explotación sostenible de los recursos.
5. Considerar diseñar sistemas tributarios que se apliquen de manera efectiva a las actividades ilegales, contribuyendo así a la reducción de los recursos financieros de las organizaciones criminales e incrementando el recaudo del erario público.
6. Evaluar con cuidado los posibles impactos jurídicos (a la luz de la legislación nacional e internacional), económicos y comerciales antes de implementar el tipo de medidas recomendadas en esta sección, buscando, en la medida de lo posible: (a) evitar conflictos jurídicos y barreras comerciales artificiales; y (b) un equilibrio entre la eficacia en la lucha contra la corrupción y el COT y el resto de intereses en juego.

2.8. Recomendaciones relativas al arbitraje de tratados de inversión

En materia de arbitraje de tratados de inversión, se formulan las siguientes recomendaciones para los países latinoamericanos:

1. Suscribir Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) que contengan cláusulas específicas y vinculantes relacionadas con la prevención y persecución de actos de corrupción. Esto debido a que: (a) la adopción estatal de posturas proactivas en la inclusión de estas disposiciones contribuiría a reforzar la responsabilidad de todas las partes en la prevención y combate de

la corrupción en el ámbito de las inversiones; y (b) ciertos AII recogen disposiciones anticorrupción que son jurídicamente vinculantes para los inversionistas (por ejemplo, el art. 17 del AII suscrito entre Nigeria y Marruecos o el preámbulo del AII entre Eslovaquia e Irán), y por tanto nada en la práctica impide a los países latinoamericanos incorporar a sus AII disposiciones anticorrupción que sean vinculantes tanto para ellos mismos como para los inversores. Se trata, por tanto, en última instancia, de una cuestión de voluntad política para superar algunos de los paradigmas dominantes que han informado, hasta el momento, la respuesta global ante el fenómeno de la corrupción transnacional.

2. Asegurarse de que los AII que suscriben recogen expresamente una concepción amplia de corrupción que comunique a las empresas su responsabilidad de no actuar, por acción u omisión, de cualquier forma que pueda entenderse como complicidad con los actos de corrupción. Esto es importante debido a que estos instrumentos difieren de la mayoría de las iniciativas internacionales anticorrupción que simplemente consagran que los Estados tienen el deber de prevenir y castigar la corrupción.

3. Asegurarse de que los AII que suscriben contienen cláusulas que prevean con un lenguaje lo suficientemente preciso: (a) un concepto amplio de corrupción, conforme al cual las empresas son responsables de no ser cómplices con los actos de corrupción; (b) la consideración de la corrupción como fuente de ilegalidad de las inversiones, la cual puede presentarse en cualquiera de las etapas de un proyecto de inversión; (c) la calificación de ciertas prácticas propias del lobby corporativo como conductas indebidas de los inversores; y (d) condiciones uniformes sobre cómo han de probarse las alegaciones de corrupción.

4. Incluir en los AII que adopten cláusulas relativas a las diferentes obligaciones que las partes deben satisfacer con el fin de prevenir o perseguir conductas corruptas tanto internamente, a través de comités disciplinarios institucionales, como externa-

mente, con el apoyo de entes de control del orden administrativo y/o judicial. Disposiciones de esta índole ya se encuentran consignadas en algunos AII, y son importantes porque reflejan el papel constitutivo que tanto las instituciones públicas como el sector privado desempeñan en los actos de corrupción.

3. RECOMENDACIONES PARA COLOMBIA

Finalizada la presentación de las recomendaciones formuladas para el ámbito latinoamericano, y teniendo en cuenta que una parte muy importante de las mismas son también aplicables a Colombia, se sistematizan a continuación las recomendaciones realizadas por autores en los capítulos precedentes específicamente en relación con el sistema colombiano.

3.1. Respecto al liderazgo ético

Aunque Colombia es uno de los países que ha adoptado en mayor medida legislación en materia de programas empresariales de cumplimiento antisoborno y anticorrupción, se formular las siguientes recomendaciones:

1. Fortalecer la normativa que regula el enfoque basado en riesgos de los programas de cumplimiento antisoborno y anticorrupción.
2. Fomentar que la Superintendencia de Sociedades y otros entes reguladores promuevan la adopción universal, entre las empresas de un cierto tamaño, de programas de cumplimiento antisoborno y anticorrupción que no se limiten a mecanismos para el control individual y situacional del comportamiento contrario a la norma, sino que incluyan la implementación de procesos institucionales y permanentes de liderazgo ético, diseñados para promover y fomentar el comportamiento ético de todos los miembros de la organización.

3.2. Respecto a las acciones colectivas

Las acciones colectivas sectoriales en el ámbito empresarial colombiano pueden ser una herramienta importante de coordinación para prevenir la corrupción transnacional en dicho ámbito, razón por la cual la Secretaría de Transparencia del Gobierno de Colombia fomentó la suscripción de acuerdos con 52 gremios de 12 importantes sectores empresariales en el año 2019. Sin embargo, los "pactos de integridad y lucha contra la corrupción" suscritos no establecen compromisos concretos para cada sector, ni comités de ética, ni mecanismos de seguimiento, lo que hace que no sean más que meras declaraciones abstractas sin impacto en las prácticas empresariales. A pesar de ello, todos los pactos suscritos han incluido el compromiso de los gremios de promover la autoevaluación de las capacidades de cumplimiento (*compliance*) mediante la herramienta digital *Integrity app*, de la *Alliance for Integrity*.

En este contexto, se formulan las siguientes recomendaciones:

1. Mantener información actualizada sobre los textos de los pactos, las empresas y gremios que los suscriben y el impacto que generan, pues ni en las páginas web oficiales de los gremios ni en página web de la Secretaría de Transparencia se encuentra una información actualizada sobre el desarrollo de actividades relacionadas con la ejecución de los pactos.
2. Hacer seguimiento a este compromiso y publicar la información sobre el uso de esta herramienta.
3. Promover la incorporación en los pactos sectoriales suscritos, y en los que en el futuro se puedan suscribir, de elementos tan importantes para su eficacia como mecanismos anticorrupción como compromisos concretos de acción, comités sectoriales y mecanismos de seguimiento.

3.3. Respecto de los mecanismos de recuperación de activos ilícitos

En el caso colombiano, el gran desafío consiste en incrementar la efectividad de la persecución de activos ilícitos, para lo cual se formulan las siguientes recomendaciones:

1. Reformar la manera de trabajar de la Fiscalía General de la Nación, en pro de metodologías que promuevan la coordinación y cooperación con otras instituciones públicas y privadas, incluyendo, entre otras, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, así como las asociaciones, colectivos, colegios y gremios empresariales y profesionales del país. Esto debido a que la efectividad del sistema depende de la colaboración de todos los actores que están en capacidad de aportar, a pesar de lo cual la Fiscalía General de la Nación tiene, hasta el momento, una capacidad de articulación con ellos muy limitada.
2. Generar debates que en otros países aún no pueden darse por la juventud de sus instituciones, entre los que destaca el relativo a los pros y contras de la desmonopolización de la acción de extinción de dominio. Esto debido a que, en Colombia, la Fiscalía General de la Nación ha tenido por decisión legislativa (no por mandato constitucional) el monopolio de la acción de extinción de dominio por casi tres décadas. Sin embargo, la delegación de la capacidad de promover la acción de extinción de dominio a la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales y/o al Gobierno Nacional a través de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, podría incrementar su efectividad.

3.4. Respecto de la cooperación jurídica internacional

En relación con la cooperación jurídica internacional, se reiteran para Colombia las recomendaciones formuladas para el ámbito latinoamericano en general, recomendándose en particular que el país contribuya, en la mayor medida posible, a la redacción para América Latina de un nuevo convenio específicamente aplicable a la cooperación jurídica internacional en materia civil (notificaciones y prueba) y penal para casos de corrupción transnacional.

3.5. Respecto al reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes

En materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes se recomienda a Colombia:

1. Reformar la manera en que se reconocen y/o ejecutan las sentencias extranjeras en el país porque, de acuerdo a su legislación interna, es la propia Corte Suprema de Justicia la encargada de adelantar en primera instancia este procedimiento, lo que deja a las partes sin el derecho fundamental a interponer un recurso frente a sus resoluciones ante una instancia superior.
2. Contribuir en la mayor medida posible a los trabajos para la elaboración de un nuevo convenio regional sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes de otros países latinoamericanos, que debería incluir los elementos señalados en las recomendaciones formuladas para América Latina.
3. Abrir el debate a nivel nacional sobre los pros y los contras de adherirse a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial (2019).

3.6. Recomendaciones relativas a las nuevas tecnologías

3.6.1. Tecnología *Fintech*

En el contexto de las innovaciones financieras y el crecimiento de las empresas *Fintech*, Colombia enfrenta el desafío de mantener regulaciones actualizadas para garantizar la protección del cliente, la integridad del mercado financiero y la estabilidad del sistema financiero. Esto es especialmente crucial en la lucha contra el blanqueo de capitales y el financiamiento del terrorismo, ya que los servicios digitales, como las criptomonedas, aumentan las vulnerabilidades. En particular, la ejecución anónima de transacciones transfronterizas y la manipulación de datos personales pueden dar lugar a actividades abusivas. En consecuencia, se recomienda al gobierno colombiano:

1. Garantizar la aplicación en Colombia de las regulaciones AML/CFT a los actores *Fintech* para abordar estos riesgos.
2. Establecer un sólido programa AML/CFT para las empresas *Fintech* operativas en el país, que contenga los siguientes requisitos: (a) el establecimiento de una sólida estructura de gobernanza, con una junta directiva y una alta gerencia que lideren la gestión de riesgos AML/CFT; (b) el respaldo de esta estructura con el personal de atención al cliente, el director de AML/CFT y la auditoría interna; (c) la evaluación exhaustiva de los riesgos inherentes (identificando riesgos en áreas como clientes, productos, regulaciones y terceros proveedores); (d) el desarrollo de políticas y procedimientos internos para abordar estos riesgos y prevenir, detectar y reportar actividades sospechosas; (e) la realización de una debida diligencia exhaustiva en la identificación de clientes y la creación de perfiles de riesgo, utilizando soluciones tecnológicas eficientes; (f) el monitoreo de transacciones basado en parámetros de riesgo, adaptado a las necesidades específicas de cada cliente o producto; (g) la emisión de informes sobre transacciones sospechosas tanto para agencias gubernamentales como para uso interno, con detalles clave para evaluar la exposición al riesgo AML/CFT; (h) la capacitación del personal para una gestión efectiva del riesgo AML/CFT en toda la organización; (i) la realización de auditorías internas y externas para evaluar la eficacia de los programas AML/CFT, asegurando la calificación e independencia de los auditores.

3.6.2. Tecnología *Regtech*

La adopción por las instituciones financieras operativas en Colombia de soluciones *Regtech* para la aplicación de los programas KYC y AML/CFT puede permitir: (a) una respuesta más eficaz a los desafíos en la gestión de riesgos y cumplimiento normativo; (b) una progresiva transición de un enfoque KYC a un enfoque *Know Your Data* (KYD), con procesos eficientes de recopilación, administración y análisis de datos; (c) algunas ventajas adicionales como la verifica-

ción a través de la tecnología BCT, el monitoreo continuo de transacciones, el fortalecimiento de la diligencia debida frente al cliente, la rapidez en la incorporación de nuevos clientes y una mejor experiencia para los consumidores.

A la luz de lo anterior, y teniendo en cuenta el contexto regulatorio colombiano, y especialmente lo relacionado con el SARLAFT 4.0, se recomienda a las instituciones financieras colombianas:

1. Adoptar soluciones de *Regtech* avanzadas, incluyendo el uso de tecnologías como la inteligencia artificial y el aprendizaje automático para automatizar los procesos relativos a los programas KYC y AML/CFT.
2. Implementar un monitoreo en tiempo real y aprovechar el análisis de *big data* para detectar actividades sospechosas de manera eficaz.
3. Integrar las fuentes de datos externas y fomentar la colaboración con los reguladores.
4. Capacitar al personal en *Regtech*.
5. Realizar un análisis de costos y beneficios y estar preparado para adaptarse continuamente a medida que las tecnologías *Regtech* evolucionen y las regulaciones cambien, con el objetivo de lograr un sistema financiero más seguro y eficiente en Colombia.

3.6.3. Tecnología *Blockchain*

En relación con la aplicación de la tecnología BCT como parte de la estrategia de lucha contra la corrupción transnacional (especialmente, en lo que se refiere al ámbito financiero y a la implementación de los programas KYC y AML/CFT) se reiteran para Colombia las recomendaciones formuladas para América Latina. Además, se recomiendan específicamente las siguientes estrategias clave en el uso de tecnología BCT para la aplicación de la integridad en el sistema financiero colombiano:

1. La implementación segura de tecnología BCT, incluyendo criptografía, ciberseguridad, la formación de consorcios para supervisión, el uso de contratos inteligentes y el análisis avanzado de datos.
2. La realización de auditorías independientes para poder generar estrategias de trabajo en búsqueda de acciones tendientes a mejorar la aplicación de esta tecnología.

3.7. Respecto de las estrategias regulatorias de los mercados ilícitos, incluyendo el uso de las nuevas tecnologías, y la tributación de los ingresos derivados de actividades al margen de la ley

Dada la importancia de no limitar los esfuerzos de control sobre las economías ilícitas a medidas punitivas y de implementar estrategias que aborden sus raíces económicas y financieras, se formulan las siguientes recomendaciones para Colombia:

1. Abordar la minería ilícita (en particular, la del oro) y el narcotráfico en Colombia desde un enfoque integral que combine tecnología de seguridad digital, una evaluación cuidadosa de las posibles intervenciones estatales en el mercado y medidas tributarias. Este esfuerzo conjunto podría contribuir no solo a la lucha contra el COT y las prácticas corruptas, sino también a la generación de ingresos para el Estado y al fortalecimiento de la legalidad en el país.
2. Incorporar tecnologías de seguridad digital en el ámbito del control de los mercados ilícitos con el fin de garantizar la trazabilidad y el seguimiento de ciertas operaciones comerciales. Esto ayudaría a prevenir que las organizaciones del COT y otros actores al margen de la ley se infiltren en diversas etapas de la cadena de comercialización, limitando así el alcance y desarrollo de sus operaciones ilícitas y de los recursos financieros obtenidos de las mismas. Por ejemplo, se podría desarrollar un mecanismo basado en la tecnología *blockchain*, mediante el cual el Estado: (a) otorgaría un certificado de legalidad solo para el oro extraído en minas con títulos mineros válidos; y

(b) prohibiría la exportación de oro sin dicho certificado. Esto obligaría a las casas matrices internacionales a solicitar el certificado de legalidad, fomentando la comercialización exclusiva de oro de origen lícito en toda la cadena de producción.

3. Incrementar la intervención y participación del Estado en el mercado donde se evidencia la presencia de grupos criminales (como el oro), de acuerdo a alguna de las tres opciones siguientes: (a) eliminar el mercado interno de compra y venta de oro y permitir que el Estado, a través de las empresas industriales y comerciales del Estado, adquiera y posteriormente enajene todo el oro producido en el país en el mercado internacional; (b) establecer asociaciones público-privadas entre el Estado y las empresas mineras, de manera que estas últimas se encarguen de la transformación y venta del oro, previa celebración de contratos; y (c) obligar a las empresas estatales a que, de acuerdo con la producción nacional, compren anualmente una cantidad específica de oro, exigiendo en todo momento certificados de legalidad a los vendedores.

4. Implementar un sistema de renta presunta específicamente adaptado a las actividades ilegales. Así, por ejemplo, en el caso del tráfico de cocaína, podría desarrollarse un sistema de seguimiento a través del Sistema de Información para el Control de Sustancias y Productos Químicos, en el cual se registrarían las compras de insumos necesarios para la producción de cloruro de cocaína. Con base en las cantidades de insumos adquiridos, se podría estimar la cantidad de cocaína producida por las organizaciones del COT y, en función de esto, calcular el monto de ingresos generado por la venta de la droga, al que se aplicaría un impuesto sobre la renta.

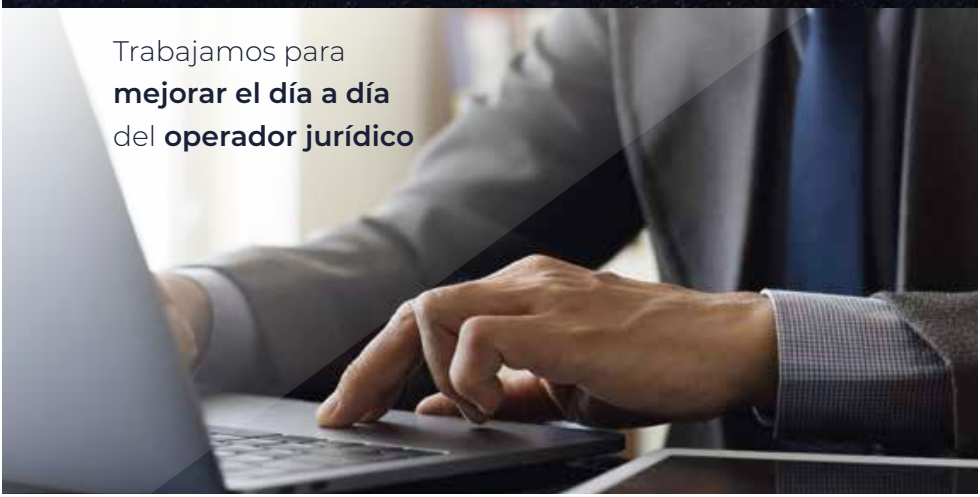
5. Aumentar la cooperación interinstitucional entre la DIAN, las autoridades judiciales y otras entidades administrativas responsables de mantener registros de compras y ventas de insumos utilizados en la producción de estupefacientes.

3.8. Respecto del arbitraje de tratados de inversión

Finalmente, en relación con el arbitraje de tratados de inversión, se reiteran para Colombia las recomendaciones formuladas para el ámbito latinoamericano en general.

tirant PRIME

Inteligencia jurídica
en expansión



Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

☎ **96 369 17 28**

✉ **atencionalcliente@tirantonline.com**

prime.tirant.com/es/

978-84-1071-458-8
9 788410 714588

tirant
lo blanch

PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA

PIJ
Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE LA HAYA
IIH
PARA LA PAZ, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA INTERNACIONAL

INSTITUTO JOAQUÍN HERRERA FLORES

COLOMBIA POTENCIA DE LA VIDA

Ciencias

Universidad del Rosario | Facultad de Jurisprudencia

IHS
Pontificia Universidad JAVERIANA
Colombia

Universidad del Rosario | Facultad de Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos