

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL

PROGRAMA DE DOCTORADO:

ESTADO DE DERECHO Y BUEN GOBIERNO



EXPOLIO Y RECUPERACIÓN DE LAS RIQUEZAS NACIONALES

NUEVOS RETOS PARA EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho
Presentada por:

MARCELO ANTONIO CASTILLO MONTERREY

Directores:

Adán Nieto Martín
Universidad de Castilla-La Mancha

Eduardo A. Fabián Caparrós
Universidad de Salamanca

Salamanca, Julio 2012

ÍNDICE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	13
ASPECTOS INTRODUCTORIOS:.....	19
I. El expolio de las riquezas nacionales	19
1. Anastasio Somoza García, el geófago:.....	19
2. Abacha, anatomía de una gran corrupción:.....	21
3. Gadafi, los zarpazos del último león del desierto:.....	22
II. La recuperación de activos en una “nueva edad de hielo”	24
III. La prevención del expolio y la recuperación de activos en el marco de una estrategia multilateral	33
PRIMERA PARTE.....	41
CAPÍTULO PRIMERO.....	43
LA GRAN CORRUPCIÓN: ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS Y POLÍTICO- CRIMINALES.....	43
I. Consideraciones preliminares.....	43
II. Fenomenología de la gran corrupción	47
III. La gran corrupción: aspectos conceptuales y definitorios.....	52
a) Gran corrupción y delitos económicos contra la humanidad	52
b) Funcionarios de alto nivel y PEPs	59
IV. Causas estructurales internas de la gran corrupción en el modelo de estado social contemporáneo	60
V. Determinación de los efectos de la corrupción a través de la axiología de los derechos fundamentales.....	69
VI. Efectos de la gran corrupción en la legitimidad del modelo de estado constitucional.....	76
VII. La gran corrupción como mecanismo estructural de violencia patrimonial y dominación por desposesión.....	85
VIII. La gran corrupción y el poder supraestatal de los sectores financieros internacionales: marionetas y titiriteros del teatro mundial	87

IX.	La evolución del discurso de criminalización de la corrupción en el plano internacional	96
X.	El reto de una intervención punitiva internacional como respuesta racional, proporcionada y controlada al expolio de las riquezas nacionales.....	101
XI.	Los límites del derecho penal ante el control de la gran corrupción: las trampas de su internacionalización y armonización.....	110
XII.	Algunas consideraciones finales.....	116
CAPÍTULO SEGUNDO:		121
LOS CRITERIOS JUSTIFICANTES DE LA CRIMINALIZACIÓN DEL EXPOLIO POR EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL		121
I.	CONSIDERACIONES GENERALES.....	121
II.	Esbozo sobre la justificación del derecho penal: entre el bien jurídico y el <i>harm principle</i>	123
1.	El bien jurídico como criterio base en la doctrina continental para la valoración de la legitimidad de la norma penal.....	127
2.	El " <i>harm principle</i> " como criterio de criminalización en el pensamiento anglo-americano	130
3.	El bien jurídico y el <i>harm principle</i> como criterios para fundamentar una punibilidad directa en el derecho internacional.....	134
III.	Los criterios de justificación en la figura del expolio como crimen de derecho internacional	136
IV.	Modelos de incriminación y criterios de justificación para la persecución penal de la apropiación del patrimonio público.....	142
1.	La búsqueda de un bien común o genérico como criterio sistemático de agrupación de los delitos cometidos en el ejercicio de funciones públicas.....	143
2.	Los delitos de apropiación del patrimonio público como infracción de carácter funcional.....	155
3.	Los delitos de apropiación del patrimonio público como infracción de carácter patrimonial.....	161

4. El patrimonio público como bien jurídico desde una concepción jurídico-funcional	165
V. La expoliación de las riquezas nacionales como ataque a los fundamentos esenciales de la vida económica de una sociedad.....	172
VI. Algunas observaciones de conjunto	180
“La cuestión de la mejora de seguridad pasa.....	183
CAPÍTULO TERCERO	185
LA CONSTRUCCION DE UN “MODELO TIPO” DE EXPOLIO DE LAS RIQUEZAS NACIONALES: BASES PARA SU DEFINICIÓN COMO UN CRIMEN DE DERECHO INTERNACIONAL	185
I. Algunas consideraciones previas.....	185
II. Contexto normativo internacional	186
1. Naciones unidas	187
a) Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.	187
b) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	188
2. África.....	192
a) La Convención de la Unión Africana sobre Prevención y Lucha contra la Corrupción (AU-CPCC).....	192
b) Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de Desarrollo del África Austral (Southern African Development Community Protocol against Corruption: SADC Protocol).....	197
c) Protocolo sobre la lucha contra la corrupción de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental [Economic Community Of West African States Protocol on the Fight against Corruption (ECOWAS Protocol)/Protocole sur la lutte contre la corruption de la Communauté Economique des Etats de l’Afrique de l’Ouest (Protocole CEDEAO)].	199
3. América	200
a) Convención Interamericana contra la Corrupción.....	200
4. Europa.....	203

a)	Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas.	203
b)	Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión europea, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas.	205
5.	Análisis general	208
III.	Necesidad dogmática y político criminal	211
IV.	¿Patrimonicidio, saqueo, expoliación?: Un nuevo término y nueva concepción para la destrucción de las naciones.....	216
V.	El expolio: ¿crimen internacional, crimen trasnacional o ilícito internacional? 220	
VI.	Hacia la definición del expolio como un crimen internacional	239
1.	La esencialidad de la obligación para la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional.....	241
2.	La internacionalidad de los efectos o el “elemento internacional”	242
3.	Carácter de <i>jus cogens</i>	243
4.	Reconocimiento internacional de la comunidad.....	245
VII.	Contornos de un “modelo tipo” de expolio como crimen de derecho internacional	246
1.	Aspecto externo del hecho (<i>actus reus</i>).....	250
a)	Conducta (acción y omisión):.....	250
b)	Consecuencias	251
c)	Circunstancias.....	252
d)	Hecho global.....	253
d.1)	El ataque sistemático o en gran escala	254
d.2)	Las riquezas nacionales como objeto del hecho global.....	258
d.3)	El elemento político	258
2.	Aspecto interno del hecho (<i>mens rea</i>)	260
a)	Principios y consideraciones generales	260

b)	Intención en relación a la conducta típica	262
c)	Intención y conocimiento en relación con las consecuencias.....	266
d)	Conocimiento en relación con las circunstancias concomitantes.....	268
e)	Especial conocimiento e intención en relación a la conducta de expolio.	269
f)	Especial conocimiento e intención en relación con las consecuencias de la conducta de expolio	274
g)	Elementos contextuales como objeto del aspecto interno del expolio	275
VIII.	Hacia la ampliación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional para la inclusión del expolio.....	276
IX.	Epílogo	280
SEGUNDA PARTE		283
CAPÍTULO CUARTO		285
LA RECUPERACIÓN DE LAS RIQUEZAS NACIONALES COMO PUNTO DE PARTIDA HACIA UNA EFECTIVA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL		285
I.	Introducción: La recuperación de activos y sus efectos sobre las víctimas y comunidades afectadas	285
II.	La (re)aparición de las medidas patrimoniales en el discurso político criminal 291	
III.	Obstáculos políticos y barreras ideológicas en la recuperación internacional de activos producto de la expoliación	306
IV.	Problemas jurídicos y dificultades prácticas en la recuperación de activos producto de la corrupción	308
V.	La recuperación de activos y las técnicas de cooperación interestatal e internacional	310
1.	Moderno enfoque político-criminal relativo a la gran corrupción: La estrategia de la recuperación de activos.....	310
2.	Iniciativas internacionales para facilitar la recuperación de activos	312
a)	Stolen Asset Recovery Initiative (StAR Initiative: Iniciativa para la recuperación de activos robados)	313

b) Principios y opciones para la disposición y transferencia de productos decomisados de la gran corrupción (G-8).....	315
3. Recuperación de activos	315
a) El comiso	319
b) Comiso penal (in personam) y comiso sin condena (in rem)	324
c) Comiso de los instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado el delito	332
d) Comiso del producto del delito.....	336
e) Comiso del valor equivalente	342
f) El comiso ampliado	350
VI. El Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas y un Organismo Internacional para la Recuperación de Activos (OIRA).....	358
VII. Consideraciones de conjunto	362
CAPÍTULO QUINTO	364
MÁS ALLÁ DE LA NORMA PENAL NACIONAL: LA ARQUITECTURA JURÍDICA INTERNACIONAL PARA LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS.....	364
I. Introducción.....	364
II. Sistema global de recuperación de activos producto de la expoliación de las riquezas nacionales	366
1. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción.	366
2. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.....	373
3. Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales-OCDE	375
III. Sistemas regionales de recuperación de activos producto de la apropiación del patrimonio público.....	376
1. La recuperación de activos en el Sistema Africano.....	376
a) La Convención de la Unión Africana sobre Prevención y Lucha contra la Corrupción (de 2003)	376

b)	Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de Desarrollo del África Austral	378
c)	Protocolo sobre la lucha contra la corrupción de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental.....	379
2.	La recuperación de activos en el Sistema Interamericano.....	380
a)	Convención Interamericana contra la Corrupción.....	385
b)	Convención Interamericana sobre asistencia mutua en materia penal	385
c)	Reglamento modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves	386
3.	La recuperación de activos en el Sistema Europeo	388
a)	Consejo de Europa.....	389
b)	Unión Europea.....	396
b.1)	Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas	403
b.2)	Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión europea, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas	404
b.3)	Segundo Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, hecho en Bruselas el 10 de junio de 1997	406
b.4)	Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito	407
b.5)	Acción Común, de 3 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (Acción Común 98/699/JAI).....	409

b.6) Plan de Acción: Prevención y control de la delincuencia organizada- Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio (2000/C 124/01), aprobado por el Consejo el 27 de marzo de 2000	410
b.7) Decisión Marco del Consejo 2001/500/JAI, 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.....	411
b.8) Decisión Marco 2003/577/JAI 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.....	414
b.9) Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito	415
b.10) Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo	418
b.11) Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de 1 de agosto de 2006, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la definición de “personas del medio político” y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de la diligencia debida con respecto al cliente así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada	420
b.12) Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso	423
b.13) Decisión Marco 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y de la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito	425
b.14) Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada	426

IV. Conclusiones de derecho internacional	429
CONCLUSIONES FINALES	431
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO.....	447
ANEXO: RESUMEN Y CONCLUSIONES EN LENGUA ITALIANA.....	501
ESPOLIAZIONE E RECUPERO DELLE RICCHEZZE NAZIONALI: NUOVE SFEIDE PER IL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE	501
ASPETTI INTRODUTTIVI:.....	501
I. L'espoliazione delle ricchezze nazionali	501
1. Anastasio Somoza García, il geofago:.....	501
2. Abacha, anatomia di una grande corruzione:	502
3. Gadafi, gli artigli dell'ultimo leone del deserto:	504
II. Il recupero delle ricchezze in una "nuova era glaciale"	506
III. La prevenzione dell'espoliazione ed il recupero delle ricchezze nel quadro di una strategia multilaterale	513
CAPITOLO PRIMO: LA GRANDE CORRUZIONE: ASPETTI CRIMINOLOGICI E POLITICO-CRIMINALI	517
CAPITOLO SECONDO: I CRITERI GIUSTIFICATIVI DELLA CRIMINALIZZAZIONE DELL'ESPOLIAZIONE DA PARTE DEL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE.....	518
CAPITOLO TERZO: LA COSTRUZIONE DI UN "MODELLO - TIPO" DI ESPOLIAZIONE DELLE RICCHEZZE NAZIONALI: BASI PER LA SUA DEFINIZIONE COME CRIMINE DI DIRITTO INTERNAZIONALE	520
CAPITOLO QUARTO: IL RECUPERO DELLE RICCHEZZE NAZIONALI COME PUNTO DI PARTENZA VERSO UN'EFFETTIVA GIUSTIZIA PENALE INTERNAZIONALE	522
CAPITOLO QUINTO: OLTRE LA NORMA PENALE NAZIONALE: L'ARCHITETTURA GIURIDICA INTERNAZIONALE PER IL RECUPERO DEI BENI.....	525
CONCLUSIONI FINALI.....	527

ÍNDICE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

AA. VV.:	Autores Varios
Act.:	actualizada
ADB:	Asian Development Bank
ADPCP:	Anuario de derecho penal y ciencias Penales
AJICL:	<i>Arizona Journal of International and Comparative Law</i>
Am. Crim. L. Rev.:	<i>American Criminal Law Review</i>
Am. U. Int'l L. Rev.:	<i>American University International Law Review</i>
Am. J. Int'l L.:	<i>The American Journal of International Law</i>
A.Rev. -L&SS:	<i>Annual Reviews of Law and Social Science</i>
AOCS:	Archivo del Observatorio para la Ciber Sociedad
AP:	Actualidad penal
Ariz. J. Int'l & Comp. L.:	<i>Arizona Journal of International and Comparative Law</i>
art. (s):	artículo (s)
ASR:	<i>American Sociological Review</i>
Baylor L. Rev.:	<i>Baylor Law Review</i>
CCE:	Código Civil Español
CCJ:	<i>Journal of Contemporary Criminal Justice</i>
CCI:	Código Civil Italiano
CCN:	Código Civil Nicaragüense
CE:	Constitución Española
CEPC:	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

CIC-OEA:	Convención Interamericana contra la corrupción-Organización de Estados Americanos
Comps.	Coompiladores
Connecticut L. Rev.:	<i>Connecticut Law Review</i>
Coord. (s):	coordinador (es)
Cornell L. Rev.:	<i>Cornell Law Review</i>
CDJ:	Cuadernos de Derecho Judicial
CPC:	Cuadernos de Política Criminal
CPE:	Código Penal Español
CPI:	Código Penal Italiano
CPN:	Código Penal Nicaragüense
CRI:	Constitución de la República Italiana
CRISPP:	<i>Review of International Social and Political Philosophy</i>
DDDP:	<i>Dei delitti e delle pene</i>
DPI:	Derecho Penal Internacional
Dir. (s):	director (es)
DPyC:	Revista de Derecho Penal y Criminología
ECPI:	Estatuto de la Corte Penal Internacional
Ed. (es):	editor (es), edición
EGStGB:	<i>Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch</i> (Ley introductoria del Código penal)
EILR:	<i>Emory International Law Review</i>
EPC:	Estudios Penales y Criminológicos
EPS:	El País Semanal
Eur J. Int. Law:	<i>European Journal of International Law</i>
Fla. J. Int'l L.:	<i>Florida Journal of International Law</i>
Geo. Wash. J. Int'l L. Econ.:	<i>George Washintong Journal of International Law and Economics</i>

GK:	<i>Großkommentar</i>
GLJ:	<i>German Law Journal</i>
Hastings Int'l & Comp. L. Rev.:	<i>Hastings International and Comparative Law Review</i>
Harv. Hum. Rts. J.:	<i>Harvard Human Rights Journal</i>
Hous. J. Int'l L.	<i>Houston Journal of International Law</i>
ILSA J. Int'l & Comp. L.:	<i>International Law Students Association Journal of International & Comparative Law</i>
IARA:	<i>International Agency for Asset Recovery</i>
inc.:	inciso
Ind. Int'l & Comp. L. Rev.:	<i>Indiana International & Comparative Law Review</i>
J. CL&C:	<i>Journal of Criminal Law and Criminology</i>
JICJ:	<i>Journal of International Criminal Justice</i>
La Ley: RJEDJB:	La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía
La. L. Rev:	<i>Louisiana Law Review</i>
LK:	<i>Leipziger Kommentar</i>
LO:	Ley Orgánica
Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev:	<i>Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review</i>
<i>MschrKrim:</i>	<i>Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform</i>
n.:	nota
nº.:	número
NCB:	Non-conviction based
nnº.:	números
n.m. (nn.mm.):	número(s) marginal(es) de párrafo
NEJ:	Nueva Enciclopedia Jurídica
New Crim. L. Rev.:	<i>New Criminal Law Review</i>
NK:	<i>Nomos Kommentar</i>

NPP:	Nuevo Pensamiento Penal
NYU:	<i>New York University</i>
Nw. J. Int'l L. & Bus.:	<i>Northwestern Journal of International Law & Business</i>
OECD:	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
Parág.:	Parágrafo
PE:	Pena y Estado
p.:	página
pp.:	páginas
PJ:	Poder Judicial
RAP:	Revista de Administración Pública
RCCSJ:	Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas
RDPC:	Revista de Derecho Penal y Criminología
ReAIDP / e-RIAPL:	<i>Revue électronique de l'Association Internationales de Droit Pénal / Electronic Review of the International Association of Penal Law</i>
RECNº:	Recurso Número
RECPC:	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
REDC:	Revista Española de derecho Constitucional
REDUR:	Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja
Reimp:	reimpresión
Rev.:	revisada
RFDUC:	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
RIDPP:	<i>Rivista Italiana di Diritto e Procedura</i>

	<i>Penale</i>
RIDP:	<i>Revue Internationale de Droit Pénal</i>
RGDP:	Revista General de Derecho Penal
RGLJ:	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RP:	Revista Penal
RPC:	Revista Penal Colombia
RVAP:	Revista Vasca de Administración Pública
RYP:	Razón y Palabra
ss:	siguientes
s. s. i.:	sus siglas en ingles
StGB:	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código penal Alemán)
StV:	<i>Strafverteidiger</i>
S(S)TSE:	Sentencia (s) del Tribunal Supremo Español
t. (s):	tomo (s)
TCE:	Tribunal Consitucional de España
trad. (s):	traductor (es)
TSE:	Tribunal Supremo Español
UNTOC:	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional
UNCAC:	Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción
U. PA. L. Rev.	<i>University of Pennsylvania Law Review</i>
Vand. J. Transnat'l L.:	<i>Vanderbilt Journal of Transnational Law</i>
Vol.:	volumen
ZStW:	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>

ASPECTOS INTRODUCTORIOS:

I. *El expolio de las riquezas nacionales*

1. Anastasio Somoza García, el geófago:

“Que yo sepa solo tengo una hacienda y se llama Nicaragua”. Esta expresión atribuida a Somoza García refleja gráficamente la naturaleza del modelo de Estado que éste instauró en Nicaragua, el cual puede ser definido en términos “weberianos” como un Estado marcadamente patrimonialista. En este Estado, en el modo de su administración, se ejercía una dominación patrimonial de forma sultanista¹. Somoza García tenía acceso ilimitado a los recursos públicos sin ningún tipo de control, pues en este régimen no existía el principio de la separación absoluta entre el patrimonio público y el patrimonio privado del gobernante, en una lógica clientelista y prebendaria.

Richard Millet, escribió que la presidencia le dio a Somoza García más que poder y prestigio. Durante sus tres primeros años en el cargo (1937-1940), acumuló una fortuna que se calcula entre 3 y 4 millones de dólares de Estados Unidos (en adelante USD, según el código ISO 4217 para esta moneda) cifra a la cual ni siquiera se había acercado ningún presidente anterior de Nicaragua². Se estima que antes de su muerte, poseía el 50% de las tierras cultivables del país, además de grandiosas mansiones por toda Nicaragua y fuera de sus fronteras.

Según investigaciones hechas al respecto, el patrimonio original de la familia Somoza estaba compuesto por cuatro propiedades (fincas cafetaleras) valoradas como máximo en 2.000 córdobas de la época. Para 1951 el patrimonio

¹ WEBER, Max, *Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*. 2ª ed. en castellano de la 4ª reimp. en FCE-España. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 185 ss.

² MILLET, Richard, *Guardianes de la dinastía: historia de la Guardia Nacional de Nicaragua, creada por Estados Unidos, y de la familia Somoza*. San José: Educa, 1979, pp. 264-265.

de Somoza García sumaba más de 150 propiedades inmuebles, además de poseer fábricas de textiles, de hielo, de refrescos gaseosos y de calzado; desmotadoras de algodón, beneficios de café, ingenios de azúcar y plantas salineras³.

Años después, los descendientes de Somoza García se apropiaron de los principales recursos de tierra, mar y aire nicaragüense. De modo que, no hubo un sólo rubro de la economía nicaragüense que no fuera apropiado por la familia Somoza. En 1950, fecha en que se inicia la historia moderna del crédito en Nicaragua, la deuda externa de este país alcanzaba los USD 2 millones, pasando a ser calculada veinte años después en USD 900 millones.

Con la devastación que provocó el terremoto en Managua en 1972 (más de 10.000 muertos y pérdidas económicas por el orden de USD 845 millones), Anastasio Somoza Debayle, el tercero de la dictadura dinástica, enriqueció aún más a su familia con la ayuda humanitaria internacional que llegó al país, llegando a ser la más rica de América Latina con una fortuna calculada en USD 5.000 millones. Una asombrosa suma para la época.

La dictadura dinástica de los Somoza gobernó Nicaragua durante 43 años, desde 1936 a 1979, hasta que el pueblo nicaragüense se unió para derrocarla mediante una insurrección. Tras la caída del régimen todas las propiedades que la familia Somoza y sus allegados poseían en Nicaragua fueron confiscadas y nacionalizadas por el nuevo gobierno. Hasta su muerte, Somoza Debayle disfrutó de un “dorado exilio” gracias a los grandes negocios y fortuna ocultos en Estados Unidos, Europa y otras partes del mundo. En el contexto de la Guerra Fría, resultaba impensable plantear seriamente la repatriación de esa fortuna.

³ MARENCO TERCERO, Eduardo, *Nicaragua: entre el patrimonialismo de los Somoza y la corrupción de Alemán*. Managua: Fondo editorial CIRA, 2004, pp. 48 ss.

2. Abacha, anatomía de una gran corrupción:

Entre 1993 y 1998, el general Sani Abacha gobernó Nigeria durante casi cinco años hasta su muerte en 1998. Ese tiempo fue suficiente para que Abacha perpetrara uno de los mayores saqueos en la historia moderna de la nación nigeriana. Dicho expolio no ha podido ser cuantificado exactamente, pero ha sido estimado hasta en USD 5 billones. Según las investigaciones posteriores al fin de este régimen, se ha determinado que Abacha, su familia y allegados utilizaron cuatro métodos para el saqueo de las riquezas nacionales: la apropiación de las riquezas a través del Banco Central de Nigeria, la inflación de los contratos públicos, el cobro de sobornos a contratistas, y transacciones fraudulentas. El producto de estos actos fue legitimado a través de una compleja red de bancos y compañías de fachada en varios países, pero principalmente en Nigeria (los miembros de la familia Abacha y sus allegados poseían más de 140 cuentas bancarias en Nigeria), Reino Unido, Suiza, Luxemburgo, Liechtenstein, Jersey y Las Bahamas. Mientras tanto, entre 50 y 90 millones de nigerianos (sobre)vivían con menos de un USD al día en el país más poblado del continente africano.

En 2000 la Comisión Federal de Bancos Suizos (SFBC, por sus siglas en inglés) publicó el informe *Abacha funds at Swiss banks* (Fondos de Abacha en los bancos suizos), producto de una investigación que incluyó a 19 bancos, teniendo como resultado la localización e inmovilización de aproximadamente USD 660 millones a finales de 1999⁴. En su sentencia del 7 de febrero de 2005 en el caso Abacha, el Tribunal Supremo Federal de Suiza confirmó una decisión del Departamento Federal de Justicia de transferir a Nigeria USD 458 millones del remanente de los USD 505 millones que Abacha colocó en Suiza. Para facilitar la repatriación los gobiernos de ambos países acordaron que los fondos repatriados serían utilizados para financiar proyectos vinculados a programas

⁴ Disponible en: <http://www.finma.ch/archiv/ebk/e/archiv/2000/medien2000.html>.

de reducción de la pobreza monitoreados por el Banco Mundial. En total se han logrado recuperar aproximadamente USD 2.1 billones (de los cuales USD 1.3 billones fueron recuperados internacionalmente). Pero, por diversos obstáculos previstos en las leyes nacionales de los países requeridos, cerca de USD 1 billón está pendiente de ser repatriado a Nigeria⁵. Parte de esos recursos financieros se encuentran “congelados” en Liechtenstein, Luxemburgo, Las Bahamas, Francia, Jersey y el Reino Unido.

3. Gadafi, los zarpazos del último león del desierto:

El día nueve de marzo de 2011 los principales medios informativos del mundo hacían eco de un hecho inédito: alrededor de veinte personas (presumiblemente de origen libio) ocupaban una casa en Londres valorada aproximadamente en 13 millones de euros y comprada por Saif al-Islam Gadafi, hijo del entonces gobernante de Libia, Muamar Gadafi. Una de estas personas explicó a los medios informativos que habían tomado la propiedad “para que esta sea devuelta a sus propietarios legítimos que es el pueblo libio” y que continuarían en esa propiedad hasta tener la certeza de que así ocurriría. Por su parte, el portavoz de la Policía metropolitana londinense anunciaba que el caso estaba siendo tratado como un asunto civil. Una semana antes de estos hechos, el Ministerio de Hacienda británico ya había bloqueado los activos que Muamar Gadafi y su familia poseían en ese territorio.

Antes, el 25 de febrero, la Unión Europea acordó el bloqueo de los bienes y haberes que en territorio comunitario hubiere de la familia Gadafi, del Fondo Soberano Libio (LIA, por sus siglas en inglés) y del Banco Central Libio. Los depósitos de las últimas dos instituciones representan unos USD 150 mil

⁵ *Vid.*, para una descripción detallada del modus operandi de este expolio sistemático y la legitimación del producto obtenido, MONFRINI, Enrico, “The Abache Case”. En: PIETH, Mark (ed.), *Recovering Stolen Assets*. Berna: Peter Lang AG, 2008, pp. 42 ss. *Vid.* también, Daily Independent (09.05.2011), disponible en <http://www.independentngonline.com/DailyIndependent/Article.aspx?id=33500>.

millones. Al día siguiente, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 1970 (2011), la cual entre otras medidas, decidió que todos los Estados Miembros deberán congelar sin demora todos los fondos, otros activos financieros y recursos económicos que se encuentren en su territorio y que sean propiedad o estén bajo el control, directo o indirecto, de Gadafi y su familia⁶. La anterior medida, en virtud de la posterior Resolución 1973 (2011) del Consejo de Seguridad, de 17 de marzo de 2011, fue ampliada a los activos financieros y recursos económicos de los principales colaboradores de Gadafi y entidades bajo el control de éste y su familia⁷.

Podríamos seguir reseñando esta larguísima cadena de expolios que van desde la “A” de Abache hasta la “Z” de Zine el Abidine Ben Alí. Cadena en la cual ocupa un lugar tristemente célebre la lista integrada por los diez líderes políticos más corruptos del mundo en las últimas dos décadas de acuerdo al Reporte Global sobre Corrupción elaborado por Transparencia Internacional en 2004, a saber: 1º Mohamed Suharto (USD 15-35 billones); 2º Ferdinand Marcos (USD 5-10 billones); 3º Mobutu Sese Seko (USD 5 billones); 4º Sani Abacha (USD 5 billones); 5º Slobodan Milosevic (USD 1 billón); 6º Jean-Claude Duvalier (USD 300-800 millones); 7º Alberto Fujimori (USD 600 millones); 8º Pavlo Lazarenko (USD 114-200 millones); 9º Arnoldo Alemán (USD 100 millones); 10º Joseph Estrada (USD 70-80 millones). Aunque, como advierte el mismo reporte, estos otrora poderosos no son los únicos ni probablemente lo que más fondos hayan expoliado a sus respectivas naciones, pero son de quienes se tiene la información más confiable. Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de gran corrupción, por la misma naturaleza del problema y su fenomenología, existen graves deficiencias en las técnicas de evaluación, por tanto, las cifras son siempre imprecisas.

⁶ *Vid.* Anexo II, RES/1970-2011. Aprobada por El Consejo de Seguridad en su 6491ª sesión, celebrada el 26 de febrero de 2011.

⁷ *Vid.*, Anexo II, RES/1973-2011. Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6498ª sesión, celebrada el 17 de marzo de 2011.

En todo caso, la Iniciativa StAR⁸ estima que los fondos obtenidos en base a la corrupción saqueados de países en vía de desarrollo fluctúan entre \$ 20 mil millones y \$ 40 mil millones por año –aproximadamente el equivalente al PBI anual de los 12 países más pobres del mundo donde viven más de 240 millones de personas⁹.

II. La recuperación de activos en una “nueva edad de hielo”

Iniciamos la introducción a nuestro argumento con la narración de estos acontecimientos dramáticos que incluyen cifras exorbitantes, porque las interrogantes que fueron el germen de esta investigación y nos han impulsado a desarrollarla, surgieron, sin duda, de forma más intuitiva que racional por el conocimiento y vivencia de algunos de los acontecimientos descritos. En este sentido y sin pretender ahondar demasiado en hechos ya bien conocidos, ha bastado un breve recorrido por los casos más emblemáticos que han marcado el devenir de esta problemática hasta llegar al estado actual de la cuestión en la escena mundial, para apreciar que ha sido una evolución de sucesos que transmiten la sensación de que se trata casi de una lucha contra molinos de viento, de una lucha solitaria de algunos (muchos) contra todos los otros (pocos). En el devenir de esta evolución identificamos tres distintas etapas. A cada una de estas etapas corresponde cronológicamente cada uno de los ejemplos reseñados en el punto de partida de esta introducción. Estos ejemplos resultan muy esclarecedores y útiles para evaluar en qué medida se han hecho

⁸ Vid., sobre la iniciativa StAR, Capítulo Cuarto de este trabajo.

⁹ UNODC/Banco Mundial, *Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR): Desafíos, Oportunidades y Plan de Acción*. Washington, DC.: Banco Mundial, 2007, p. 9; GREENBERG, T. S./SAMUEL, L. M./GRANT, WINGATE, G./GRAY, L., *Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Washintong, DC: Banco Mundial, 2009, p. xvii.

los suficientes esfuerzos internacionales y llamar la atención sobre algunas áreas inexploradas que siguen planteando mayores dificultades en el control global de la gran corrupción.

Así, identificamos una primera etapa en la cual se inscribe la era de los Somoza y donde, en general, el problema de la expoliación de las naciones permaneció convenientemente ignorado hasta las postrimerías de la Guerra Fría. Durante esta época la no injerencia en los asuntos financieros de los aliados era uno de los pilares de las alianzas políticas, tampoco era permitido inmiscuirse en los destinos de la asistencia financiera internacional. Dentro de las motivaciones que impulsaban la política exterior de las potencias hegemónicas no había sitio para la democracia, la libertad y los derechos humanos, manteniéndose así el bien establecido principio de que estos son aceptables sólo en la medida en que respondan a objetivos económicos, estratégicos e ideológicos. Este principio se expresa gráficamente con la celeberrima frase atribuida a Franklin D. Roosevelt en 1939: “Somoza [García] quizás sea un hijo de puta, pero es nuestro hijo de puta”. O como reconoce el actual presidente de los Estados Unidos de América del Norte, Barack Obama: “Durante décadas toleramos e incluso ayudamos a ladrones como Mobutu y matones como Noriega porque luchaban contra el comunismo”¹⁰. En tales circunstancias, evidentemente, la corrupción era un “asunto interno” protegido por el principio de soberanía y la concepción que sobre este principio imperaba entonces.

Una segunda fase se inicia con el fin de la Guerra Fría y el arribo a la era post-bipolar, de la globalización, de vertiginosos cambios tecnológicos y del descongelamiento de las relaciones geopolíticas mundiales. En este contexto los flujos financieros mundiales crecieron exponencialmente y con ello, de igual modo, se facilitó, aun más, el amasamiento de inmensas fortunas de origen ilícito producto de la gran corrupción en cuentas secretas en el extranjero. A la

¹⁰ OBAMA, Barack, *La audacia de la esperanza*. 2ª ed. Barcelona: Ediciones Península, 2008, p. 302.

par de todo esto, poco a poco el debate sobre la corrupción como motivo de escrutinio empezó a ganar espacios en el plano internacional.

Desde mediados de los años 80 del siglo pasado, se adoptan – tímidamente– las primeras iniciativas, esfuerzos e instrumentos nacionales, regionales e internacionales para localizar, inmovilizar, recuperar y repatriar los activos productos de la gran corrupción. En este período, con notables fracasos, se ponen en marcha diversos esfuerzos para recuperar las riquezas nacionales expoliadas a Filipinas por Ferdinand Marcos (1972-86), a Haití por Jean-Claude “Baby Doc” Duvalier (1971-86), por citar los casos más conocidos.

En la última década del siglo pasado se continúan con los esfuerzos iniciados en la década anterior y se ponen en marcha otros, como los casos de Sani Abacha (Nigeria, 1993-1998) y Mobutu Sese Seko (antiguo Zaire y actual República Democrática del Congo, 1965-97). El caso Mobutu resulta ser un rotundo fracaso. El gobierno suizo después de mantener bloqueados USD 6.7 millones por 12 años (1997-2009), se vio obligado a entregar estos fondos a los herederos de Mobutu en cumplimiento de una decisión del Tribunal Penal Federal de Suiza.

Estos procedimientos y los innumerables obstáculos legales que las respectivas naciones víctimas han tenido que enfrentar en la investigación, juzgamiento y recuperación de las riquezas expoliadas han generado los primeros movimientos en el sentido de la necesidad de aunar esfuerzos para remover los obstáculos legales que impiden a los países víctimas repatriar esas riquezas, las cuales en su gran mayoría se encuentran ocultas en los principales centros financieros del mundo y de conocidos paraísos fiscales¹¹. En esta serie de acontecimientos se localizan los factores desencadenantes de una evolución por aceleración hacia la armonización del derecho internacional en materia de

¹¹ JORGE, Guillermo, “Introducción”. En: el mismo (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008, p. XV.

recuperación de activos producto de la corrupción¹². Todo esto, incluso, ha modificado la dirección señalando una bifurcación respecto a esta problemática y marcado la transición hacia un nuevo ciclo, que ha sido denominado como “nueva edad de hielo”¹³.

Así, a inicios de la pasada década se empiezan a obtener éxitos relativos en algunos casos de recuperación de activos productos de la gran corrupción. En cualquier caso, tanto los éxitos como los fracasos, han contribuido a crear un consenso internacional alrededor de la idea de la necesidad de hacer un frente global común para poder abordar adecuadamente esta problemática que tiene trascendencia mundial. La expoliación de las riquezas de una nación afecta a la Comunidad Internacional en su conjunto. Experiencias exitosas y los grandes fracasos han sacado a luz la magnitud de la complejidad de los obstáculos y desafíos que hay que enfrentar.

En esta tercera fase, el primer punto importante de inflexión se identifica en el caso Fujimori-Montesinos (1990-2000). Tras el fin del gobierno de Fujimori a finales de 2000, se introdujeron diversas reformas en los sistemas jurídico y judicial peruanos con el fin de perseguir los delitos cometidos por el ex presidente y sus colaboradores, lo que resultó fundamental para el progreso de las investigaciones y el desmantelamiento de la red de corrupción imperante. Igualmente, se realizaron muchos esfuerzos para localizar y repatriar los activos producto de la corrupción y otros delitos graves cometidos por aquellos. Con este propósito fue creado el Fondo Especial de Administración del Dinero Obtenido Ilícitamente en perjuicio del Estado (FEDADOI)¹⁴. Desde el año 2001 al 2006 el monto total repatriado a Perú desde Suiza, Estados Unidos de

¹² *Vid.*, sobre los factores de evolución, DELMAS-MARTY, Mireille, “Introducción. Objetivos y metodología”. En: DELMAS-MARTY/PIETH/SIEBER (dirs.), *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2009, pp. 34-35.

¹³ *Vid.*, SÁNCHEZ, Carlos Manuel, “El dinero congelado de los ‘cleptócratas’. La nueva edad de hielo”. *XLsemanal*, núm. 1220, del 13 al 19 de marzo, 2011. Disponible en: <http://xlsemanal.finanzas.com>.

¹⁴ Decreto de urgencia núm. 122-2001, del 27 de octubre de 2001, y sus sucesivas reformas.

América del Norte y las Islas Caimán, asciende a USD 182.871.551.76 millones¹⁵. Aunque las directrices y los procedimientos detallados fueron definidos para asegurar el uso transparente de los recursos recuperados, estos fueron destinados principalmente para complementar los presupuestos de las instituciones estatales que contaban con un representante en el FEDADOI.

Otro hito se produce con el caso Marcos. 17 años después de que las autoridades de Suiza bloquearan los activos que Ferdinand Marcos tenía en ese país y habida cuenta de innumerables y prolongadas actuaciones judiciales llevadas a cabo durante ese periodo, en 2003 se ordena la devolución de USD 684 millones a Filipinas¹⁶.

Finalmente, el ya reseñado caso Abacha consolida esta tercera etapa. Hasta el momento y en muchos sentidos, este caso merece ser considerado como el “caso más exitoso”, no sólo por los montos recuperados, sino porque los logros en la recuperación fueron posible gracias a la mutua cooperación de autoridades, agencias e instituciones en diversas jurisdicciones. Las experiencias arrojadas en este caso anticiparon los principios contenidos posteriormente en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (UNCAC, por sus siglas en inglés) aprobada en 2003¹⁷.

La UNCAC es el hito que demarca con absoluta claridad el inicio de la actual fase del control internacional de la gran corrupción y recuperación de los activos producto de ésta, y se sitúa en el pináculo del actual edificio de control jurídico-penal de ese fenómeno. Con la datación reciente de esta convención, salta a la vista que las cuestiones de la apropiación de activos públicos y su recuperación son los últimos aspectos abordados por la agenda internacional.

¹⁵ Cfr., Acta de sesión del FEDADOI nº 008-2009, del 06 de agosto de 2009.

¹⁶ *Vid.*, en detalle sobre este caso, SALVIONI, Sergio, “Recovering the proceeds of corruption: Ferdinand Marcos of the Philippines”. En: PIETH, M. (ed.), *Recovering Stolen..., op. cit.*, pp. 79-88; MARCELO, Simeon V., “The long road from Zurich to Manila: The recovery of the Marcos Swiss dollar deposits”. En: PIETH, M. (ed.), *Recovering Stolen..., op. cit.*, pp. 89-110.

¹⁷ Resolución 58/4 de 31 de octubre de 2003 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

A la sucesión de hechos de gran corrupción que venimos reseñando se agregan los casos “Salinas” y “Kazajistán”. En este último caso 84 millones de dólares fueron repatriados en 2007 a Kazajistán desde Suiza. En el caso Salinas, después de una larga investigación que duró 12 años sobre el origen de más de un centenar de millones de dólares depositados en Suiza por Raúl Salinas, hermano del ex presidente mexicano Carlos Salinas (1988-1994), las autoridades helvéticas transfirieron en 2008 al gobierno de México más de 74 millones de dólares, una vez que el titular de los fondos no pudo acreditar el origen legal de los mismos.

En este ciclo, el caso Duvalier representa otro paradigma, y lo que una vez fuera la triste excepción (caso Abacha) se convierte –literalmente– en la norma. El caso Duvalier hasta fechas recientes era la crónica de una cadena de fracasados intentos por repatriar a Haití los cerca de USD 5,7 millones que desde 1986 han permanecido bloqueados en Suiza por las autoridades de este país, a través de sucesivas ordenes de ampliación del plazo de retención de esos fondos y en contra de numerosos recursos presentados por la familia Duvalier. Luego que el Tribunal Federal de Justicia en 2010 ordenara la devolución de ese dinero a Duvalier con base en la prescripción de los delitos por los cuales éste era acusado, todo hacía indicar que este caso, igual que ocurrió en el caso Mobutu, terminaría en un rotundo fracaso. Sin embargo, para impedir la devolución de los activos a Duvalier, la Confederación suiza aprobó en septiembre de ese mismo año la “Ley federal para la restitución de valores patrimoniales de origen ilícito de personas políticamente expuestas” (*RuVG*, por sus siglas en alemán), o llamada “Ley Duvalier”, en vigor desde el 1 de febrero de 2011. Antes que esta ley entrase en vigor, las autoridades extranjeras que reclamaban el dinero estaban obligadas a demostrar el origen ilegal de los fondos depositados por agentes públicos en territorio helvético. Además, Suiza solo podía tomar medidas si el país víctima hubiese iniciado acciones legales contra los funcionarios de alto nivel implicados. Tareas harto complicadas

teniendo en cuenta que en los países víctimas los sistemas judiciales se han hundido, pervertido o debilitado durante los regímenes corruptos. Tales fueron las dificultades que se plantearon en el caso Mobutu. La nueva regulación confiere autonomía al país alpino respecto a los países víctimas, en cuanto a las normas de bloqueo, decomiso y restitución de los activos en posesión de Personas Expuestas Políticamente (PEPs).

El año 2011 despunta con círculos de protestas populares y represiones militares en algunos países árabes. Quizás es posible identificar en estos acontecimientos otro punto de ruptura que marque el inicio de una nueva etapa en esta evolución. Así, el estado actual de la cuestión tiene como telón de fondo una revolución desencadenada en Túnez y que ha permeado en otros Estados de Oriente Medio y el norte de África, donde igual que en aquél país las poblaciones han vivido décadas de opresión económica y política y corrupción endémica. A raíz de estos acontecimientos fueron depuestos los gobernantes de Túnez y Egipto, Zine el Ben Ali y Hosni Mubarak, respectivamente. Una vez que ambos perdieron el poder, las autoridades de algunos de los muchos países donde aquéllos, sus familiares y colaboradores tenían ocultas las riquezas expoliadas se apresuraron a tomar medidas preventivas para inmovilizarlas. La prensa inglesa calculó que la fortuna del clan Mubarak ronda los USD 70.000 millones.

Como es por todos sabido, en respuesta a esta ola de demandas generalizadas de libertad y democracia, en el caso de Libia, derivó en una escalada de violencia, que ha incluido ataques generalizados y sistemáticos contra la población civil. Todo ello, dio paso al conflicto armado que enfrentó a tropas leales a Gadafi y otras rebeldes, con intervención de la OTAN en Libia, amparada por Resoluciones de las Naciones Unidas¹⁸.

Este contexto, grosso modo perfilado, es el marco en el cual se produce la acción reivindicativa descrita en las primeras páginas de esta introducción. Más

¹⁸ RES/1970-2011 y RES/1973 (2011).

allá de los efectos reales y jurídicos de la acción de ocupación del inmueble londinense el 9 de marzo, el simbolismo que contiene es demoledor. Es el pueblo tomando, recuperando, para sí lo que legítimamente le pertenece. A nuestro modo de ver, ha sido un paso más en esa escalada de logros intangibles para la construcción de una conciencia global sobre la importancia esencial de recuperar las riquezas expoliadas.

De modo que, podría afirmarse que se ha creado una sensibilidad especial hacia las graves consecuencias derivadas de estos sucesos, que generan profunda conmoción en la sociedad global y ya no basta con echar a los gobernantes corruptos del poder. La evolución por la que ha transitado la recuperación de activos producto de la gran corrupción ha traído ínsito un debate que trasciende a la discusión sobre valores éticos y morales. El debate que subyace es ideológico-político sobre los derechos humanos y los valores democráticos.

Salta a la vista que, día a día es más difícil que los altos funcionarios, sus familiares y colaboradores puedan disfrutar de un plácido retiro o un dorado exilio una vez han abandonado el poder. Pero esto no debe desviar la atención del verdadero núcleo del problema. Éste radica en aquello que Bertrand BADIE llama “la diplomacia de la connivencia”¹⁹.

Los autoproclamados garantes del orden mundial deben compartir un sentido de responsabilidad, cuando ante los acontecimientos que hemos descrito han repetido una y otra vez un comportamiento ritual: cerrar los ojos en discreta aprobación o cerrarlos para no ver la culpa del otro. Las rutas que las riquezas nacionales expoliadas siguen en el exterior son conocidas, consentidas y seguras. Estas llevan tanto a circuitos bancarios internacionales, como a fabulosas inversiones mobiliarias y empresariales en las naciones más ricas de occidente y, desde luego, en paraísos fiscales o centros *offshore*.

¹⁹ BADIE, Bertrand, *La diplomatie de connivence. Les dérives oligarchiques du système international*. Paris: La Découverte, 2011.

En este momento, es importante recordar cómo barras de oro expoliado por los criminales nazis a las propias víctimas de los campos de concentración, trabajo y exterminio, también encontraron su camino hacia el Banco Nacional Suizo (SNB, por sus siglas en inglés) desde el *Reichbank* alemán²⁰. El expolio a las víctimas del genocidio nazi, las relaciones financieras y comerciales de Suiza durante la Segunda Guerra Mundial, el papel desempeñado por los bancos comerciales, y en cierta medida, el papel de las compañías de seguro en una economía en tiempos de guerra, son todos aspectos que nos muestran una de las caras más descarnadas del asunto que aquí abordamos. Igual que ha ocurrido con el régimen nazi, tanto masacres sangrientas como masacres silenciosas perpetradas desde el Estado, así como los regímenes que las cometen, se financian con los recursos despojados a las mismas víctimas de tales masacres. Lo cual, es posible gracias a la complacencia y complicidad de instituciones financieras y económicas y de la Comunidad Internacional. Por tanto, es más que evidente que el papel que desempeñe la Comunidad Internacional en su conjunto ante el expolio de las naciones es determinante en la solución del problema.

Las contradicciones de un sistema internacional anómico, que por defectos de integración social, tensiones soberanistas, excesos oligárquicos y conducción cínica de los Estados, han generado la exclusión de la mayor parte de Estados de la gestión del mundo. Sin embargo, en el sistema global de interdependencia en el que vivimos, la inclusión debe ser la regla, el multilateralismo es la solución para una nueva gobernanza.

Para ello, es imprescindible compartir formulas de consenso en la gestión del sistema internacional, en las cuales se asuma un claro compromiso ideológico-político con los derechos humanos y se destierre del sistema

²⁰ Cfr., Independent Commission of Experts, Switzerland and Gold Transactions in the Second World War. Interim Report. Switzerland: 1998. Disponible en: <http://www.uek.ch/de/publikationen1997-2000/gold.pdf>.

internacional el aun predominante principio que acepta esos derechos y valores en función de objetivos económicos, geoestratégicos e ideológicos de las grandes potencias y de las economías emergentes [G-8, G-20, o P5 (Miembros Permanentes del Consejo de Seguridad)]. Únicamente de esta forma el Derecho Internacional –hasta ahora violado con total impunidad por las potencias– podría adquirir una legitimidad auténtica y una plena aplicación.

¿Qué quiere decir esto para efectos prácticos? Debemos partir de la premisa que la prevención del expolio de las riquezas nacionales y su recuperación requiere un sistema global de consenso a partir del Derecho Internacional, y en particular del Derecho Penal Internacional.

III. La prevención del expolio y la recuperación de activos en el marco de una estrategia multilateral

Con todo lo dicho, salta a la vista que las respuestas a estas problemáticas exceden con mucho a las soluciones que desde el derecho nacional se les ha tratado de dar. En otras palabras, figuras jurídico-penales tradicionales como malversación, peculado o cualquier otra forma de sanción de la apropiación del patrimonio público que el derecho penal nacional de referencia adopte, en general, no resultan ser del todo útiles para dar una respuesta adecuada al enorme problema de la expoliación a gran escala de las riquezas nacionales por funcionarios de alto nivel. La expoliación de las riquezas nacionales se integra dentro de las formas de criminalidad que desafían los conceptos y categorías clásicas del Derecho Penal.

Asimismo, la apropiación de bienes públicos por funcionarios recibe un tratamiento jurídico penal diverso por las legislaciones internas, puesto que algunas optan por punir estas conductas mediante un tipo penal común contra la propiedad y agravados por la condición de funcionario del sujeto activo. En

el caso de Alemania sanciona estas conductas mediante el tipo común de apropiación indebida, pero para este caso no contempla la posibilidad de considerar como circunstancia agravante ni la naturaleza pública de los activos apropiados, ni la comisión de la conducta en el ejercicio de una función pública. De otro lado, y en especial en Italia, España y los países de la América Latina, se identifica la apropiación del patrimonio público como una forma de aparición de un delito especial impropio. La comprensión particular que de la naturaleza y regulación de estas conductas criminales y sus efectos se tenga, puede conllevar múltiples obstáculos, ya no sólo para la incriminación y persecución transnacional del expolio, sino que, y sobre todo, cuando se trata de solicitar la colaboración judicial internacional para iniciar los procedimientos legales de rastreo, localización, inmovilización, confiscación y repatriación de los activos.

Por otra parte, nuestra postura es que las figuras penales actuales que sancionan el expolio, en su configuración tradicional no son capaces de captar toda la magnitud del daño que esos comportamientos generan, los cuales, por regla general, son de naturaleza transnacional. Por su naturaleza lesiva, pueden afectar a un número indeterminado de personas en distintas naciones y provocar auténticas crisis humanitarias. La prevención del expolio de las riquezas de las naciones es una cuestión de protección a los derechos humanos que no puede ser plenamente resuelta de forma coyuntural por el derecho nacional. Requiere de una respuesta uniforme, o al menos armónica y bajo los mismos cánones regulativos.

A causa de estas conductas de forma directa o indirecta, decenas de miles de personas mueren por falta de alimentos y/o falta de asistencia médica. Son auténticas masacres silenciosas y sin violencia aparente. Estos efectos letales son tan evidentes que resulta sorprendente que la comunidad académica internacional, sobre todo desde la criminología y el derecho penal, y responsables políticos no han hecho lo necesario para regular estas conductas bajo las normas del Derecho Internacional e Internacional Penal.

La absoluta falta de atención al problema de la expoliación de las riquezas nacionales contrasta con la preocupación internacional y con los esfuerzos encaminados a proteger y preservar, por ejemplo, obras de arte robadas²¹. En efecto, la condena internacional del tráfico ilícito de bienes culturales robados y las medidas adoptadas por la comunidad de Estados para detener este comercio ilícito²², representan el tipo de respuesta que cabría esperar de un problema de la magnitud del expolio de las riquezas nacionales. Incluso se han hecho intentos por tipificar como un crimen de Derecho Internacional el robo y tráfico de bienes culturales, así se trató de definir en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad²³. Restricciones a la exportación e importación de bienes culturales robados –por lo general de los Estados culturalmente ricos, pero pobres económicamente, a los mercados de los Estados relativamente pobres de arte, pero ricos económicamente–, han adoptado la forma de tratados multilaterales y bilaterales, así como disposiciones nacionales. Si el saqueo de los bienes culturales ha podido llamar tanto la preocupación internacional, el expolio

²¹ *Vid.*, por ejemplo entre los más recientes, MANACORDA, Stefano/CHAPPELL, Duncan (eds.), *Crime in the Art and Antiquities World: Illegal Trafficking in Cultural Property*. Nueva York, et al.: Springer, 2011, *passim*; BOWMAN, Blythe A., "Transnational Crimes against Culture Looting at Archaeological Sites and the 'Grey' Market in Antiquities". *CCJ*, vol. 24, n° 2, agosto 2008, pp. 225-242; LANE/BROMLEY/HICKS/MAHONEY, "Time Crime: The Transnational Organization of Art and Antiquities Theft". *CCJ*, vol. 24, n° 3, agosto 2008, pp. 243-262; McCALISTE, Adrew, "Organized crime and the theft of Iraqi antiquities". *Trends in Organized Crime*, vol. 9, n° 1, 2005, pp. 24-37; KUNITZ, Michele, "Switzerland & the International Trade in Art & Antiquities". *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, vol. 21, n° 2, 2000, pp. 519-542; CHANG, David N., "Stealing Beauty: Stopping the Madness of Illicit Art Trafficking". *Hous. J. Int'l L.*, vol. 28, 2006, pp. 829-870.

²² Cfr., Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente (Roma, 1995); Convención sobre las Medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales (París, 1970); Convención para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado (La Haya, 1954), y los respectivos Primer Protocolo (1954) y Segundo Protocolo (1999).

²³ Documento A/51/10 (distribuido inicialmente como Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10) Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones (6 de mayo-26 de julio de 1996).

sistemático, organizado y a gran escala de las riquezas económicas por parte de los funcionarios de alto nivel, merece al menos la misma atención²⁴.

No obstante lo anterior, es necesario no perder de vista que la progresiva evolución del Derecho Internacional, como no puede ser de otro modo, va de la mano de la evolución de la conciencia global y del devenir de la humanidad.

Hasta fechas muy recientes, con leyes de perdón, de punto final, se dictaban amnistías generales, renunciando así a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, con el argumento de la consecución de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza. Ciertamente, en etapas de transición impregnadas del miedo colectivo ante una vuelta al terror, existía el convencimiento de que era mejor “olvidar”. Si en ese supuesto “olvido” cabían las más graves violaciones a los derechos humanos, tales como ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias, desapariciones forzadas, torturas; es lógico que el “olvido” de las riquezas expoliadas fuera un irrisorio precio a pagar. Hoy día, una vez consolidada la conciencia global acerca de la inadmisibilidad del “olvido” de los mencionados hechos constitutivos de gravísimas violaciones a los derechos humanos, se avanza cada vez más y con paso firme hacia la consolidación de una inadmisibilidad en el “olvido” del expolio de las riquezas nacionales.

Actualmente, existen las condiciones y nada impide que en esa evolución progresiva del Derecho Internacional, para estar en correspondencia con la evolución y progreso de la humanidad, se dé un paso más adelante y se declaren *inadmisibles las amnistías económicas* a los gobernantes corruptos. Igualmente, se declare inadmisibile el impedir o no llevar a cabo investigaciones encaminadas a la ubicación, inmovilización, decomiso y repatriación de las riquezas expoliadas. Se debe brindar a la humanidad en su conjunto los instrumentos jurídicos necesarios para prevenir la violación de derechos

²⁴ KOFELE-KALE, Ndiva, “Patrimonicide: The International Economic Crime of Indigenous Spoliation”. *Vand. J. Transnat'l L.*, vol. 28, n° 48, enero 1995, pp. 45-118.

humanos mediante la expoliación de los recursos materiales mínimos vitales. Si bien es cierto que la recuperación internacional de activos producto de la corrupción no es nada nuevo. Pero cuando esta labor se ha hecho ha sido de forma esporádica y descoordinada dentro de la Comunidad Internacional.

De lo que aquí se trata, es de contribuir modestamente a abordar adecuadamente este problema de forma sistemática y coordinada para la consecución de logros tangibles. En esto subyace la idea central de esta investigación que el lector tiene ahora en sus manos. Este trabajo se ocupa de teorizar y ofrecer un camino jurídico-penal para contribuir de forma regulada, sistemática y proporcionada a que esas legítimas aspiraciones de los pueblos se cumplan. El objeto central de este trabajo es el estudio del expolio de las riquezas nacionales como fenomenología de la gran corrupción para tratar de ofrecer desde un plano internacional y de una forma complementaria a los sistemas nacionales, por un lado, un modelo de responsabilidad penal de los funcionarios de alto nivel, y, por otro, un modelo de restitución de los activos producto de esa expoliación. Estas son cuestiones polémicas y aún no abordadas en la doctrina, o al menos no lo suficiente. Se trata de tejer una red de seguridad a nivel internacional para evitar saltos al vacío.

De eso se trata este trabajo: de reflexionar sobre las respuestas uniformes y sistemáticas que tanto desde el derecho nacional como desde el Derecho Internacional pueden dársele a esta problemática. Para ello, hemos estructurado la presente obra en cinco capítulos en los que se trata de analizar de forma global las peculiaridades criminológicas y dogmáticas del expolio de las riquezas nacionales y la recuperación de las mismas.

En el primer capítulo, efectuamos un análisis de los presupuestos criminológicos y político criminales que envuelven a la gran corrupción, sus protagonistas, las principales causas y efectos de este fenómeno criminal. Aquí, damos especial atención a las afecciones que para los derechos humanos comportan las conductas criminales en juego, los desafíos que para el derecho

penal nacional e internacional representa el control del expolio de las riquezas nacionales como manifestación de la gran corrupción.

En el segundo capítulo, teniendo como fundamento los argumentos planteados en el capítulo anterior, ya en el terreno jurídico-penal y dogmático exploramos las vías de justificación para transitar hacia una regulación penal internacional del expolio: la teoría del bien jurídico, propia del derecho de la Europa continental, y, el principio del daño como creación del sistema angloamericano. Para ello, como no puede ser de otro modo, hacemos un análisis comparado partiendo de la configuración de figuras jurídico-penales tradicionales que desde el derecho nacional han pretendido sancionar estas conductas. Todo esto con el objeto de llegar a determinar de forma concreta los criterios de justificación de una criminalización internacional de la expoliación.

Una vez determinada la justificación de una intervención desde el Derecho Penal Internacional para prevenir y controlar el expolio de las riquezas nacionales, procedemos en el capítulo tercero a tratar de identificar las características o elementos esenciales que debe poseer la construcción de un “modelo-tipo” de expolio como crimen de Derecho Internacional, a través de la configuración de sus elementos objetivos y subjetivos, y bajo el paraguas del principio de justicia universal.

En el capítulo cuarto, como ineludible complementariedad de todo lo anterior y como necesaria consecuencia de ello, abordamos el proceso de recuperación transnacional e internacional de activos derivados de la corrupción como medidas que necesariamente son punto de partida hacia una efectiva justicia material para los pueblos víctimas de estos hechos. Para una adecuada comprensión del mencionado proceso, abordamos las esenciales problemáticas político-criminales y jurídico-penales que el mismo tiene que enfrentar. Así, en primer lugar, reseñamos en líneas generales la evolución que este proceso y las principales figuras que lo componen han experimentado en los procesos cíclicos del devenir histórico. En segundo lugar, estudiamos las diferentes figuras que

conforman el proceso de recuperación de activos y las propuestas más recientes que buscan una garantía de éxito en la recuperación y repatriación de las riquezas expoliadas.

Finalmente, en el capítulo quinto analizamos los principales instrumentos regionales e internacionales que tratan la recuperación de las riquezas nacionales. Esto nos ha permitido identificar la gama de herramientas a través de las cuales se hace efectiva la localización, inmovilización y finalmente, la repatriación de los activos.

A grandes rasgos, este es el camino que creemos debería tomarse, sospechamos que el mismo puede ser objeto de desconfianza y rechazo de internacionalistas, penalistas y criminólogos. Pero, no hay lugar a dudas sobre la imperiosa necesidad de discutir acerca de las problemáticas aquí abordadas para encontrar las herramientas necesarias para alcanzar un consenso general sobre cómo enfrentarlas.

PRIMERA PARTE

“Cuanta más libertad se otorga a los negocios,
más cárceles se hace necesario construir para quienes padecen los
negocios”.

Eduardo Galeano²⁵

²⁵ *Las venas abiertas de América Latina*. 2ª ed. en España, revisada y corregida, 6ª reimp. Madrid: Siglo XXI, 2008.

CAPÍTULO PRIMERO

LA GRAN CORRUPCIÓN: ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS Y POLÍTICO-CRIMINALES

I. Consideraciones preliminares

Como es ampliamente sabido, el uso de la expresión “corrupción” plantea una cantidad de problemas distintos que resultan inabordables de forma monográfica ya que su fenomenología admite diversas expresiones según sea la perspectiva desde la cual se aborde²⁶. Así, puede estudiarse desde los puntos de vista político, administrativo, económico, social, criminal o penal. Entre los cuales, no obstante, tener profundas interrelaciones, median unas diferencias técnicas esenciales.

Se ha señalado, en relación a definir qué entendemos por corrupción, que no es una tarea fácil, en virtud de la convivencia de diversas aproximaciones al tema y que según su planteamiento encuentran como problema fundamental la dificultad de encontrar parámetros o patrones suficientemente determinados para definir un fenómeno que varía sustancialmente según el ámbito cultural y político en el cual lo abordemos²⁷. Aunque se corre el riesgo de un relativismo,

²⁶ *Vid.*, sobre la variedad de significados del término corrupción, FRIEDRICH, Carl J., “Corruption concepts in historical perspective”. En: HEIDENHEIMER, Arnold/JOHNSTON, Michael (eds.), *Political corruption. Concepts & Contexts*. 3ª ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002, pp. 15 ss.

²⁷ *Vid.*, GARDINER, John, “Defining Corruption”. En: HEIDENHEIMER, Arnold/JOHNSTON, Michael (eds.), *ibidem*, pp. 27 ss.; ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos: Causas, consecuencias y reforma* (trad. de Alfonso Colodrón Gómez de la primera edición en inglés con título original *Corruption and government: causes, consequences, and reform*. Cambridge: University Press, 1999). 1ª ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 2001, p. 5. En similar sentido, *vid.*, BUSTOS GISBERT, Rafael, “La recuperación de la responsabilidad política en la lucha contra la corrupción de los gobernantes: una tarea pendiente”. En: RODRÍGUEZ GARCÍA, N./FABIÁN CAPARRÓS, E. (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004, p. 69. Asimismo, FRANCO VASCO, Andrés, “El tema de la

pero no de un simple relativismo moral –como simplemente aceptar los juicios normativos de cada cultura en cuanto a qué es o no es una práctica aceptable– sino que el peligro se extiende más allá de un relativismo moral hacia un relativismo conceptual²⁸.

En cuanto a la clasificación de los tipos de corrupción, esta “adquiere formas tan numerosas que tratar de mencionarlas todas es como tratar de meter el mar en un vaso”²⁹. Gráfica expresión de HARDT y NEGRI para subrayar el hecho de cómo la fenomenología de la corrupción es, por su propia naturaleza, difícil de definir y a veces de identificar, que es un concepto multidimensional y que representa grandes dificultades para encontrar parámetros suficientemente determinados para definirlo porque varía sustancialmente según las tradiciones sociales, políticas y jurídicas en que lo analicemos. Por ejemplo, la corrupción en los regímenes totalitarios puede adoptar una gran amplitud de formas indeterminadas.

Frente a una concepción estricta, que reconduciría al soborno o al denominado cohecho por algunas legislaciones, es creciente la tendencia criminológica a identificar corrupción con “un importante número de figuras penales tanto tradicionales, como de nueva creación, relacionadas todas ellas

corrupción y la respuesta multilateral”. En: AA. VV., *Talleres de divulgación e implementación de la Convención interamericana contra la corrupción*. Santa Fe de Bogotá: JAVEGRAF, 1999, p. 112. Otro que ha sido tema central en la discusión sobre los niveles de corrupción en varios países, es el de la financiación de las campañas políticas, así por ejemplo, en el caso de los Estados Unidos de Norteamérica esta práctica es considerada asunto de seguridad nacional y en otras latitudes puede que no signifique ningún tipo de práctica corrupta. Otro claro ejemplo de lo afirmado, son los casos de cabildeo parlamentarios o gubernamentales, lo más comúnmente conocido como “lobby”, actividad que incluso es regulada en los Estados Unidos de Norteamérica y cada vez más admitida en otros países, pero en otros su realización es éticamente desaprobado o incluso puede constituir un hecho criminal. *Vid.* en este último sentido, LÓPEZ, Humberto, “La Función del Cabildero. Relaciones con el Gobierno”. *RYP*, nº 23, abril-mayo de 2003 (disponible en: <http://www.razonypalabra.org.mx>, último acceso realizado el 14-06-2012).

²⁸ PHILP, Mark, “Conceptualizing Political Corruption”. En: HEIDENHEIMER, Arnold/JOHNSTON, M., *Political corruption...*, *op. cit.*, pp. 47 ss.

²⁹ HARDT, Michael/NEGRI, Antonio, *Imperio* (trad. del inglés de Alcira Bixio del original: *Empire*. Cambridge, Massachusetts/Londres: Harvard University Press, 2000). Barcelona/Buenos Aires: Paidós, 2005, p. 410.

con ciertos elementos que ejercen como elementos aglutinadores”³⁰. De modo que, esta creciente tendencia criminológica identifica corrupción con cualquier irregularidad cometida en un contexto de toma de decisión, con todo abuso de poder.

Aunque la corrupción, por naturaleza, no es un concepto jurídico, que un acto de corrupción tenga relevancia penal, dependerá del sistema normativo de referencia, de cuando sea definida normativamente como delito en cada momento y en cada sector, debiendo interpretarse en cada caso en función de cuáles sean los objetivos que se pretendan con las normas sobre la materia³¹. En este sentido, podemos encontrarnos en situaciones en las cuales un acto ilegal puede no ser corrupto, o *a contrario sensu*, un acto legal puede ser corrupto³².

Por otra parte, existen comportamientos que estando ajenos al derecho positivo, por su dañosidad social merecen ser analizados desde la óptica criminológica y reflexionar sobre su posible proyección de *lege ferenda* en el derecho nacional e internacional.

Lo anterior saca a la superficie un dato que adquirirá una importancia fundamental en las consecuencias posteriores que obtendremos en este estudio. Nos explicamos. Si bien es cierto que en las últimas décadas el discurso criminológico sobre la corrupción ha alcanzado decibelios inusitados, lo cual se ha visto reflejado, por un lado, en una inabarcable bibliografía que aborda las diferentes teorías que desde la criminología se han elaborado para explicar este fenómeno. Por otro lado, ese discurso también se ha visto reflejado en un

³⁰ VERCHER NOGUERA, A., “Introducción”. En: RODRÍGUEZ GARCÍA, N./FABIÁN CAPARRÓS, E. (coords.), *La corrupción...*, *op. cit.*, p. 13. *Vid.*, en el mismo sentido, CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”. *EGUZKILORE*, n° 17, San Sebastián, diciembre 2003, p. 8.

³¹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003, p. 22; GARDINER, J., “Defining Corruption”..., *op. cit.*, pp. 36 ss.; GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Acerca del concepto de corrupción” (publicado originalmente en *Claves de razón práctica*, n° 56, 1995, pp. 26-38). En: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*. Madrid: Alianza editorial, 1997, p. 39.

³² Ambas situaciones son ilustradas con ejemplos por GARDINER, J., “Defining Corruption”..., *op. cit.*, pp. 30-32.

aluvión de instrumentos e iniciativas jurídicos tanto a nivel nacional, supranacional e internacional que, en muchos casos, recogen parte de esas propuestas teóricas. Sin embargo, igual que ha ocurrido con el genocidio y cualquier otro género de crímenes de Estado en forma de *matanzas masivas* o muy numerosas³³, hemos llegado al siglo XXI sin que ninguno de los momentos por los que ha atravesado la criminología se haya ocupado del fenómeno de la gran corrupción. Es decir, uno de las manifestaciones criminales más graves que recorren la historia de la humanidad no ha sido objeto preferencial ni de la criminología ni de la doctrina penal, sin mencionar a la doctrina internacionalista³⁴. Ese espacio ha sido ocupado prácticamente con dominio pleno por filósofos, politólogos³⁵, sociólogos, historiadores y economicistas. La corrupción ha esquivado los límites epistemológicos de la criminología y las mencionadas ramas jurídicas cuando es cometida a grandes escalas. Como destaca VEST, el principal problema que enfrenta la criminología en el siglo XXI, es el Estado injusto (*Unrechtsstat*) criminal (tiránico) y sus hecatombes de víctimas³⁶. Se debe constatar, sin embargo, que la criminología a diferencia de las ciencias políticas, a penas se ha ocupado de este problema³⁷. Entre el cual, por supuesto, encajan los crímenes comprendidos dentro de la gran corrupción.

Por todo, llama poderosamente la atención que el discurso político-criminal contra la corrupción ha estado dominado por la llamada “pequeña corrupción”, en el cual, además, ha predominado una concepción estricta de la

³³ *Vid.*, sobre los diferentes momentos recorridos por la criminología, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Masacres: Larvas y semillas. Lineamientos para un replanteo criminológico”. Instituto de Investigaciones. Corte Suprema de la Nación. *Investigaciones*, Buenos Aires, n° 1, 2010, pp. 11 ss. Además, VEST, Hans, „Humanitätsverbrechen-Herausforderung für das Individualstrafrecht?“ *ZStW*, vol. 113, n° 3, 2001, pp. 466-467.

³⁴ ZAFFARONI, E. R., “Masacres: Larvas y semillas...”, *op. cit.*, pp. 11 y 12.

³⁵ KLITGAARD, Robert, *Controlling Corruption*. Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, 1991, pp. 52 ss. Este autor reclama desde las ciencias políticas una punición por hechos de corrupción cometidos por funcionarios de alto nivel.

³⁶ En esta línea, VEST, H., „Humanitätsverbrechen-Herausforderung für...“, *op. cit.*, p. 466; aclara que con el término “Estado” se refiere también a otras formas de organización con poder potencial suficiente.

³⁷ *Ibidem*, p. 466-467.

misma, identificando tradicionalmente esta con el soborno. Por su parte, las literaturas económica y política cuando se ha ocupado de la gran corrupción lo han hecho en referencia prácticamente exclusiva a los “sobornos de gran volumen”³⁸. Asimismo, cuando de forma muy excepcional desde las ciencias jurídicas se ha prestado atención a la gran corrupción ha sido en referencia al caso particular del soborno del funcionario público extranjero e internacional³⁹. De este modo, las ciencias penales no han prestado especial atención a las particularidades propias de la apropiación de grandes volúmenes de patrimonio público. Aunque, en la última década se avista un giro copernicano dado a partir de la firma de la UNCAC.

II. Fenomenología de la gran corrupción

Es habitual que en los macroyectos que conllevan concesiones y privatizaciones millonarias y en las cuales se producen sobornos de grandes volúmenes de dinero, a la par se produzca la apropiación de ingentes cantidades de activos públicos que en muchos casos sirven para el pago de esos sobornos. Por ejemplo, con independencia de que los proyectos respondan a auténticas necesidades sociales, es habitual que en estos casos las empresas sobrevaloren (o *inflen*) los precios de los proyectos o transacciones comerciales para “sobrefacturarlos” y reducir la calidad de los materiales empleados, y así ajustarlos al coste que tienen que pagar por los sobornos, o que se otorguen concesiones a precios muy por debajo del valor de mercado para explotación de

³⁸ Así, por ejemplo, ROSE-ACKERMAN, Susan, “‘Grand’ corruption and the ethics of global Business”. *Journal of Banking & Finance*, Elsevier, vol. 26, nº 9, 2002, pp. 1889-1918.

³⁹ FABIÁN CAPARRÓS, E., *La corrupción de agente...*, op. cit., *passim*; MANACORDA, Stefano, *La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell’indagine penalistica*. Nápoles: Eugenio Jovene, 1999, *passim*.

los recursos naturales, como minas, petróleo, madera o pesca⁴⁰. De esta forma, los activos que deberían no egresar del presupuesto del gobierno de algunos países o ingresar en dichos presupuestos, son tomados, por el contrario, por los funcionarios corruptos de alto nivel y contratistas privados. Colosales cantidades de dinero público fluyen y se escurren entre las manos de grandes empresarios y PEPs⁴¹.

Desde un punto de vista histórico-material, la criminalidad de las clases poderosas se ha logrado mantener excluida del discurso material de criminalidad gracias al dominio absoluto que “los poderosos” han ejercido siempre sobre el principio de legalidad penal por el ideario político ilustrado liberal que como instrumento formal incluye, “pero que al mismo tiempo y sobre todo también *excluye* comportamientos criminales en sentido material del discurso de criminalidad”⁴². De forma general, la conquista de la integración de toda la criminalidad material propia de las clases poderosas, y de forma particular de la gran corrupción, dentro del discurso material de criminalidad constituye uno de los principales retos del discurso de modernización del derecho penal.

La utilidad del estudio de la problemática de estas conductas está en diseñar estrategias y mecanismos precisos mediante los cuales puedan darse soluciones. En ello, como hemos venido perfilando, tienen gran importancia las instancias de control, cuya relevancia radica en la función de prevención yendo a la raíz del sistema y no a prácticas individuales, contrario a la represión que únicamente afecta a manifestaciones ocasionales y concretas y permite, por

⁴⁰ *Vid.*, con abundantes ejemplos, ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los gobiernos...*, *op. cit.*, pp. 36 ss.

⁴¹ *Vid.*, un estudio exhaustivo que a través de números ejemplos examina los vínculos entre la corrupción a gran escala de altos funcionarios y la ocultación de bienes expoliados mediante empresas fantasmas, fundaciones y fideicomisos en DOES DE WILLEBOIS, E./ HALTER, E./HARRISON, R./PARK, J. W./SHARMAN, J. C., *The Pupper Masters: How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It*. Washington, DC.: Banco Mundial, 2011, *passim*.

⁴² GRACIA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003, pp. 161 ss. y 181 ss.

tanto, la subsistencia del sistema y de los hechos no descubiertos, no investigados o no sancionados⁴³. Es decir que, prevenir la gran corrupción requiere de un riguroso control de los funcionarios de alto nivel.

A nuestro modo de ver, la ausencia de protectores eficaces contra la gran corrupción puede estar referida no sólo a la ausencia de un tercero que vigile, sino a un funcionamiento permisivo y propiciatorio de impunidad de todo el sistema de control, llegando en muchos casos a generalizarse hasta alcanzar una ausencia institucionalizada de protectores eficaces. Así, las oportunidades de expoliación del patrimonio público se convierten en poderosas tentaciones cuando existe un mínimo o ningún riesgo de ser legalmente sancionado⁴⁴.

Este es el trasfondo jurídico-fáctico que ofrece la impunidad universal de las severas violaciones a los derechos humanos⁴⁵. En el caso de la desposesión a los pueblos de sus riquezas nacionales, se trata de una laguna de punibilidad fáctica y normativa. Como veremos más adelante en este trabajo, fáctica por la ausencia de un interés de persecución estatal y, normativa por las problemáticas derivadas de los diferentes niveles de protección de intereses jurídicos y los diferentes niveles de valoración de los daños provocados, en el derecho penal interno estatal y en el derecho penal internacional. En lo que respecta a esto último, la impunidad se ha de atribuir, en parte, a la ausencia de un tipo penal. Pues bien, todo ello conduce a una laguna de punibilidad jurídico-fáctica

⁴³ NIETO, Alejandro, *Corrupción en la España democrática*. 1ª ed. Barcelona: Ariel, S. A., 1997, p. 233.

⁴⁴ *Vid.*, en similar sentido y con ulteriores referencia, BLANCO CORDERO, Isidoro, "La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional". En: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.), *Serta in memoriam Alexadro Baratta*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, p. 276.

⁴⁵ *Vid.*, AMBOS, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional*. 2ª ed. act. y rev. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, *passim*; del mismo, *La parte general del derecho penal internacional: Bases para una elaboración dogmática* (trad. de Ezequiel Malarino). Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 33.

universal cuya desecación o, en todo caso, disminución como problema de orden mundial es una de las funciones más importantes del DPI⁴⁶.

Por todo, la investigación criminológica y el discurso político-criminal contra la gran corrupción deben dejar de un lado la neutralidad ideológica y asumir un claro discurso ideológico-político con los derechos humanos e incorporar en su horizonte de proyección la expoliación de las riquezas nacionales y la responsabilidad que en estos hechos tienen tanto los funcionarios de alto nivel, como los grandes agentes económicos y las personas jurídicas a través de las cuales actúan.

Quien tome en serio esta función humanitaria debería colaborar con la búsqueda de posibles soluciones jurídicas y políticas o, como mínimo, darles la bienvenida a tales contribuciones⁴⁷. Ese es el propósito de este trabajo: investigar si es posible fundamentar, por el derecho internacional vigente, no solo el derecho, sino también el deber de penar las violaciones a los derechos humanos por actos los actos de desposesión de los pueblos como una forma más de manifestación de la criminalidad que debe ser combatida con el derecho penal internacional.

En consecuencia, una vez que hayamos delineado un panorama de sus causas, efectos, sujetos involucrados y el rol que desempeña o le correspondería desempeñar al derecho penal y al Derecho Penal Internacional ante este fenómeno, el objetivo que aquí nos ocupará es tratar de completar el horizonte criminológico y penal de esta problemática, intentando delinear la otra parte del panorama del replanteamiento que sufriría y del campo de investigación que le atañería a la criminología, al derecho penal y al Derecho Penal

⁴⁶ Así, se puede leer en los párrafos 4 y 5 del preámbulo del ECPI, donde los Estados parte afirman que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”. Además, los Estados parte, se declararon “decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes...”

⁴⁷ AMBOS, K., *La parte general...*, op. cit., pp. 33-34.

Internacional incorporando la expoliación de las riquezas nacionales a sus respectivos universos de estudio. La política criminal resultante de esa anexión, tendría como propósito, en primer lugar, la *prevención del expolio* de las riquezas nacionales, y en segundo lugar, cuando la prevención fallara, la *recuperación de los activos expoliados*.

Así, en este capítulo pretenderemos poner de manifiesto las principales problemáticas criminógenas que representa la gran corrupción como fenómeno sociopolítico variable en el tiempo y espacio, o sea, desde el punto de vista fenomenológico de la criminalidad, y no como un conjunto de actos individuales punibles⁴⁸. Estos presupuestos criminológicos y político-criminales constituyen elementos fundamentales para una ulterior investigación de naturaleza penal y la elaboración de propuestas de política criminal en relación con el desarrollo social dentro de un marco respetuoso de los derechos fundamentales, que en definitiva, es lo que perseguimos en este estudio. La valorización del aporte interdisciplinar al estudio del delito y el previo conocimiento por parte del legislador de la fenomenología que intenta regular representan ideas consolidadas dentro de la moderna ciencia penal⁴⁹.

Finalmente, en este momento nos resta hacer una determinación negativa. No obstante lo anterior, cabe advertir que escapa a los estrechos límites de este trabajo un tratamiento detenido sobre la esencia del contenido político social fáctico de la fenomenología de la corrupción, porque basta recordar que sobre el particular existe publicada una copiosa bibliografía cuya expansión desde la última década del siglo pasado no tiene precedentes. Además, teniendo en cuenta el interés marginal de su exposición en lo que a este estudio importa, renunciamos a realizar cualquier tipo de referencia

⁴⁸ Sobre la distinción entre criminalidad y delito, *vid.* con referencias, HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1989, pp. 28 y ss.

⁴⁹ *Vid.*, con ulteriores referencias, MANACORDA, S., *La corruzione internazionale...*, *op. cit.*, pp. 7 ss.

histórica⁵⁰, no obstante, de la constatación de testimonios de corrupción en la Administración pública tan primigenios como la organización social tal y como la concebimos hoy día, así como de la actualidad que muchos de estos testimonios históricos puedan tener en el presente⁵¹. De suerte que, compartimos al respecto el punto de vista de NIETO⁵², para quien la cuestión no estriba en saber en qué época ha habido más corrupción, sino en la postura que se adopte ante la misma. Sin dejar de tener en cuenta que caracteriza a nuestro tiempo una mayor conciencia, conocimiento y difusión de esta problemática.

III. La gran corrupción: aspectos conceptuales y definitorios

a) Gran corrupción y delitos económicos contra la humanidad

Hablar de actos de corrupción, como en el marco de este trabajo hacemos, como actos capaces de afectar el desarrollo económico y sociopolítico de los países que la sufren, es hablar de una corrupción que se produce en las estructuras superiores del Estado. Se trata, entonces, de la llamada como “*gran corrupción*”, “*corrupción de alto nivel*”, o “*corrupción macroeconómica*”.

⁵⁰ Vid., ampliamente en cuanto a referencias históricas sobre la corrupción, VENTURINI, Carlo, “La corruzione: complessità dell’esperienza romanistica”; QUAGLIONI, Diego, “«Delinquens in officio». Spunti dal diritto comune”; BERTUOL, Roberto, “La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali”. Todos en: FORNASARI, Gabriele/LUISI, Nicola (eds.), *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*. Padova: Cedam, 2003, respectivamente pp. 5 ss, 37 ss, 229 ss.

⁵¹ Vid., en este sentido y con referencias, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*. 5ª ed. Navarra: Civitas, 2005, p. 82; “La corrupción es un fenómeno que viene de lejos; Séneca escribió ya hace muchos siglos que la corrupción es un vicio de los hombres, no de los tiempos”. En similar sentido, NIETO, A., *Corrupción en la España...*, op. cit., p. 7; el autor hace una reseña de los plásticos episodios del poema castellano Rimado de Palacio escrito a fines del siglo XIV por Lope de Ayala.

⁵² NIETO, A., *Corrupción en la España...*, op. cit., p. 64.

La gran corrupción ha sido definida como “el mal uso del poder público por parte de los jefes de estado, ministros y altos funcionarios con el fin de obtener un beneficio pecuniario”⁵³. Sin embargo, la gran corrupción puede tener fines más allá del simple beneficio pecuniario. Hablamos de fines más complejos que un simple lucro, son fines políticos de dominación y control social para los cuales lo pecuniario no es un fin en sí mismo, sino un simple medio para conseguir esos fines más complejos.

En este sentido más amplio se incardina la definición de corrupción a gran escala brindada por TI, para quien aquella “consiste en actos cometidos en los niveles más altos del gobierno que involucran la distorsión de políticas o de funciones centrales del Estado, y que permiten a los líderes beneficiarse a expensas del bien común”⁵⁴.

Gran corrupción, es un fenómeno que afecta las variables indicadoras del nivel de vida de una sociedad al producirse en los niveles superiores del gobierno y afectar a sus principales proyectos, programas, transacciones y políticas públicas⁵⁵. La gran corrupción puede obstaculizar el funcionamiento de los Estados y bajar la eficiencia de la producción de una nación⁵⁶, afectando con ello el modelo de Estado social, poniendo en tela de juicio la imparcialidad y el equilibrio de las reglas del sistema social, afectando de forma estructural la gestión pública y el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos. Descrita así, la gran corrupción comparte las características comunes de las denominadas “grandes formas de delincuencia” (“*Grossformen des Verbrechens*”) que frecuentemente tienen consecuencias de dimensiones catastróficas y pueden ser agrupadas dentro del concepto de

⁵³ MOODY-STUART, *La gran corrupción*. Madrid: Siddharth Mehta, 1994, p. 8.

⁵⁴ Transparencia Internacional, *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*, 2009, p. 23. Disponible en: <http://www.transparency.org/publications/publications>.

⁵⁵ *Vid.*, con ulteriores referencias, ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los gobiernos...*, *op. cit.*, p. 36.

⁵⁶ ROSE-ACKERMAN, S., “‘Grand’ corruption and...”, *op. cit.*, p. 1892.

“Macrocriminalidad”⁵⁷. Este último comprende, según JÄGER, básicamente, comportamientos conformes con el sistema y acordes con la situación, dentro de la estructura de una organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectivo⁵⁸.

Por consiguiente, como refiere AMBOS, la macrocriminalidad se diferencia cualitativamente de las tradicionales formas de criminalidad y también de las conocidas formas especiales (terrorismo, narcotráfico, criminalidad económica, etc.) debido a las condiciones políticas de excepción y al papel activo que en aquella desempeña el Estado⁵⁹. La macrocriminalidad, como agrega el antedicho autor, es un fenómeno criminal más limitado que el llamado por la criminología como “criminalidad de los poderosos” (*crimes of the powerful*), puesto que este último se refiere por lo general a los hechos cometidos por los “poderosos” desde sus posiciones de “poder” (económico) que no necesariamente son idénticas al Estado o al poder del Estado. La intervención, tolerancia, omisión e incluso fortalecimiento de grandes formas de delincuencia desde el Estado les confiere una evidente naturaleza política. De modo que, aquí entendemos macrocriminalidad no en *lato sensu*, como toda amenaza criminal de grandes dimensiones⁶⁰, sino en *stricto sensu* como “macrocriminalidad política” en cuanto a “criminalidad fortalecida por el

⁵⁷ Fundamentalmente, JÄGER, Hebert, „Gedanken zur Kriminologie kollektiver Verbrechen“. *MschKrim*, 1980, pp. 358 ss.; del mismo, *Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens: Zur strafrechtlich-kriminologischen Bedeutung der Gruppendynamik*. Fráncfort de Meno: Metzner, 1985, *passim*; del mismo, „Versuch über Makrocriminalität“. *StV* 1988, p. 172 ss.; Además del mismo, ilustrativo, *Makrocriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*. Fráncfort de Meno: Suhrkamp, 1989, pp. 11 ss; del mismo, „Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts: Kriminalpolitisch-kriminologische Aspekte“. En: HANKEL, Gerd/STUBY, Gerhard (eds.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen: Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*. Hamburgo: Hamburger Edition, 1995, p. 327 ss.; por último, del mismo, „Ist Politik kriminalisierbar?“ En: LÜDERSEN, Klaus (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Tomo III: Makrodelinquenz. Baden-Baden: Nomos, 1998, pp. 122 ss.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Así, con ulterior referencia, AMBOS, K., *La Parte general...*, *op. cit.*, pp. 44-45; también del mismo, “Impunidad, derechos humanos y derecho penal internacional”. *Nueva Sociedad*, n° 161, mayo/junio 1999, pp. 94 ss. (disponible en: http://www.nuso.org/upload/articulos/2770_1.pdf).

⁶⁰ JÄGER, H., „Ist Politik kriminalisierbar?“ ..., *op. cit.*, pp. 122 ss. En el mismo sentido, es seguido por AMBOS, K., *La Parte general...*, *op. cit.*, p. 45.

Estado”⁶¹ o “crimen colectivo políticamente condicionado”⁶². La criminalidad objeto de este estudio, gran corrupción, se comete siempre a lo interno de los Estados y contra la propia población.

Aunque, es innegable que el DIP nace necesariamente vinculado a hechos singularizados por su carácter político y por la participación abierta o encubierta del poder estatal⁶³, actualmente el concepto de macrocriminalidad política comprende, *lato sensu*, también a los crímenes de derecho internacional cometidos tanto desde posiciones estatales contra la población de otro Estado, como por autores ajenos al Estado. Esta concepción amplia de macrocriminalidad encuentra sustento en la concepción de crímenes de derecho internacional consagrada por el ECPI, según la cual ya no es necesaria una relación con un conflicto armado para que puedan ser perseguidas determinadas violaciones graves a los derechos humanos en tiempos de paz, ni es necesario que estas violaciones se lleven a cabo en un contexto de comisión estatal, bastando solamente que estas se encuentren en un contexto de comisión determinado, generalizado y sistemático. Con esto queda claro que la comisión de crímenes de derecho internacional ya ha dejado ser considerado como algo privativo de los funcionarios estatales, sino que puede conducir, absolutamente, a la responsabilidad jurídico-penal de particulares, de individuos no integrados a las estructuras estatales. En consecuencia, según la comprensión moderna del derecho penal internacional, el concepto de macrocriminalidad política se debe extender a los particulares⁶⁴. Así, cada vez se escuchan más voces que piden una ampliación del umbral de interpretación del derecho penal internacional para

⁶¹ Así, NAUCKE, Wolfgang, *Strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*. Fráncfort del Meno: Vittorio Klostermann, 1996, p. 19.

⁶² JÄGER, H., „Ist Politik kriminalisierbar?“ ..., *op. cit.*, pp. 123.

⁶³ JESCHECK, Hans-Heinrich, „Die internationale Genocidium-Konvention vom 9. Dezember 1948 und die Lehre vom Völkerstrafrecht“. *ZStW*, vol. 66, nº 2, 1954, p. 204, “la idea de un auténtico Derecho penal internacional sólo cobra significado cuando se trata de hechos singularizados por su carácter político y por la participación abierta o encubierta del poder estatal”.

⁶⁴ Así, ilustrativamente, AMBOS, K., *La Parte General...*, *op. cit.*, pp. 45-48.

que situaciones como las que ha generado la crisis económica actual sean considerados como *crímenes económicos contra la humanidad*⁶⁵. Idea que se antoja sumamente interesante, pero, obviamente, excede con mucho los límites propuestos en esta investigación.

Ahora bien, es útil y necesario hacer una diferenciación entre estos comportamientos y la “pequeña corrupción”, porque según la magnitud y gravedad de los actos en juego se afecta de forma distinta a la riqueza nacional⁶⁶. Asimismo, ambos tipos de corrupción afectan de forma distinta según sean los países que la sufren de altos ingresos o altos niveles de desarrollo económico o si son países de ingresos medios y bajos. Esta diferenciación no es simplemente a nivel de escalas. La pequeña corrupción está usualmente referida a procedimientos rutinarios que se producen con mayor rapidez, en cambio, la gran corrupción está referida a los procesos y agentes de toma de decisiones⁶⁷.

Para TI,

“los actos de corrupción menores consisten en el abuso cotidiano de poder por funcionarios públicos de bajo y mediano rango al interactuar con ciudadanos comunes, quienes a menudo intentan acceder a bienes y servicios básicos en

⁶⁵ En este sentido, ZUBOFF, Shoshana, “Wall Street’s Economic Crimes Against Humanity”. *Bloomberg Businessweek*, 20/03/2009 (disponible en: http://www.businessweek.com/managing/content/mar2009/ca20090319_591214.htm); BENERÍA, Lourdes/SARASÚA, Carmen, “Crímenes económicos contra la humanidad”. En: *El País*, 29/03/2011 (disponible en: http://elpais.com/diario/2011/03/29/opinion/1301349604_850215.html); NAVARRO, V./TORRES LÓPEZ, J./GARZÓN ESPINOSA, A., *Hay alternativas. Propuestas para crear empleo y bienestar social en España*. Prólogo de Noam Chomsky. Madrid: Sequitur, 2011, pp. 69 ss.

⁶⁶ Para una ilustrativa explicación sobre los diferentes efectos que se producen ya se trate de pequeña o gran corrupción, *vid.*, ELLIOTT, Kimberly Ann, “Corruption as an International Policy Problem”. En: HEIDENHEIMER, A./JOHNSTON, M. (eds.), *Political corruption...*, *op. cit.*, pp. 928 ss.

⁶⁷ MOODY-STUART, George, “The Costs of Grand Corruption”. *Economic Reform Today*, nº 4, 1996, p. 19; del mismo, *La gran corrupción...*, *op. cit.*, pp. 7 ss.

ámbitos como hospitales, escuelas, departamentos de policía y otros organismos”⁶⁸.

De este modo, la también denominada “corrupción de ventanilla”, afecta directamente a la microeconomía, a las personas y empresas de forma individualizada. La corrupción a pequeña escala utiliza el ordenamiento jurídico sin modificarlo ni llegar a afectarlo estructuralmente, de hecho necesita de dicho ordenamiento para existir, pero encarece los procedimientos y los servicios. En general, esta tipología de corrupción se refiere a las operaciones rutinarias de gobierno típicas de burócratas de medio y menor nivel, tales como pago de impuestos, concesión de permisos, contratación de personal basada en el favoritismo en lugar del mérito, etc.

Por su parte, la gran corrupción se realiza en los niveles más altos de la burocracia y por PEPs, que incluye a los dirigentes políticos e individuos que desempeñan o han desempeñado cargos públicos importantes y sus familiares y estrechos colaboradores y que tienden a controlar los activos u oportunidades más valiosos y a tener mayor margen de discrecionalidad en su asignación (art. 52.1 UNCAC)⁶⁹. En este nivel, se toman las decisiones sobre adquisiciones importantes (incluyendo aviones, equipo militar, equipos generadores de energía, equipos e infraestructura de telecomunicaciones) y los grandes proyectos de inversión (incluidas carreteras, puentes, represas, en fin, todo tipo de infraestructuras de ingeniería civil), las cuales no siempre responden a verdaderas necesidades sociales⁷⁰. Los comportamientos de la gran corrupción, por su gravedad y magnitud, constituyen auténticas depredaciones de las riquezas nacionales de los Estados y tienen, de forma potencial o real, un

⁶⁸ Con ulteriores referencias, Transparencia Internacional, *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*, 2009, p. 33 (disponible en: <http://www.transparency.org/publications/publications>).

⁶⁹ Vid., GREENBERG, T. S./GRAY, L./SCHANTZ, D./GARDNER, C./LATHAM, M., *Personas Expuestas Políticamente: Medidas preventivas para el sector bancario*. Washintong, DC.: Banco Mundial, 2012, pp. xiii y 25 ss.

⁷⁰ ELLIOTT, K. A., “Corruption as an International...”, *op. cit.*, p. 927.

impacto destructivo en el sistema económico y político de un país, según sean los países que la sufren de altos ingresos o altos niveles de desarrollo económico o si son países de medianos y bajos ingresos o periféricos o pertenecen a las llamadas “economías en transición”.

Esta se practica al amparo de la destrucción del Estado y del mercado mismo. La corrupción macroeconómica “*tiene lugar cuando se desbarata el estado gestor pero no se monta –o bien se neutraliza– el estado regulador, es decir, cuando so pretexto de mundialización del mercado se anulan las aduanas, los bancos centrales, la recaudación fiscal y los entes reguladores de servicios públicos privatizados*”⁷¹.

En los países donde la gran corrupción se encuentre muy extendida, no puede haber esperanza de controlar la corrupción a pequeña escala⁷². Centrarse en la gran corrupción no puede ser traducido de ningún modo como una tolerancia hacia los actos de pequeña corrupción, que puede dañar seriamente la calidad de vida del ciudadano común, especialmente la de los miembros más vulnerables de la sociedad. Además, en algunos casos cuando la pequeña corrupción es endémica puede ser con el tiempo socialmente más dañosa, ya que puede afectar a más personas de forma regular. En suma, si bien un hecho aislado de corrupción de alto nivel puede ser más perjudicial para la economía de un país que “un poco” de corrupción de bajo nivel, los efectos acumulativos de actos endémicos y sistemáticos de pequeña corrupción pueden ser muy perjudiciales⁷³.

Si se sigue una acertada lógica política criminal y jurídico-penal, en cuanto al tema de la sanción de ambas clases de corrupción y de la restitución del producto de estos fenómenos criminales a los países víctimas de los mismos,

⁷¹ ZAFARRONI, Eugenio Raúl: “La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal”. *Direito e cidadania*, Praia-Cabo Verde, año III, nº 8, 1999-2000, p. 82. Cursiva en original.

⁷² MOODY-STUART, G., “The Costs of Grand...” *op. cit.*, pp. 7 ss.

⁷³ ELLIOTT, K. A., “Corruption as an International...”, *op. cit.*, p. 930.

ambos fenómenos plantean problemas distintos, por tanto, las respuestas que ante ellos se adopten deben ser igualmente diversas.

b) Funcionarios de alto nivel y PEPs

Por otra parte, funcionarios de alto nivel son, quienes según las instituciones y organización del Estado se ubican en los cargos que están en la cúspide de éste y tiene poder de decisión en los asuntos principales del Estado: Jefes de Estado, jefes de gobierno, ministros, secretarios de Estados, subsecretarios de Estado, directores generales, parlamentarios, miembros de altas instancias judiciales. Se trata de las personas que en el artículo 16 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad⁷⁴ se designan con el nombre de “dirigente” u “organizador”, expresiones tomadas del estatuto del Tribunal de Núremberg. En el citado artículo se señala que estos términos deben entenderse en un sentido amplio, es decir que abarcan, además de los miembros del gobierno, las personas que ocupan un alto cargo en el aparato militar, el cuerpo diplomático (jefes de delegaciones y misiones diplomáticas), altos dirigentes de los partidos políticos, etc.⁷⁵, e incluso tan amplio que abarque a quienes hayan desempeñado esos cargos y sus familiares y estrechos colaboradores. Todos estos individuos se comprenden dentro de las PEPs⁷⁶. Está claro que se excluyen de esta definición los funcionarios de niveles inferiores o intermedios: policías, oficinistas, etc.

⁷⁴ Documento A/51/10.

⁷⁵ *Vid.*, Comentario 2) del art. 16 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

⁷⁶ Art. 52 UNCAC; Recomendación 6 de las 40 Recomendaciones del GAFI y art. 2 de la Directiva 2006/70/CE de la Comisión de 1 de agosto de 2006 por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la definición de “personas del medio político” y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada (L 214, 4/8/2006, pp. 0029-0034).

IV. Causas estructurales internas de la gran corrupción en el modelo de estado social contemporáneo

Si en general, tanto el concepto, como las formas de corrupción se presentan esquivos a la sistematización, tanto o más aún se revela el problema de indagar sobre sus posibles *causas*⁷⁷. Ello obedece a que la corrupción en el ámbito público no tiene su origen en una sola causa y la variedad de causas se caracteriza por su falta de uniformidad, por lo que muchas veces no resulta sencillo identificarlas con precisión⁷⁸. Sino que, como hemos venido señalando, para comprender este fenómeno en toda su dimensión es necesario tener en cuenta los diversos factores que repercuten en su dinámica, al incidir de alguna manera en los parámetros causales que concreta⁷⁹. Por eso, se deben tener en cuenta factores morales, éticos, sociales, económicos, culturales, políticos, jurídicos, estructurales en definitiva⁸⁰.

Abordar la corrupción como aquí hacemos, como un fenómeno criminal de magnitud internacional, es una labor compleja que implica valorar diversas variables vinculadas a la naturaleza de graves conductas criminales, el lugar de su comisión, el perfil de sus protagonistas, y sus graves efectos y devastadoras repercusiones sociopolíticos. Sólo si se tienen en cuenta los anteriores factores se podrán evaluar adecuadamente la eficacia y utilidad de las medidas jurídicas adoptadas para prevenir y reprimir este fenómeno.

Hay quienes entre los factores con más incidencia en el funcionamiento del Estado afectado por la gran corrupción, distinguen factores organizativos o estructurales y factores individuales. Entre los segundos, podemos nombrar la

⁷⁷ GARCÍA MEXÍA, Pablo, *Los Conflictos de Intereses y la Corrupción Contemporánea*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2001, p. 58.

⁷⁸ Para un examen en detalle de estas causas, puede consultarse, MALEM SEÑA, Jorge, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002, pp. 72 y ss.

⁷⁹ BLANCO CORDERO, I., "La corrupción desde una perspectiva...", *op. cit.*, pp. 268 y ss.

⁸⁰ *Vid.*, en detalle sobre la corrupción como problema económico, cultural y político, con un sólido apoyo de prolijos estudios y resultados empíricos, por todos ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los gobiernos...*, *op. cit.*, *passim*.

socialización de las normas de la organización, los patrones de comportamiento, la capacidad profesional, los intereses particulares, los valores éticos.

También nos encontramos como factor favorable de los actos de corrupción de los funcionarios de alto nivel, las diferentes cotas de rechazo o tolerancia que en la opinión pública se produce de las prácticas corruptas, lo que se traduce en distintos grados de legitimación y tolerancia, llegando incluso hasta la habitualidad⁸¹. Habrá que observar en este punto que, generalmente, los funcionarios del alto nivel tienen a su disposición todo un aparato propagandístico –propio o perteneciente al Estado- cuyo uso le permite crear y manipular la opinión pública.

Sumado a lo antedicho, según el modelo social, entre los factores de naturaleza estructural existentes se mencionan por ejemplo situaciones de inestabilidad económica, los bajos salarios de los funcionarios públicos de niveles intermedios o bajos, la inestabilidad en el cargo de tales funcionarios, complejidad social, entre muchas otros⁸².

Igualmente, influye en la falta de transparencia en la gestión pública cuestiones tales como amplio poder discrecional de los funcionarios públicos de alto nivel⁸³; ausencia de mecanismos de control y de transparencia, tanto

⁸¹ En este sentido sobre las percepción de la corrupción, por todos, HEIDENHEIMER, Arnold, "Perspectives on the Perception of Corruption"; PETERS, John/WELCH, Susan, "Gradients of Corruption in Perceptions of American Public Life"; JOHNSTON, Michael, "Right and Wrong in American Politics: Popular Conceptions of Corruption". Todos en: HEIDENHEIMER, Arnold/JOHNSTON, M. (eds.), *Political corruption...*, op. cit., pp. 141-154, 155-172,173-191, respectivamente.

⁸² En similar sentido, CONTRERAS ALFARO, Luis Humberto, *Los delitos económicos relacionados con la corrupción*. Santiago, Chile: La Aurora, 2004, p. 380; MALEM SEÑA, J., *La corrupción...*, op. cit., p. 75; BLANCO CORDERO, I., "La corrupción desde una perspectiva...", op. cit., pp. 279-280; ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los gobiernos...*, op. cit., pp. 11, 96 y ss. Ahí, esta última autora afirma: "Si los sueldos del sector público son muy bajos, la corrupción se convierte en una estrategia de supervivencia".

⁸³ En este caso resulta un ejemplo paradigmático el caso de los llamados "fondos reservados" o "fondos discrecionales", cuyo empleo, por su propia naturaleza, escapa normalmente al escrutinio público. Sin embargo, existen muchos casos conocidos de distracción de estos fondos

formales como informales; la relajación del control interno y la descentralización funcional del poder⁸⁴.

Obviamente, la corrupción existe en todas las sociedades, pero también es obvio que es más común en algunas sociedades que en otras y más común en algunos momentos en la evolución de una sociedad que en otros momentos⁸⁵. Asimismo, es evidente que la democracia, más que cualquier otro régimen, restringe a las elites en el ejercicio del poder a través de ciertas “reglas del juego”. Sin embargo, la efectividad de los antedichos mecanismos varía de una democracia a otra⁸⁶.

Por otro lado, y más allá de los factores organizativos e individuales, hay quienes atribuyen gran protagonismo al concreto modelo de Estado o a la naturaleza misma de éste entre las causas generadoras de la gran corrupción. Esto es lo mismo que afirmar que un determinado modelo de Estado es corrupto en sí mismo. Las construcciones teóricas que la sustentan son: (a) la teoría funcionalista y (b) la teoría neoliberal reduccionista del Estado.

a) Teoría funcionalista: Desde la escuela funcionalista, tanto de la rama de la economía como de la politología, ciertos autores pretenden dar legitimidad a las prácticas de corrupción por considerarlas *funcionales* a un tipo de Estado y su particular modo de relacionarse con la sociedad⁸⁷. Si bien es

para fines personales. Para ejemplos concretos, *vid.*, MALEM SEÑA, J., *La corrupción...*, *op. cit.*, p. 78; ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los gobiernos...*, *op. cit.*, p. 225.

⁸⁴ Veáse, en el último sentido y sobre el proceso de toma de decisiones dentro de los aparatos públicos, CONTRERAS ALFARO, L. H., *Los delitos económicos...*, *op. cit.*, p. 378. De otra opinión, DÍEZ-PICAZO, Luis M., *La criminalidad de los gobernantes*. 2ª ed. Barcelona: Crítica, 2000, p. 28; quien considera nada sencillo demostrar que una aplicación rigurosa de la legalidad penal a los funcionarios públicos induzca a éstos a cometer menos hechos ilícitos.

⁸⁵ HUNTINGTON, Samuel, “Modernization and Corruption”. En: HEIDENHEIMER, A./JOHNSTON, M. (eds.), *Political corruption...*, *op. cit.*, pp. 253 ss.

⁸⁶ ETZIONI-HALEVY, Eva, “Exchanging Material Benefits for Political Support: A Comparative Analysis”. En: HEIDENHEIMER, A./JOHNSTON, M. (eds.), *Political corruption...*, *op. cit.*, p. 233.

⁸⁷ De ahí que incluso algún autor vea al clientelismo, al paternalismo, al nepotismo, no como un problema, sino, como una “condición de despliegue de la institucionalidad que asienta en América Latina”. Así, CUNILL GRAU, Nuria, “Modernización administrativa y nueva institucionalidad pública en América Latina”. *RVAP*, Oñate, nº 45 (2), 1996, pp. 350 y ss. En sentido crítico, ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los gobiernos...*, *op. cit.*, *passim*,

cierto, en algunos contextos la corrupción puede aparecer como un remedio a un burocratismo excesivo que impide el desarrollo económico social o como un modo de romper los hábitos políticos mencionados en el párrafo anterior⁸⁸. No obstante, esto no pretende ni tiene la cualidad adecuada de reformar el sistema normativo de referencia, sea éste jurídico, social o político. Son muchos los cuestionamientos que desde la doctrina se han dirigido a esta teoría funcionalista y a las cuales nos remitimos⁸⁹. Aquí basta con señalar que, efectivamente, quién duda que estos mecanismos, mediante los cuales se reparten los beneficios y en consecuencia se suman adhesiones y se compran lealtades, resulten funcionales para los grupos de poder, pero deficitarias de la democratización social, sin representatividad para el resto de sectores sociales, carentes de una verdadera gobernabilidad⁹⁰.

Por tanto, consideramos cuestionables el *conformismo*, el absoluto relativismo, que conllevan concepciones sustanciales de las prácticas delictivas englobables como corrupción al considerarlas como caracteres inescindibles a la naturaleza propia de una particular sociedad.

b) El modelo neoliberal y sus planes de ajuste estructural: El paso del modelo de Estado liberal de Derecho al modelo de Estado social⁹¹ o de

especialmente pp. 28-35. Véase para un amplio estudio crítico de las teorías funcionales, MALEM SEÑA, Jorge, *Globalización, comercio internacional y corrupción*. 1ª ed. Barcelona: Gedisa, 2000, pp. 75 y ss.; JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel, "La corrupción en la democracia". En: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política...*, op. cit., pp. 146 y ss.

⁸⁸ MALEM SEÑA, Jorge, "El fenómeno de la corrupción". En: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política...*, op. cit., p. 77.

⁸⁹ Véanse, entre muchos otros, ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los gobiernos...*, op. cit., pp. 30, 34, 35 y 309; MALEM SEÑA, J., *La corrupción...*, op. cit., p. 199; JIMÉNEZ DE PARGA, M., "La corrupción en la democracia...", op. cit., pp. 147 y ss.

⁹⁰ Siguiendo aquí y en adelante la idea de gobernabilidad manejada por SOJO, Carlos: "Estado, ajuste estructural y gobernabilidad. Una visión comparada de Centroamérica". *Política y sociedad*, vol. 17, 1994, p. 60, la cual está estrechamente vinculada a la noción común de la estabilidad política. Con ello, el autor no se refiere a la ausencia de conflicto, sino a la posibilidad de procesarlos en un marco normativo que garantice un nivel de resolución satisfactorio para las partes.

⁹¹ Vid., FORSTHOFF, Ernst, *Verfassungsprobleme des Sozialstaats, Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung* (versión en castellano: "Problemas constitucionales del Estado social". En:

bienestar⁹² ha provocado la proliferación de instancias administrativas dotadas de cierto poder discrecional para la toma de decisiones que afectan la actividad económica y social. En este último esquema, el Estado asume competencias en materias económicas en una economía neocapitalista-tecnológica que en el Estado policía quedaba reservadas a agentes privados en el contexto de una economía capitalista-industrial⁹³.

Así, nos encontramos con que hay quienes consideran que el modelo de Estado social es una de las principales causas del aumento de la corrupción. En nuestra opinión, esta percepción atributiva es errada. Es apresurado identificar Estado de bienestar con corrupción. Por el contrario, es la ilegalidad sistémica producto del *círculo de universalización de la corrupción*, la que está orientada a una instrumental perversión del Estado social⁹⁴. Por ejemplo, sobre la base de los índices que Transparencia Internacional publica anualmente, se sostiene la percepción que los países del norte de Europa son los que padecen un menor nivel de corrupción, no obstante, ser países estructurados con una fuerte intervención estatal en sus economías.

No es de extrañar que, desde la postura que atribuye al Estado de bienestar el aumento de la corrupción, la medida principal que se haya propuesto en la lucha contra la misma, sea la contracción del Estado. Esta percepción se resume en la lacónica frase de Ronald REAGAN: “el gobierno no es la solución de nuestros problemas; el gobierno es el problema” (*“Government is not the solution to our problems; government is the problem”*). Surge de este modo el Estado privatizador, un giro de retorno, quizás vano, hacia el Estado policía

ABENDROTH/FORSTHOFF/DOEHRING, *El Estado social*. Madrid: CEPC, 1986). Münster-Westf: Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung, 1954, p. 5.

⁹² *Vid.*, acerca de los orígenes históricos del Estado democrático y social, ABENDROTH, Wolfgang, “El Estado de derecho democrático y social como proyecto político”. En: ABENDROTH/FORSTHOFF/DOEHRING, *El Estado social...*, *op. cit.*, pp. 15 y ss.

⁹³ De un modo similar, *ibidem*, p. 215.

⁹⁴ Así, con ejemplos y ulteriores referencias, SESSA, Antonio, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione. Prospettive di riforma*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2006, p. 15.

primigenio. Si uno de los objetivos de este retorno ha sido la reducción de la corrupción, ha sido un despropósito, porque los procesos de privatización han mantenido los niveles de corrupción existentes antes de las privatizaciones, o incluso, en algunos casos se ha aumentado a niveles sin precedentes.

Está constatado que las privatizaciones “no mejoran necesariamente la prestación de los servicios que privatizan o que deja a la ejecución de las fuerzas de mercado”⁹⁵. Los procesos de privatizaciones muchas veces son tan alta fuente de riesgo como las actividades económicas en las que el Estado hasta entonces intervenía y cuyas competencias delega a agentes privados. En todo caso, la denominada lucha contra la corrupción sirvió como coartada para llevar a cabo el desmantelamiento de los Estados de bienestar. Las luchas contra la droga, el terrorismo y después la corrupción, funcionaron como perfectas maniobras de distracción para desmantelar los Estados de bienestar, provocando el aumento de los sectores sociales excluidos del sistema productivo⁹⁶.

De tal suerte, estos procesos, donde se han llevado a cabo, han implicado el paso de una matriz socioeconómica donde el Estado era el eje articulador de la economía y la política, a otra matriz, aún inacabada, en la que predomina el mercado como elemento desencadenante del desarrollo económico. En América Latina paralelamente a las transiciones democráticas que tuvieron lugar a partir de los años ochenta, se produce estos procesos de reforma bajo la presión de los organismos multilaterales de financiación que en virtud del *Consenso de Washington* condicionan su apoyo financiero a la aplicación de programas de ajuste estructural, tienden a controlar la inflación, reducir el gasto público, alentar la inversión extranjera, promover la apertura comercial, limitar la intervención del Estado en la economía y la implementación de políticas de

⁹⁵ Vid., en detalle, MALEM SEÑA, J., *La corrupción...*, op. cit., pp. 215 y ss.

⁹⁶ ZAFFARONI, E. R., “Masacres: Larvas y semillas...”, op. cit., p. 16.

privatización de los servicios públicos y desregularización. Se configuró un Estado privatizador, reduciendo el Estado de bienestar a un Estado mínimo.

Sin embargo, estas medidas han traído como consecuencia la agudización de los efectos más negativos del agotamiento del anterior modelo de Estado, en particular la intensificación de la recesión, el aumento de la marginalidad política y social y el incremento de la exclusión social. Lo cual, obedece entre otras razones a que la reforma del Estado se ha enfocado en sus dimensiones para reducirlo (o aumentarlo) y no se ha prestado la suficiente atención en la creación de condiciones para una mayor racionalidad, eficacia y transparencia de la acción estatal⁹⁷. Un ineficaz funcionamiento de los gobiernos produce como consecuencia que la ayuda exterior que reciben los países con bajo nivel de renta y aquéllos con índices débiles de crecimiento no sea utilizada eficazmente en los programas públicos apoyados⁹⁸. La atención en los países debe centrarse en la estructura subyacente de los programas públicos, y no sólo en el tamaño del Estado. Además debe recordarse y tenerse en cuenta que la reducción del Estado no es garantía para disminuir la corrupción, sino que en determinados contextos puede contribuir a incrementarla.

El Estado moderno en su actuar no puede limitar su rol a un facilitador subsidiario del desenvolvimiento de las fuerzas sociales de mercado. Una política económica que busque la estabilidad política, no puede prescindir del contenido social, porque es en este último donde cobra legitimación la acción pública, en el énfasis de atención a la exclusión social, al gasto público y al analfabetismo funcional. Todo esto, pone de relieve los procesos de vulnerabilidad, precariedad y fragilidad que preceden a situaciones límites⁹⁹.

⁹⁷ *Vid.*, en similar sentido y la bibliografía ahí citada, SOJO, Luis, "Estado, ajuste estructural...", *op. cit.*, pp. 61 y ss.

⁹⁸ *Vid.*, con referencias ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los gobiernos...*, *op. cit.*, p. 1 y 57.

⁹⁹ PÉREZ CEPEDA, Ana, *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007, p. 78.

Si bien es cierto que la intervención de los poderes públicos en la actividad económica, mediante su papel de poderoso agente económico que contrata, distribuye, autoriza o concede servicios o prestaciones¹⁰⁰, tiene en las adquisiciones, adjudicación de concesiones o licitaciones ejemplos de altas fuentes de riesgo, o, en expresión de MALEM SEÑA, “el caldo de cultivo más fructífero para el desarrollo de las actividades venales”¹⁰¹, que en algunos casos han llevado a la ruina las economías nacionales de países en vía de desarrollo¹⁰². Estas prácticas, por supuesto, son de sobra conocidas, tales como el nepotismo, el caciquismo¹⁰³, la partitocracia¹⁰⁴ (fórmula italiana) o Estado de partidos (fórmula alemana) y el clientelismo¹⁰⁵ que se produce dentro de las dos últimas prácticas¹⁰⁶. Cuyo ámbito más sensible de influencia, y donde más se ha legislado al respecto, es el de la financiación de los partidos políticos¹⁰⁷.

¹⁰⁰ Sobre el particular, ASÚA BATARRITA, Adela, “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”. En: ASÚA BATARRITA, Adela (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*. Bilbao: IVAP, 1997, p. 14.

¹⁰¹ MALEM SEÑA, J., *La corrupción...*, op. cit., p. 78.

¹⁰² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control...*, op. cit., p. 83.

¹⁰³ Para NIETO, A., *Corrupción en la España...*, op. cit., pp. 20 y ss., la partitocracia es la versión moderna del viejo caciquismo, sin embargo, hoy día en muchos países de Latinoamérica se produce una simbiosis entre el sistema caciquil y la partitocracia, donde aún el poder político lo encarna una persona física que tiene en sus manos el control del partido y quien se rodea de un cortejo de los que en la terminología habitual de otra época se denominaban “amigos” y ahora en vista de que el hilo conductor es el partido político, se les denomina “correligionarios”.

¹⁰⁴ Vid., las reflexiones de CUGAT MAURI, Miriam, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*. Barcelona: Cedecs, 1997, p. 45. Esta autora niega que tal fragmentación del poder redunde en una profundización del pluralismo, sino más bien sostiene que esto se convierte en una tendencia ideológicamente uniformadora, “en la medida en que la competencia política va descuidando la confrontación programática o ideológica”, centrando su atención en la obtención de cuotas de poder. De ahí, agrega la autora, que los partidos mayoritarios en contienda se homogeneicen progresivamente, “convirtiéndose en «catch-all-parties»”.

¹⁰⁵ Vid., con abundante variedad de casos, ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los gobiernos...*, op. cit., pp. 125-152, 178; también, con ulteriores referencias, MALEM SEÑA, J., *La corrupción...*, op. cit., pp. 25 y 26. Advierte sobre no caer en el error de asimilar corrupción y clientelismo, porque a pesar de existir similitudes entre ambos conceptos ya que pueden compartir las causas que les originan, existen claras diferencias entre ambos.

¹⁰⁶ Vid., ampliamente sobre estas y otras prácticas políticas que encarnan la corrupción, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control...*, op. cit., p. 23.

¹⁰⁷ Sobre la financiación de partidos políticos ampliamente, MALEM SEÑA, J., *La corrupción...*, op. cit., pp. 91 y ss.; NIETO MARTÍN, Adán, “Financiación ilegal de partidos políticos (arts. 10-13)”. En: ARROYO/NEUMEANN/NIETO, *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de*

Es la alarmante frecuencia de estas prácticas, la magnitud de sus efectos y la subsistencia de sus causales las que tornan la problemática de la corrupción en endémica. De esta manera, se justifica sobradamente la preocupación actual que existe sobre ella y el nivel que ha alcanzado en el debate, llevando incluso, a algunos autores a hablar de la emergencia de la corrupción como fenómeno “sistemático”¹⁰⁸.

Con todo, huelga reconocer que si el funcionario puede disponer de la posibilidad, entre otras, de apropiarse de bienes públicos, depende en gran medida del esquema institucional en donde éste actúe, de los sistemas de controles y sanciones impuestos y del nivel de expectativas de impunidad que el funcionario tenga¹⁰⁹. De este modo, podemos concluir que, ante la gran corrupción, *la contracción del gobierno no es la solución de nuestros problemas; la falta de control del gobierno es el problema.*

siglo. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 117-138; ROMERO FLORES, Beatriz, *Partidos políticos y responsabilidad penal: La financiación electoral irregular*. Barcelona: Atelier, 2005, *passim*; FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, *Ley de partidos políticos y derecho penal. Una nueva perspectiva en la lucha contra el terrorismo*. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, *passim*; MAROTO CALATAYUD, Manuel, *Corrupción y financiación de partidos políticos: Un análisis político-criminal*. Tesis doctoral inédita, Universidad de Castilla-La Mancha, 2012, *passim*.

¹⁰⁸ Así, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*. Santiago de Compostela: Instituto Nacional de Administración Pública. Universidad de Santiago de Compostela, 2003, p. 394; NIETO, A., *Corrupción en la España...*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰⁹ Así, MALEM SEÑA, J., *La corrupción...*, *op. cit.*, pp. 43 y ss.; afirma que “la organización, dirección y funcionamiento de la Administración pública está en relación directa con el esquema político e institucional vigente” y con quienes ejercen las funciones públicas, dado su carácter instrumental.

V. Determinación de los efectos de la corrupción a través de la axiología de los derechos fundamentales

A la corrupción como fenómeno socioeconómico, político y jurídico le es atribuible el desencadenamiento de un amplio abanico de consecuencias¹¹⁰. Sin embargo, en esta sección concretamente analizaremos los potenciales efectos de la gran corrupción en los derechos humanos de las poblaciones que la sufren. Ya que, según el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹¹¹ con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos: “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

Si los ciudadanos ceden parte de sus libertades y se someten al orden jurídico establecido (fórmula clásica que tiene sus raíces espirituales en la doctrina de la Ilustración), en correspondencia esperan obtener por parte de los poderes públicos la promoción de condiciones mínimas que permitan las satisfacción de sus necesidades básicas que van más allá de valores y aspiraciones internas de cada individuo, sino que se encuentran comprendidas dentro del núcleo de los derechos fundamentales¹¹², la dignidad y el valor de la

¹¹⁰ *Vid.*, por ejemplo y entre muchos otros, LEFF, Nathaniel H., “Economic Development Through Bureaucratic Corruption”; BARDHAN, Pranab, “Corruption and Development: A Review of Issues”; MAURO, Paolo, “The effects of Corruption on Growth and Public Expenditure”. Todos en: HEIDENHEIMER, A./JOHNSTON, M. (eds.), *Political corruption...*, *op. cit.*, pp. 307-320, 321-338 y 339-352, respectivamente. También, KLITGAARD, R., *Controlling Corruption...*, *op. cit.*, pp. 38-51.

¹¹¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1978. Igualmente, el Preámbulo del Protocolo Facultativo de este Pacto mediante Resolución A/RES/63/117 adoptada el 10 de diciembre de 2008.

¹¹² Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), Adoptada y proclama por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948, art. 25.1. “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la

persona humana. Estas necesidades son *las necesidades de subsistencia, supervivencia física y autonomía personal*¹¹³, las cuales una vez satisfechas abren paso a la búsqueda de la consecución de otros objetivos individuales o colectivos mediante –como lo proclama el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos– la promoción del progreso social y la elevación del nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad¹¹⁴. En este sentido, la idea de libertad de los individuos para elegir qué hacer, es entendida por varios liberales modernos como la creación y promoción de las condiciones necesarias para lograr la *máxima autonomía*¹¹⁵.

De acuerdo con esta idea, la manifiesta grave dañosidad de la apropiación del patrimonio público –sobre todo cuando se produce a gran escala– radica en la instrumentalización que hace el funcionario de las funciones que le son encomendadas, apartándose de la legalidad y anteponiendo los intereses particulares sobre los generales, distorsionando las políticas o funciones centrales del Estado. De esta manera, la expoliación de las riquezas de una nación trunca la eficacia de los fines del Estado, presupuestos llamados a posibilitar la convivencia pacífica y pleno disfrute de los derechos de los individuos. Así, tiene lugar un proceso discriminatorio, del que se deriva una situación de desigualdad política, económica y social, consistente en el acceso desigual a los beneficios derivados de la acción estatal¹¹⁶.

salud y el bienestar, y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”

¹¹³ Vid., ZAFARRONI, E. R., “La globalización y las actuales...”, *op. cit.*, p. 91: “Por débiles que sean los estados, este objetivo puede lograrse aún valiéndose de las estructuras estatales secundarias y terciarias (provincias y municipios) bien administradas”.

¹¹⁴ DUDH; Declaración y Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de Junio de 1993 (A/CONF.157/23).

¹¹⁵ Así, RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1986, pp. 424-425. Vid., también, sobre el concepto de autonomía personal, FEINBERG, Joel, *The Moral Limits of the Criminal Law*. Vol. 3: Harm to Self. Nueva York: Oxford University Press, 1986, pp. 52 ss.

¹¹⁶ Vid., en similar sentido, SIMONETTI, José María, “**Notas sobre la corrupción**”. *Pena y Estado*, vol. 1: *Corrupción de funcionarios públicos*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1995, pp. 165-202.

Por tanto, el significado que los ciudadanos encuentran en el expolio de las riquezas nacionales se traduce en graves perjuicios para sus expectativas y necesidades, afectándose así el paradigma de la igualdad y generándose desigualdades¹¹⁷. Quebrantándose con ello las reglas de elemental reciprocidad del pacto social¹¹⁸ y lesionando la dignidad humana y la igualdad en cuanto condiciones esenciales para el ejercicio de la libertad individual¹¹⁹. En esta dirección, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos ha afirmado que la pobreza extrema y la exclusión social constituyen un atentado contra la dignidad humana.

Hablar de ciudadanía integral es considerar, como lo hace el informe del PNUD¹²⁰, que el ciudadano de hoy debe acceder armoniosamente a sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, conformando todos ellos un conjunto indivisible y articulado. En este sentido, el desarrollo es un derecho humano que engloba y propicia el disfrute del conjunto de estos derechos humanos y pone de manifiesto la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los mismos¹²¹. Las Naciones Unidas han proclamado en

¹¹⁷ Todo esto, hace patente la necesidad de que el tratamiento de esta cuestión clave, como es el desequilibrio de las condiciones que tienden a garantizar una igualdad real o material de los ciudadanos y la falta de oportunidades, se aborde desde un plano colectivo, por afectar materias tan sensibles como la salud, educación, empleo, vivienda, etc. Aquí merece la pena hacer una breve plasmación de la reseña que de la igualdad material hace GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Civitas, 2002, pp. 100 y ss.; así, la autora pone de relieve que éste es un concepto relativo, donde se pregunta, igualdad entre quiénes y respecto a qué cosas. Agregando que, deviene como igualdad en los presupuestos de partida, como igualdad de oportunidades de autorrealización personal, es decir, como igualdad sustancial. En definitiva, el problema gravita en determinar los criterios de aplicación de la igualdad material.

¹¹⁸ *Vid.*, en este sentido con referencias, DÍEZ-PICAZO, L. M., *La criminalidad...*, *op. cit.*, pp. 20 ss.; también, FABIÁN CAPARRÓS, E., *La corrupción de agente...*, *op. cit.*, p. 35.

¹¹⁹ En similar sentido, véase ROXIN, Claus, *Problemas actuales de dogmática penal* (trad. de Abanto Vásquez). Lima: Ara Editores, 2004, p. 21. Desde una perspectiva distinta, aunque igualmente válida, VALLE MUÑIZ, José, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*. Barcelona: PPU, 1994, p. 26.

¹²⁰ Como señala este documento, los problemas centrales en este plano son la pobreza y la desigualdad, que no permiten que los individuos se expresen como ciudadanos con plenos derechos y de manera igualitaria en el ámbito público, y erosionan la inclusión social.

¹²¹ Declaración y Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de Junio de 1993 (A/CONF.157/23).

números instrumentos el *derecho al desarrollo*¹²² como derecho universal e inalienable y como parte integrante de los derechos humanos¹²³. Literalmente esta organización ha declarado que el progreso duradero con miras a la aplicación del derecho al desarrollo requiere políticas eficaces de desarrollo en el plano nacional, así como relaciones económicas equitativas y un entorno económico favorables en el plano internacional¹²⁴.

De esta forma las Naciones Unidas reconocen la trascendencia de las relaciones mutuamente complementarias entre el desarrollo, la democracia y los derechos humanos en el plano nacional, los cuales a su vez deben estar interrelacionados con el orden internacional. Por tanto, se subraya que el derecho al desarrollo y la protección de los derechos humanos a nivel internacional solamente es posible dentro de un nuevo orden económico internacional respetuoso de estos derechos, que prevenga la violación de los mismos y promueva la erradicación de la pobreza y miseria¹²⁵. El camino a seguir se ha forjado mediante la Declaración del Milenio aprobada en septiembre de 2000 por los dirigentes del mundo reunidos en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York¹²⁶. Esta declaración fijó para 2015 unos objetivos universales que representan las necesidades humanas y los derechos

¹²² Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986. Art. 1.1. "El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él".

¹²³ Declaración y Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de Junio de 1993 (A/CONF.157/23); Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

¹²⁴ Declaración y Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de Junio de 1993 (A/CONF.157/23).

¹²⁵ Preámbulo de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986. En similar sentido, PÉREZ CEPEDA, A., *La seguridad como fundamento...*, op. cit., pp. 78-79.

¹²⁶ Declaración del Milenio. Resolución 55/2, aprobada por la Asamblea General. Naciones Unidas en su quincuagésimo quinto período de sesiones (A/RES/55/2). Disponible en: <http://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf>.

básicos que todos los individuos del planeta deberían poder disfrutar: ausencia de hambre y pobreza extrema; reducir la mortalidad infantil; enseñanza primaria universal, empleo productivo y decente, buena salud y vivienda; garantizar la sostenibilidad del medio ambiente; promover la igualdad de género; fomentar una alianza global para el desarrollo.

Debido a conflictos, tormentas, sequías, desplazamientos, la crisis financiera y, por supuesto, la gran corrupción, en 2009 el número de víctimas del hambre crónica en todo el mundo alcanzó cifras sin precedentes, superiores a los 1.000 millones. De acuerdo al Informe anual del Programa Mundial de Alimentos (PMA)¹²⁷, lo más alarmante de este dato es que se produce en un momento en el que el mundo no carece de alimentos, sino que *la imposibilidad de alimentarse de muchas personas en ese año y actualmente, no se debe a que no pudieran encontrar alimentos sino a que ya no podían pagarlos.*

Por otra parte, TI en su informe anual sobre la corrupción en el mundo del año 2008¹²⁸, afirmó tajantemente que no será posible cumplir los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) si no se combate la corrupción. De no ser así, este organismo calcula, que en el “mejor” escenario, se necesitarán miles de millones de euros adicionales para el cumplimiento de los objetivos del milenio. ROSE-ACKERMAN expresa certeramente que, “quienes se preocupan por los fallos del desarrollo que son comunes en todo el mundo, deben afrontar el problema de la corrupción y de las débiles y arbitrarias estructuras estatales que la alimentan”¹²⁹.

Los casos de apropiación de vastas cantidades de activos públicos por los funcionarios de alto nivel, los cuales constituyen una proporción importante de los recursos de los Estados, atentan contra la seguridad y soberanía alimentaria

¹²⁷ Programa Mundial de Alimentos, *Contra el hambre en el mundo. Informe anual de 2010*. Disponible en castellano en: <http://es.wfp.org/content/informe-anual-del-pma-2009>.

¹²⁸ www.transparency.org

¹²⁹ ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los gobiernos...*, op. cit., p. XI.

y nutricional de las poblaciones cuando los Estados víctimas de esos crímenes no pueden pagar los alimentos.

Según el informe del PMA en referencia, casi 200 millones de niños menores de 5 años en el mundo en desarrollo padecen retraso del crecimiento o desnutrición crónica, mientras sufren insuficiencia ponderal cerca de 130 millones. La desnutrición es la principal causa de fallecimiento de unos 3,5 millones de niños menores de 5 años cada año.

Si estas conductas fueran impuestas de forma *intencional* para destruir un grupo o causar la muerte de sus miembros¹³⁰, se corresponderían con las denominadas “*slow death measeures*”¹³¹, que se encuentran recogidas por el art. 6.c) del ECPI¹³². Es decir, acciones de sometimiento a condiciones de vida destructivas, las cuales no matan de manera inmediata, pero que a la larga pueden producir la muerte de miembros de un grupo población.

Si obviamos por un momento los tecnicismos jurídicos para observar nuestro caso de estudio a través del prisma de la teoría de las “masacres por goteo” de ZAFFARONI¹³³, esto nos lleva a afirmar que la expoliación de las riquezas de una nación y la consecuente condena de su población a una pobreza extrema, es un mecanismo silencioso de masacre por hambre y enfermedades, sin violencia aparente, pero haciendo uso de la violencia estructural que genera la acumulación patrimonial. Las expoliaciones de las riquezas de las naciones hechas por sus gobernantes, dejan arado y fértil el terreno donde caen las *semillas* y *larvas* de masacres que, a diferencia de las que ocupan a los internacionalistas, no producen todas las muertes juntas, pero las van produciendo día a día.

¹³⁰ *Vid.*, sobre el particular, Capítulo Tercero de este trabajo.

¹³¹ SELBMANN, Frank, *Der Tatbestand des Genozids im Völkerstrafrecht*. Leipziger: Leipziger Universitätsverlag, 2003, p. 161.

¹³² Art. 6.c) del ECPI: “Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”.

¹³³ ZAFFARONI, E. R., “Masacres: Larvas y semillas...”, *op. cit.*, pp. 11 ss.; del mismo, *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*. 1ª ed. Buenos Aires: EDIAR, 2011, *passim*.

Por todo, es urgente alcanzar una alianza global para el desarrollo, que dé prioridad a reducir el hambre y la desnutrición, elementos fundamentales para alcanzar los ODM. El éxito de esa alianza y de la consecución de los ODM, no es posible sin una estrategia multilateral moldeada por el Derecho Penal Internacional para prevenir y controlar la gran corrupción. Luchar contra la gran corrupción a nivel internacional es luchar contra el hambre y la desnutrición crónicas en el mundo.

Independientemente de las causas, las condiciones de los países menos desarrollados son tales que, la corrupción, en particular el expolio, pueden tener efectos distintos respecto a los países con mayores niveles de desarrollo. Cuando las políticas de desarrollo coexisten con la corrupción endémica, sistemática y/o a gran escala no es posible obtener resultados satisfactorios para los intereses públicos¹³⁴. Este tipo de delitos crean obstáculos e impide la realización plena de los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para su salud y bienestar, incluidas la alimentación y atención de la salud, vivienda y servicios sociales necesarios.

Por eso, las estrategias y acciones coordinadas para la consecución de los ODM deberían también concentrarse en el desarrollo de mecanismos apropiados para un efectivo control de los gobernantes. Una vez más, se afirma la falta de un verdadero control de los funcionarios de alto nivel como principal causa de este problema. Un control efectivo garantiza que los fondos de ayuda al desarrollo se dediquen de manera más eficaz para la mejora de las condiciones de vida de las poblaciones. La lucha mundial contra la pobreza solo cobra sentido si se realiza en coordinación con una lucha mundial contra la gran corrupción, como condiciones necesarias del establecimiento de esa nueva

¹³⁴ NYE, Joseph S., "Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis". En: HEIDENHEIMER, A./JOHNSTON, M. (eds.), *Political corruption...*, op. cit., pp. 282 ss.

gobernanza global, que además incluya entre esas condiciones el establecimiento de un nuevo orden económico y un sistema internacional multilateral.

VI. Efectos de la gran corrupción en la legitimidad del modelo de estado constitucional¹³⁵

El paso de una Administración abstencionista a una Administración conformadora propia del modelo de Estado social se enmarca “en un sistema en el que se reconoce al Estado un papel importante e inmediato en la conformación del orden social”¹³⁶. Pero el Estado es social, como señala ABENDROTH¹³⁷, “en el sentido de que debe intervenir en la vida económica con pequeñas correcciones para evitar su destrucción” brindando protección a los grupos sociales que se encuentran en la miseria y no puedan salir de ella por sí mismos. La opinión mayoritaria de la doctrina sustenta esa idea que fundamenta el derecho y el Estado sobre finalidades sociales y conciben a ambos sólo como *males* necesarios para la satisfacción de intereses vitales de los individuos, subrayando la imposibilidad de un pleno ejercicio de la libertad si el establecimiento y garantías de ésta, no van acompañados de unas *condiciones existenciales mínimas*¹³⁸.

Un programa social, orientado según la Ley fundamental y los derechos fundamentales en ella recogidos, que quiera llevar a la práctica el Estado de derecho democrático y social, “debe estar concebido teniendo como última

¹³⁵ *Vid.*, un análisis de los efectos de la pequeña corrupción en el modelo de Estado constitucional, CASTILLO MONTERREY, Marcelo A., “La corrupción y sus efectos en la legitimidad del modelo de Estado constitucional”. *Estudios en Derecho y Gobierno*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, núm. 2 (1), 2009, pp. 83-102.

¹³⁶ *Vid.*, MARTÍN-RETORTILLO, Martín, “¿Funcionarios públicos por gracia del partido?”. *RAP*, Madrid, CEPC, nº 39, 1962, pp. 229-240.

¹³⁷ ABENDROTH, W., “El Estado de derecho democrático...”, *op. cit.*, pp. 28 ss.

¹³⁸ Así por ejemplo y con referencias, GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado social...*, *op. cit.*, p. 45. *Vid.*, en similar sentido, GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *El Estado social y democrático de derecho*. Pamplona: EUNSA, 1992, pp. 21 y ss.

meta la transformación global de la sociedad, y sustituir con una economía planificada en interés de toda sociedad la aparente economía de mercado limitada –en realidad de naturaleza oligopódica–¹³⁹. Debe, pues, fijarse muy clara la meta global del proceso económico, democratizando su elaboración con la participación de los distintos sectores económicos¹⁴⁰. Así, un programa social y democrático debe orientar gran parte del gasto público a las transformaciones globales sociales.

La idea central que subyace a todo esto es que la participación en los procesos políticos debe ser completada con una participación en el producto social a través de la distribución¹⁴¹. Al respecto, FERRAJOLI de forma tajante señala que “el Estado de derecho requiere que las instituciones políticas y jurídicas sean instrumentos dirigidos a la satisfacción de los intereses primarios de todos y serán legítimas en cuanto tutelen y realicen concretamente tales intereses”¹⁴². Por tanto, el valor fundamental que tienen las garantías formales contenidas en el concepto del modelo de Estado que nos ocupa, como bien advierte RUDOLPHI, “no debe hacer olvidar el segundo elemento fundamental del Estado de derecho: el vínculo jurídico del poder estatal con la idea de justicia material”¹⁴³.

De lo contrario, aquellos Estados que mediante sus respectivas leyes fundamentales son configurados como Estados sociales de derecho y no cumplan con ese sentido arriba reseñado, serán una mera fórmula de propaganda y justificación del régimen. Ya que, a los gobernantes en un sistema

¹³⁹ ABENDROTH, W., “El Estado de derecho democrático...”, *op. cit.*, pp. 40 y ss. Si bien, aquí el autor se refiere concretamente a la Ley Fundamental Alemana, consideramos que estos planteamientos son extrapolables al resto de leyes fundamentales que configuren el Estado como de democrático y social.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 30.

¹⁴¹ DÍEZ MORENO, Fernando, *El Estado social*. Madrid: CEPC, 2004, pp. 184-185.

¹⁴² En esta línea, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Prólogo de Norberto Bobbio). 9ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 865; ROSE-ACKERMAN, S., “‘Grand’ corruption and...”, *op. cit.*, pp. 1899 ss.

¹⁴³ RUDOLPHI, Hans Joachim, “Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico” (trad. Enrique Bacigalupo). *NPP*, Buenos Aires, año 4, nº 7, 1975, p. 338.

democrático-constitucional les es exigible que ofrezcan en su cometido lo que se ha dado en denominar el *minimum constitucional*, esto es, “el respeto normal, efectivo y mantenido al orden constitucional”¹⁴⁴.

Concierne a la reglas del Estado de Derecho asegurar la igualdad sustancial de todos los ciudadanos, impidiendo la marginación jurídica, social y económica, de los sujetos más débiles¹⁴⁵. Esto debe ser así porque lo que podía considerarse como «simples fines» sociales del Estado, se han convertido en «obligaciones» del Estado, como contrapartida a unos derechos sociales que, o bien se han venido ejercitando en la práctica, o bien han sido reconocidos por normas con rango legal o constitucional¹⁴⁶.

Es así entonces que, la igualdad como valor superior constitucionalmente reconocido, por tanto, con contenido esencial de derechos fundamentales, debe ser un criterio hermenéutico ineludible en la interpretación de todo el ordenamiento jurídico¹⁴⁷, sirviendo de guía de la actuación política, de fundamento del orden político y de la paz social, reafirmando a la persona humana como fin en sí misma¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Vid., MARTÍN-RETORTILLO, M., “¿Funcionarios públicos...”, *op. cit.*, pp. 229-240; en la misma línea siguiendo al anterior autor, MALEM SEÑA, J., *La corrupción. Aspectos...*, *op. cit.*, p. 44.

¹⁴⁵ En este sentido, TARUFFO, Michele, “La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?”. En: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996, p. 136.

¹⁴⁶ Así es entendido por DÍEZ MORENO, F., *El Estado social...*, *op. cit.*, p. 153. Sobre la naturaleza jurídica de estos derechos nos hemos pronunciado *supra*.

¹⁴⁷ VALLE MUÑÍZ, J., *El elemento subjetivo...*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁴⁸ En esto último –siguiendo la evolución histórica en la búsqueda de los fundamentos legitimantes del poder estatal– radica la legitimación de las potestades estatales. Porque la explicación de las bases de la concepción democrática del Estado, no admiten que el ejercicio de esas potestades se realicen en perjuicio o en contra de quienes les dieron origen. Lo contrario, es antisistémico, o sea que es disfuncional para el sistema normativo de referencia, es considerar al género humano como un instrumento al servicio de quienes detentan las potestades estatales y el orden jurídico como herramienta para someter a los gobernados. Véanse, sobre la conciliación que realizan los funcionarios entre la existencia simultánea del sistema normativo relevante y del subsistema de corrupción, GARZÓN VALDÉS, E., “Acerca del concepto...”, *op. cit.*, pp. 48 ss.; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “Estado de derecho y política criminal”. En: GARCÍA RAMÍREZ/ISLAS DE GONZÁLEZ, *Panorama internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología. Cultura y sistemas jurídicos comparados. Séptimas jornadas sobre justicia penal*. 1ª ed. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 74 y ss.

Ahora bien, si se parte de la configuración de un Estado como social¹⁴⁹, así como la tesis que identifica a los derechos económicos, sociales y culturales (al trabajo, a la salud, a la subsistencia, a la educación, a la vivienda, etc.) con los derechos humanos¹⁵⁰, entendidos estos últimos no como una utopía, sino como ese “*programa de transformación de la Humanidad de largo alcance*”¹⁵¹, se llega a la convicción del *carácter instrumental* que debe poseer el ejercicio de la función pública¹⁵². Las instituciones públicas y las funciones que a través de ellas se realizan, deben tener como cometido exclusivo, *servir a los intereses de los ciudadanos*, creando, promoviendo y garantizando las condiciones que permitan una real y efectiva realización de los derechos fundamentales de los individuos y colectividades en que se constituyan para llegar a ser sujetos libres¹⁵³.

Por tanto, a nuestro modo de ver, los fines más esenciales que dicho modelo de Estado, son *la procura existencial y la distribución para crear y asegurar las condiciones que satisfagan las necesidades básicas del grupo de individuos que dieron origen a las potestades estatales*. La opinión mayoritaria de la doctrina sustenta esta última idea, subrayando la imposibilidad de un pleno ejercicio de

¹⁴⁹ Interesante resulta la matización que hace FORSTHOFF (*Verfassungsprobleme des Sozialstaats...*, *op. cit.*, pp. 5 y ss.) sobre la idea de compatibilidad entre en Estado de derecho y el Estado social, negando esta posibilidad en el plano constitucional (auf der Verfassungsebene). También vale la pena destacar la idea de este autor que advierte sobre lo arriesgado de plasmar una fórmula conceptual del Estado social, pues considera que se puede incurrir en interpretaciones tan contradictorias como las del término social. Así dice: “sozial ist ein indefinibles definiens”.

¹⁵⁰ Como manifiesta GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado social...*, *op. cit.*, pp. 93 y ss.; la discusión sobre el fundamento –e incluso sobre la posibilidad misma de fundamentar los derechos humanos–, se aplica del mismo modo a los derechos económicos, sociales y culturales. Este debate científico, en cuanto a los fines de nuestro trabajo, resulta ocioso, porque aquí apenas nos interesa plantear sí y cómo los delitos en estudio pueden afectar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

¹⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. 2ª reimp. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 153; del mismo, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Venezuela: Monte Ávila Latinoamericana, 1993, p. 31.

¹⁵² Como señala VALLE MUÑÍZ, J., *El elemento subjetivo...*, *op. cit.*, p. 20: “La concepción de los derechos fundamentales determina, la propia significación del poder público, al existir una íntima relación entre el papel asignado a tales derechos y el modo de organizar y ejercer las funciones estatales”.

¹⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control...*, *op. cit.*, p. 85. *Vid.*, en similar sentido, ASUA BATARRITA, A., “La tutela penal...”, *op. cit.*, p.19.

la libertad si el establecimiento y garantías de ésta, no van acompañados de unas *condiciones existenciales mínimas*¹⁵⁴.

Por otra parte, existen doctrinas políticas eticistas del Estado-fin, que fundamentan estas instituciones jurídicas y políticas sobre sí mismas, como bienes o valores intrínsecos. Según esta postura, el Estado adquiere una consideración autónoma respecto a aquellos individuos que lo integran¹⁵⁵. Desde nuestra postura, compartimos el rechazo a esta idea y propugnamos por un modelo social personalista que esté radicalmente en contra de entender que el individuo y sus derechos solamente obtienen sentido dentro del Estado. Para decirlo con otras palabras, nos manifestamos a favor de un modelo de Estado orientado hacia el individuo, que sea considerado como medio para lograr la vigencia real de los derechos humanos y nunca a la inversa¹⁵⁶. Porque la explicación de las bases de la concepción democrática del Estado, no admiten que el ejercicio de esas potestades se realicen en perjuicio o en contra de quienes les dieron origen. Lo contrario, es antisistémico, o sea que es disfuncional para el sistema normativo de referencia, es considerar al género humano como un instrumento al servicio de quienes detentan las potestades estatales y el orden jurídico como herramienta para someter a los gobernados.

Hasta aquí se ha subrayado que uno de los elementos más importantes del modelo de Estado personalista, es el de los fines. Junto a estos últimos, otro elemento esencial lo conforman los medios necesarios para conseguirlos. Por ende, ambos constituyen el contenido esencial de la estructura de este

¹⁵⁴ Así, por ejemplo y con referencias, GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado social...*, *op. cit.*, p. 45; *vid.*, en similar sentido, GONZÁLEZ NAVARRO, F., *El Estado social...*, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

¹⁵⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, "Derechos humanos y Derecho penal". *EPC*, nº 11, 1986-1987, p. 32.

¹⁵⁶ VALLE MUÑIZ, J., *El elemento subjetivo...*, *op. cit.*, pp. 25 ss.; SOJO, Luis, *El traje nuevo del emperador: la modernización del estado en Centroamérica*. Institut für Iberoamerika-Kunde (CA 2020: documento de trabajo #6), 2000, pp. 17 y ss., disponible en http://www.flacso.or.cr/Revista_Virtual. Este último autor, sobre el papel del estado en el plano socioeconómico se expresa tajantemente en los siguientes términos: "la modernización del estado en Centroamérica requiere el fortalecimiento ineludible de las capacidades distributivas y redistributivas", p. 25.

modelo¹⁵⁷. Pero, cuando los funcionarios de alto nivel lejos de llevar a cabo las funciones sociales, se apropian masivamente del patrimonio público, llevando incluso en algunos casos a la bancarrota la economía de la nación que representan, el mantenimiento de la democracia, como un proceso en marcha se interrumpe. Porque este proceso exige, no sólo asegurar que todos los ciudadanos (mayoría más minoría) ostenten formalmente los derechos requeridos por el método a través del cual la democracia opera, sino, también la efectiva promoción de la realización material de aquéllos (los derechos) en cada individuo no abstracto sino como ser humano concreto de carne y hueso¹⁵⁸.

Cuando la corrupción alcanza grandes dimensiones “desnaturaliza a la democracia hasta tal punto que sólo con intenciones retóricas o ideológicas puede hablarse de democracia...”¹⁵⁹. Cuando la corrupción impacta en las estructuras políticas de los Estados destruye la capacidad de gobernar, la *governabilidad*. Una democracia sólo será merecedora de este calificativo, en tanto el Estado y el ordenamiento jurídico respeten la dignidad y derechos humanos de su población¹⁶⁰. Así las cosas, al hablar con sensatez del modelo Estado de derecho en el curso de su desarrollo, obliga especialmente al reconocimiento de la corrupción de alto nivel como un factor desencadenante de diferentes grados de agudeza de las divergencias entre “la proclamación ideal-constitucional de los derechos, su grado de plasmación legal y, todavía más, sus índices de realización empírica, siempre desoladoramente deficiente”¹⁶¹.

¹⁵⁷ DÍEZ MORENO, F., *El Estado social...*, *op. cit.*, pp. 11 ss. y 181. Aquí el autor abunda sobre la teoría de los fines del Estado y en particular del Estado social

¹⁵⁸ *Vid.*, en similar sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control...*, *op. cit.*, p. 88. En el art. 10.1 de la Constitución Española se encuentra consagrado el valor esencial de esos derechos, reconociéndolos como “fundamento del orden político y de la paz social”.

¹⁵⁹ NIETO, A., *Corrupción en la España...*, *op. cit.*, pp. 19, 266 y ss.

¹⁶⁰ MORENO HERNÁNDEZ, M., “Estado de derecho...”, *op. cit.*, pp. 74 y ss.

¹⁶¹ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Estado de derecho, jurisdicción y corrupción: una reflexión desde España”. *Pena y Estado, vol. 1: Corrupción de funcionarios...*, *op. cit.*, pp. 24-25. Igual de crítico se muestra NIETO, A., *Corrupción en la España...*, *op. cit.*, pp. 19, 266 y ss. En similar sentido, véase, MORENO HERNÁNDEZ, M., “Estado de derecho...”, *op. cit.*, pp. 74 y ss.;

De forma general, el déficit de legitimación se pretende cubrir por una democracia formal¹⁶². De esta manera, no es *la democracia*, sino incluso el mismo Estado de derecho, como conjunto de precondiciones imprescindibles aunque no suficientes para la realización de aquélla, el que presenta rasgos inequívocos de realidad utópica¹⁶³.

Por todo, qué duda cabe que uno de los principales retos de muchas democracias modernas en sus diferentes niveles de realización, es la consolidación del Estado de derecho¹⁶⁴. Esto sólo es posible si existe una efectiva sujeción a la ley de los funcionarios de alto nivel. *Porque en general, hablar de Estado de Derecho, es hablar de una funcionalización del ejercicio de todos los poderes públicos como sistema de dotación de garantías formales de cierto grado de eficacia potencial, para permitir el disfrute de los derechos fundamentales¹⁶⁵, en concreto la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales¹⁶⁶.*

Cuando la redistribución de las riquezas se ve impedida por la corrupción se deslegitima el modelo de Estado y se atenta contra la idea de justicia material, se violan los derechos fundamentales de los individuos, se genera más pobreza y exclusión social. Igualmente, la gran corrupción impacta gravemente en el modelo de Estado social y ejerce un impacto insidioso y

FERRAJOLI, Luigi, "El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad". En: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996, pp. 15-29.

¹⁶² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pp. 864 y ss., hace lo que él llama una redefinición del concepto de democracia. De este modo, llama democracia sustancial o social al "estado de derecho" dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales, y democracia formal o política al "estado político representativo", es decir, basado en el principio de mayoría como fuente de legalidad. Cursivas y entrecomillados en original.

¹⁶³ *Vid.*, en similar sentido, entre otros, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Introducción". En: el mismo (ed.), *Corrupción y Estado...*, *op. cit.*, pp. 9-10. Véase, en similar sentido, ABENDROTH; W., "El Estado de Derecho democrático...", *op. cit.*, p. 30.

¹⁶⁴ *Vid.*, en esta misma línea, MORENO HERNÁNDEZ, M., "Estado de derecho...", *op. cit.*, p. 69.

¹⁶⁵ Los términos "derechos humanos" y "derechos fundamentales" son utilizados por la doctrina, muchas veces, como sinónimos. Para el uso y significado de ambos términos y sobre la formación y evolución histórica de los derechos fundamentales, véase entre muchos otros, VALLE MUÑÍZ, J., *El elemento subjetivo...*, *op. cit.*, pp. 44 ss.

¹⁶⁶ En esta dirección, ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Introducción" ..., *op. cit.*, p. 10; del mismo, "Estado de derecho, jurisdicción y corrupción: una reflexión desde España". *Pena y Estado, vol. 1: Corrupción de funcionarios...*, *op. cit.*, pp. 23 y ss.

devastador sobre el desarrollo. Desacredita y desestabiliza a los sistemas financieros, afectando la confianza. “Perjudica el clima para inversiones en el país víctima, así como la prospectiva para la estabilidad macroeconómica. Esto acelera la fuga de capitales, impide crecimiento, obstaculiza los esfuerzos para reducir la pobreza, y aumenta desigualdades”¹⁶⁷. Efectivamente, desde el punto de vista del funcionamiento de las instituciones públicas y de lo que hoy día se suele llamar la *buena gobernanza*, la gran corrupción merma la capacidad de estas instituciones para ofrecer a los ciudadanos los servicios básicos de una manera adecuada y para desarrollar, de un modo también adecuado, el progreso económico, social y político del país. Este tipo de conductas ilícitas distorsiona lo que deben ser los mecanismos ordinarios de toma de decisiones en el plano económico y político, generando políticas públicas incorrectas o incluso la ausencia de estas últimas, “afectando por tanto de un modo importante al buen gobierno de los países, a la propia seguridad y estabilidad y, obviamente, de manera muy decisiva a la legitimidad y al discurso de legitimación del Estado respecto de sus propios ciudadanos”¹⁶⁸. Cuando poblaciones enteras, faltas del *mínimo vital* y de la *procura existencial* a causa de gobiernos corruptos y autoritarios, viven en tal situación que les impide toda posibilidad de promoción cultural, progreso económico y de participación en la vida social y política, “es grande la tentación de rechazar con violencia tan graves injurias contra la dignidad humana”¹⁶⁹.

Lo cierto es que, estas situaciones límites pueden llegar a poner en peligro u obstaculizar el mantenimiento o la consecución de la paz, la seguridad

¹⁶⁷ GREENBERG, T. S./GRAY, L./SCHANTZ, D./GARDNER, C./LATHAM, M., *Personas Expuestas Políticamente...*, p. xiii.

¹⁶⁸ CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, “Iniciativas internacionales contra...”, *op. cit.*, p. 10.

¹⁶⁹ Pablo VI, *Carta Encíclica Populorum Progressio del Papa Pablo VI a los obispos, sacerdotes, religiosos y fieles de todo el mundo y a todos los hombres de buena voluntad sobre la necesidad de promover el desarrollo de los pueblos*, 1967, nnº. 30 y 31 (disponible en: http://www.vatican.va/holy_father/).

y el bienestar de la humanidad¹⁷⁰. En esta dirección, las Naciones Unidas han patentizado su preocupación por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea este fenómeno “para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley...”¹⁷¹.

Por esta línea argumental se llega a la evidente conclusión de que la gran corrupción constituye un freno al desarrollo y a las políticas de crecimiento y una amenaza para la democracia y el Estado de derecho¹⁷², e incluso, para la estabilidad o consecución de la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. La legitimidad institucional de la Administración deriva, por tanto, del cumplimiento de los fines propuestos, y de su sometimiento al Derecho, con objetividad, imparcialidad y eficacia¹⁷³.

¹⁷⁰ Constituyen claros ejemplos de esto, las revoluciones y protestas en el mundo árabe, iniciadas en el año 2010 y se extienden hasta 2012 en Siria al momento de escribir estas letras.

¹⁷¹ Preámbulo de la UNCAC, Res. 58/4 de 31/10/2003..

¹⁷² En este sentido RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial*. 17ª ed. rev. y puesta al día. Madrid: Dykinson, 1994, p. 815; expresan: “los pueblos son capaces de renunciar gustosos a las más preciadas libertades con tal de poner término a la corrupción”. Por su parte GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Prólogo”. En: CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés...*, op. cit., p. 22. En el mismo sentido, CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés...*, op. cit., pp. 36-56; expresa que la institucionalización de hecho de las prácticas corruptas “ante la pasividad y la resignación, termina por provocar auténticos cataclismos sociales y políticos que desestabilizan permanentemente el Estado democrático...”.

¹⁷³ Estas ideas con meridiana claridad son subrayadas por el informe auspiciado por el PNUD, cuando destaca que, para muchos latinoamericanos alcanzar mayores niveles de desarrollo en sus países es una aspiración tan importante que muchos estarían dispuestos a apoyar un régimen autoritario si éste pudiera dar respuesta a sus demandas de bienestar. Así literalmente reza: “...en muchos casos, la creciente frustración por la falta de oportunidades y por los altos niveles de desigualdad, pobreza y exclusión social, se expresa en malestar, pérdida de confianza en el sistema político, acciones radicalizadas y crisis de gobernabilidad, hechos que ponen en riesgo la estabilidad propia del régimen democrático..., la democracia no es un valor en sí mismo sino un medio necesario para el desarrollo”. En este extremo del Atlántico, otro ejemplo de la búsqueda de ese bienestar a costa del Estado de derecho, con matices diferentes, lo constituye el caso italiano. Sobre esto último, *vid.*, GONZÁLEZ, Eric, “La nueva camorra”. *EPS*, nº 1.498, 12 de junio de 2005, pp. 38-47 (disponible en: http://elpais.com/diario/2005/06/12/eps/1118557610_850215.html). El autor haciendo un examen de las estadísticas de empleo de una región de Italia, considera que éstas pueden sugerir “que la falta de trabajo está en el origen de la delincuencia, porque las cifras son apabullantes: en toda la región, Campania, el paro juvenil (hasta los 30 años) alcanza el 58,4 %”. En el barrio de Scampia (Nápoles), agrega GONZÁLEZ, “símbolo de que todo va mal, supera el 80 %”. A continuación, plasma en su trabajo periodístico las declaraciones de Pasquale Errico, Comisario

Llegamos a las conclusiones lógicas de este discurso: que una buena, proba y transparente utilización de los recursos y el poder de los gobiernos sólo es posible mediante la garantía de un adecuado y efectivo control de los altos funcionarios. Esto para impedir, por un lado, que la gran corrupción se constituya en un insalvable obstáculo para la creación, promoción y garantía de las condiciones que permitan una real y efectiva realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los individuos. Por otro lado, en consecuencia con lo anterior, en el curso de desarrollo del modelo de Estado de derecho se partiría de una condición imprescindible para alcanzar una auténtica legitimidad democrática, esta es, la puesta en marcha de efectivos y auténticos sistemas de control y sanción de la gran corrupción.

VII. La gran corrupción como mecanismo estructural de violencia patrimonial y dominación por desposesión

Asimismo, nos encontramos con casos en los cuales no sólo se pone o se trata de poner al individuo al servicio del Estado, sino que se llega aun más lejos, se trata de utilizar las estructuras de este último para neutralizar, someter y dominar al primero. Se trata de una completa anulación de la autonomía de los individuos. En estos términos, la gran corrupción se revela como un método refinado de crueldad. Considerada así, es un formidable instrumento económico de dominación¹⁷⁴.

Las relaciones patrimoniales de dominación como fundamentos de organizaciones políticas han alcanzado una extraordinaria trascendencia en la

de Scampia, quien hace su propia valoración de las estadísticas. "Todo este desempleo no es real, es sólo una ficción creada por la existencia de la Camorra y por la desaparición de la frontera entre lo legal y lo ilegal". En todo caso, lo que queda en evidencia es la pérdida de legitimidad del modelo de Estado ante la insatisfacción social, traducida en un aumento de los niveles de tolerancia, aceptación e incluso de apoyo social a estructuras mafiosas, pero capaces de proporcionar aquello que el Estado ha sido incapaz.

¹⁷⁴ Vid., sobre el concepto de dominación, WEBER, M., *Economía y sociedad...*, op. cit., p. 699.

evolución de la humanidad¹⁷⁵. Como ocurre en otras formas de poder, según expresa WEBER, en la dominación no existe de ningún modo una tendencia exclusiva o siquiera constante, por parte de quienes la ejercen, a perseguir intereses puramente económicos. “Mas la posesión de bienes económicos y, por consiguiente, de poder económico, es con frecuencia una consecuencia, y muchas veces una consecuencia deliberada, así como uno de sus más importantes medios”¹⁷⁶.

Centrándonos en esto último, muchas dominaciones se sirven de medios económicos para sostenerse y conservarse. Por lo cual, los funcionarios se encuentran obligados a emplear cualquier medio de exacción en la búsqueda de recursos materiales para acrecentar, sostener y conservar su poder. Con estos fines se pone a funcionar la burocracia, las estructuras estatales y legales, para poner en marcha un proceso económico de acumulación a través de la desposesión de los individuos que conforman la base social del Estado nación. En este proceso de acumulación por desposesión, el derecho de propiedad de los gobernantes se convierte en apropiación de propiedad ajena, se convierte en apropiación de la propiedad pública ejerciendo una violencia estructural sobre las poblaciones que son condenadas a la pobreza extrema y exclusión social al ser desposeídas de sus derechos sociales, económicos y culturales . Considerado de este modo, la gran corrupción, y en particular la expoliación, es un proceso de “acumulación por desposesión”¹⁷⁷.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 759.

¹⁷⁶ *Ibidem*, pp. 695 ss.

¹⁷⁷ HARVEY, David, “El ‘nuevo’ imperialismo: Acumulación por desposesión”. En: PANITCH, Leo/LAYES, Colin (eds.), *El nuevo desafío imperial*. Buenos Aires: CLACSO, enero 2005, pp. 99-129.

VIII. La gran corrupción y el poder supraestatal de los sectores financieros internacionales: marionetas y titiriteros del teatro mundial

La observación histórica del poder punitivo, nos ha mostrado que la existencia de un déficit crónico en la realización práctica de los sectores centrales del derecho penal no es algo exclusivo del moderno derecho penal¹⁷⁸. La existencia de toda una serie de privilegios que vuelve desigual el ejercicio de la justicia, no es algo nuevo ni reciente, por el contrario, su estela cubre muchos siglos¹⁷⁹. Como ha reseñado FOUCAULT¹⁸⁰, a lo largo del siglo XVIII se comprueba una agravación de la justicia. Con la reforma penal que deja atrás el Antiguo Régimen, la justicia se volvió más severa con la “pequeña delincuencia” (ilegalismo de los bienes), pero por otro lado surgen “delitos privilegiados” y que quedan fuera del derecho común (ilegalismo de los derechos). En fin, el ejercicio de la justicia adopta en adelante unos aires burgueses. Y si se puede hablar de una justicia de clases, como agrega el antedicho autor, no es sólo porque la ley misma o la manera de aplicarla sirvan los intereses de una clase, es porque toda la “gestión diferencial de los ilegalismos” por la mediación de la penalidad forma parte de los mecanismos de dominación¹⁸¹.

Es así, que desde esta amplia perspectiva se revela que el modelo de confinamiento y control en el siglo pasado se ha visto facilitado por la aparición y el dominio progresivo de la “penalidad liberal” nacida en el siglo XVIII, nutrida en el siglo XIX, y hoy transformada en una “penalidad neoliberal”.

¹⁷⁸ *Vid.*, en sentido contrario HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 32.

¹⁷⁹ *Vid.*, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2004, pp. 25 ss.; del mismo, “¿Vale la pena?”. *Revista Programma*, Programma I, 2006, p. 51 (disponible en: <http://www.uns.edu.ar/programma/>).

¹⁸⁰ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión* (trad. Aurelio Garzón). 1ª ed., 1ª reimp. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002, pp. 80 ss.

¹⁸¹ *Ibidem*, pp. 304 ss.

Penalidad neoliberal que, como tiene en mente HARCOURT, es una forma de racionalidad en la cual la esfera penal es empujada hacia la periferia, fuera de la económica política, y cumple una función delimitadora entre el orden natural y la eficiencia de los mercados: la sanción penal viene así separada de la lógica dominante de la economía clásica y construida como el único espacio donde el orden es legítimamente impuesto por el Estado. Esta es la visión de un mercado ordenado y delimitado de las esferas marginales por la sanción penal. En otras palabras, la penalidad neoliberal hace que sea más fácil resistir la intervención del gobierno en el mercado y aceptar la criminalización de cualquiera y todas las desviaciones del mercado. Facilita pasar nuevas leyes penales y empuñar la sanción penal más liberal porque es ahí donde la administración pública es necesaria, es decir, donde el Estado legítimamente puede actuar, pues pertenece a la propia esfera del gobierno. Al marginar y empujar la punición contra la periferia del mercado, la penalidad neoliberal desata el Estado a lo interno del ámbito carcelario¹⁸².

De esta forma el derecho penal y el discurso sobre el cual se sustenta (en su versión de “derecho penal de garantías” o “liberal” si se prefiere)¹⁸³ no sólo es un obstáculo para el desarrollo social, sino, también generador de desigualdades, convirtiéndose en un instrumento para el mantenimiento del orden social imperante dentro de la institucionalidad actual (en su versión de penalidad neoliberal)¹⁸⁴. Es el derecho penal el derecho desigual por excelencia¹⁸⁵ y ante su confrontación con la realidad se derrumba no sólo su propio mito, sino que además arrastra con él el mito del principio de

¹⁸² Vid., sobre la penalidad neoliberal HARCOURT, Bernard E., “Neoliberal Penalty: A Brief Genealogy”. *Theoretical Criminology*, vol. 14, nº 1, Febrero 2010, pp. 74-92.

¹⁸³ ZAFFARONI, E. R., *En busca de las penas perdidas...*, op. cit., p. 17

¹⁸⁴ Vid., en similar sentido BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Derechos humanos...”, op. cit., pp. 40-41.

¹⁸⁵ BARATTA, Alessandro, “Criminología crítica y política criminal alternativa”. *Revue Internationale de droit pénal*, 1978, p. 46; del mismo, “Criminología e dogmatica penale. Passato e futuro del modelo integrato di scienza penalistica”. *La Questione criminale*, Año V, nº 2, 1979, p.157.

igualdad¹⁸⁶. Muestra patente de lo anterior es ver a la criminalidad macroeconómica sin ninguna contención y sus réditos en refugios fiscales conocidos, consentidos y seguros¹⁸⁷. Porque, “en la sociedad globalizada también la distribución de la renta es inversamente proporcional a la distribución de los castigos”¹⁸⁸. Aquí, topamos de frente con los *límites funcionales* del derecho penal.

Ya en 1949 SUTHERLAND¹⁸⁹ demostraba en su célebre obra, como las grandes corporaciones minan las instituciones tradicionales. Por su parte PIETH¹⁹⁰ añade que “en los 60 y 70 del siglo pasado se hizo obvio que las empresas multinacionales eran a menudo más poderosas que los gobiernos de los países en los que operaban”. Las multinacionales –tanto las que operan de forma lícita, como las que operan de forma lícita pero como tapaderas de organizaciones criminales– son, por medio de su creciente poder económico cuyos capitales igualan o superan el Producto Interno Bruto de muchos países, día a día más poderosas políticamente¹⁹¹. De esta forma se produce la “captura

¹⁸⁶ BARATTA, Alessandro, “Criminología e dogmatica...”, *op. cit.*, pp. 156-157. Según ZAFFARONI, E. R., *En busca de las penas...*, *op. cit.*, p. 243; “es absurdo pretender que los sistemas penales respeten el principio de legalidad, el de reserva, el de culpabilidad, el de humanidad y, sobre todo, el de igualdad, cuando sabemos que, estructuralmente, están armados para violarlos todos. Lo que puede lograrse -y debe hacerse- es que la agencia judicial ponga en juego todo su poder en forma que haga descender hasta donde su poder se lo permita el número e intensidad de esas violaciones, operando como contradicción dentro del mismo sistema penal y obteniendo de este modo una constante elevación de los niveles de realización operativa real de esos principios”. Cursiva en original.

¹⁸⁷ ZAFFARONI, E. R., “La globalización y las actuales orientaciones...”, *op. cit.*, p. 76.

¹⁸⁸ PÉREZ CEPEDA, A., *La seguridad como fundamento...*, *op. cit.*, pp. 37-38.

¹⁸⁹ SUTHERLAND, Edwin H., *El delito de cuello blanco* (trad. del inglés de Rosa del Olmo, edición y prólogo de Fernando Álvarez-Uría). Madrid: La Piqueta, 1999, *passim*.

¹⁹⁰ PIETH, Mark, “La armonización del Derecho penal: la prevención de la corrupción como caso de estudio”. En: DELMAS-MARTY/PIETH/SIEBER (dirs.), *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 296.

¹⁹¹ BERMEJO MARCOS, Fernando, “La globalización del crimen organizado”. *Eguzkilore*, San Sebastián, nº 23, 2009, pp. 100 ss. *Vid.*, en el mismo sentido, NIETO MARTÍN, Adán, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal”. En: NIETO MARTÍN, Adán/MEJÍA PATIÑO, Omar (eds.), *Estudios de Derecho Penal Económico*. Ibagué: Universidad de Ibagué, 2009, pp. 172 [también publicado con el mismo título en: SERRANO-PIEDecasas, J. R./DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.), *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Madrid: Colex, 2008, pp. 131-160].

del Estado”¹⁹². Es decir, que las leyes se aprueban en función de intereses particulares en detrimento del interés público, no existiendo posibilidad legal de sancionar los actos de corrupción porque quienes los realizan actúan ajustados a las normas¹⁹³. El poder económico y su consecuente poder político permiten a estas organizaciones y a sus directivos obtener fácilmente sus objetivos empresariales y quedar al margen de la ley mediante el entremezclamiento de lo crematístico y lo político¹⁹⁴. El *global corporate power* es un totalitarismo del mercado. Ante la gravedad de estos vínculos y las amenazas que plantean, las Naciones Unidas han patentizado en el Preámbulo de la UNCAC, la preocupación que ello le provoca.

No obstante lo anterior, es importante distinguir a los grupos de influencia dependiendo del tipo de intereses de que se trate¹⁹⁵, es decir, desde el punto de vista de su contribución o daño a la sociedad democrática. Evidentemente, estos últimos, los grupos que buscan promover exclusivamente sus propios intereses personales y que son a su vez lesivos para la sociedad, son a los que nos referimos en este trabajo.

La relación entre grandes corporaciones y funcionarios de alto nivel, más que un mercadeo de compra y venta de voluntades políticas, es muchas veces un binomio cimentado en la especulación y negociación de provechos y ganancias entre el círculo de autores de la gran corrupción. Nos hemos referido con anterioridad a la naturaleza de esta alianza *non sancta* entre los poderes estatales y los aspectos depredadores del capital financiero. En fin, entre ambos

¹⁹² Con esta gráfica expresión se describe el fenómeno consistente en que los sectores económicos u otros actores sociales poderosos, logran poner la estructura del Estado al servicio de sus intereses.

¹⁹³ PALOU, Juan, “El mandato anticorrupción de las Naciones Unidas”. En: AA. VV., *La cooperación internacional en contra de la corrupción y el delito organizado transnacional: Balance y perspectivas. Conclusiones de un seminario para los países andinos: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Torino: UNICRI, 2007, pp. 36.

¹⁹⁴ Vid., NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008, p. 57.

¹⁹⁵ ETZIONI, Amitai, *Capital: Corruption. The new attack on America democracy*. San Diego: Harcourt, 1984, pp. 201 y ss.

sectores existe una relación recíproca de intereses cuando se dedican a la apropiación y devaluación de activos, más que a su creación mediante inversiones productivas. Es así que debe tenerse en cuenta la apreciable influencia que los diferentes intereses particulares organizados ejercen en los sujetos decisores de los Estados, convirtiendo el poder de los políticos en un poder virtual, en sujetos impotentes y desapoderados¹⁹⁶.

Una de las características de la globalización, es la pérdida de poder del Estado-nación y el comienzo del dominio supranacional de los agentes de la economía global¹⁹⁷. Ante la ausencia de límites y reglas la relación entre Estado y los mercados se invierte. La competencia se ha trasladado de los mercados a los Estados, los Estados compiten por atraer a las empresas las cuales deciden el país donde hacer sus inversiones por la corrupción de sus élites dirigentes, por la mayor disposición de estas a consentir impunemente devastaciones ambientales, daños a la salud de la población, en fin, ausencia de derechos y garantías en materia laboral y ambiental¹⁹⁸. Como es señalado por algún autor, las grandes corporaciones se han convertido en una clase de “legisladores virtuales” sin patria, que controlan la capacidad de los gobiernos de aumentar o disminuir sus deudas mediante la inflación y la especulación¹⁹⁹. Del mismo modo controlan o inciden sobre las reformas laborales, planes de ajustes y reformas estructurales del gasto público. Resulta evidente que si dichos actores económicos tienen estas capacidades también están capacitados para instrumentalizar los sistemas financieros con el objeto de legitimar fondos ilícitamente obtenidos. De suerte que, la gran corrupción siempre opera con la complicidad de grandes corporaciones e instituciones financieras para ocultar

¹⁹⁶ En similar sentido, ZAFARRONI, E. R., “La globalización y las actuales orientaciones...”, *op. cit.*, p. 85.

¹⁹⁷ Así, con ulterior referencia, SIEBER, Ulrich, “Límites del Derecho Penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal extranjero e internacional”. *RP*, Valencia, Tirant lo blach, n° 22, Julio 2008, p. 146.

¹⁹⁸ CERVINI, Raúl, “Macrocriminalidad económica contemporánea. Nuevas reflexiones sobre aspectos conceptuales y metodológicos”. *RDPC*, 2ª Época, n° 14, 2004, pp. 134 ss.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 134.

en el extranjero el producto de la expoliación de las riquezas nacionales. De esta forma, se organiza todo un entramado criminal para infiltrar en las economías 'lícitas' el patrimonio de origen criminal que, con certeza, les convierte en los modelos empresariales más perfectos del sistema capitalista²⁰⁰.

Es evidente que la gran corrupción es un tipo de criminalidad de contenido fundamentalmente económico y marcadamente empresarial, condicionada por la necesidad de utilizar sólidas logísticas y eficientes estructuras organizativas para la obtención de los mayores beneficios en la realización de las conductas típicas en juego²⁰¹. Pero a su vez, el éxito de la macrocriminalidad con fines económicos es difícilmente imaginable al margen de las burocracias administrativas estatales, y, por ello, sin la cooperación de los funcionarios al más alto nivel²⁰².

Esta última discusión, nos remite una vez más, al debate que surge sobre la omisión que ha hecho la criminología en toda su evolución sobre la macrocriminalidad, entre la cual se encuentra la gran corrupción, principalmente en lo que se refiere a la responsabilidad del círculo de autores.

Hoy día se acumulan una serie de condiciones que benefician la expansión de la problemática de la gran corrupción, con unas características peculiares. Siendo la principal entre esas condiciones, las relaciones entre la economía mundializada y las administraciones públicas. Asimismo, esta relación se ve caracterizada por una vocación de permanencia. Como pone de manifiesto cualquier aproximación criminológica a la corrupción, el pacto

²⁰⁰ Con ulteriores referencias, BERMEJO MARCOS, Fernando, "La globalización del crimen...", *op. cit.*, p. 100.

²⁰¹ GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha.... op. cit.*, pp. 90 ss. Así, siguiendo a este autor PÉREZ CEPEDA, A., *La seguridad como fundamento..., op. cit.*, pp. 44 ss.

²⁰² *Vid.*, ZAFARRONI, E. R., "La globalización y las actuales orientaciones...", *op. cit.*, p. 83; con ejemplos, PÉREZ CEPEDA, A., *La seguridad como fundamento..., op. cit.*, pp. 44-45.

inicial entre funcionarios y particulares tiende con el paso del tiempo a hacerse a cada vez más firme a través de sucesivas “colaboraciones”²⁰³.

Por tanto, el poder político y el poder económico no están separados, distanciados y muchos menos enfrentados, sino en íntima conexión²⁰⁴ y en muchos casos nos encontramos al primero subordinado al segundo. *In primis*, este análisis dentro del contexto de la globalización económica, no debe perderse de vista que cualquier tipo de dominio económico no puede ser duradero sino está vinculado a la organización política, basada sobre un discurso que la sostenga²⁰⁵.

El replanteamiento de la relación entre el mercado y el Estado ha generado una situación que trajo como consecuencia el agravamiento de viejas prácticas políticas que buscan utilizar las estructuras del Estado para favorecer los intereses personales de los dirigentes políticos y de los funcionarios y los intereses del partido. Esto ha generado nuevas oportunidades para una corrupción arraigada y generalizada, cuyos efectos globales se traducen en un ritmo ineficaz de beneficios y costes sociales, producto de una forma de disfunción sistémica basada en una relación entre el Estado y una economía mundial desleal con un mercado que funciona sobre la inequidad y la difusión de una ideología individualista y economicista²⁰⁶ que tiene en el trabajo, el desempleo, el consumo, la exclusión y la desposesión, sus instrumentos de presión y neutralización. En este contexto la balanza de poder es siempre muy

²⁰³ Así, en expresión de NIETO MARTÍN, Adán, “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. En: NIETO MARTÍN (coord.), *Estudios de derecho penal. Trabajos preparatorios del Grupo español de la Asociación Internacional de Derecho Penal con ocasión del XVII Congreso Internacional de Derecho Penal. Pekin 2004*. Ciudad Real: ediciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla La Mancha y Grupo Español de la AIDP, 2004, p. 94. Entrecomillado en original.

²⁰⁴ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “La corrupción y los problemas del control de las administraciones públicas”. En: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política...*, *op. cit.*, pp. 192 y ss.

²⁰⁵ *Vid.*, con ulteriores referencias, PÉREZ CEPEDA, A., *La seguridad como fundamento...*, *op. cit.*, p. 47.

²⁰⁶ *Vid.*, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “La corrupción y los problemas...”, *op. cit.*, p. 195.

desigual en contra de los trabajadores que se encuentran sometidos en su fuerza de trabajo a una voluntad ajena, lo que mediante la falaz proclamación de un Estado social es encubierto por una democracia carente de autenticidad y ajena a los problemas de impostergables transformaciones sociales²⁰⁷.

Entonces, la gran corrupción es una de las formas que encuentran los sectores que centralizan el capital y las élites políticas dirigentes para relacionarse simbióticamente con el objeto de sostener sus márgenes de ganancias y cuotas de poder y someter las riquezas a sus intereses particulares. Contrario al Estado liberal opuesto a toda intervención económica, el Estado contemporáneo se queda al margen (desregulando) o interviene activamente en la vida económica para asegurar el (des)equilibrio cuando se producen las denominadas fallas del mercado, favoreciendo (rescatando) a unos sectores económicos y sociales poderosos en detrimento de los desposeídos o dominados patrimoniales. De este modo, se funcionalizan los instrumentos económicos, políticos y jurídicos del Estado a favor de la concentración de los capitales. Por supuesto, como hemos subrayado *supra*, todo esto entra en clara confrontación con la configuración de un Estados como social.

Por otra parte, todo lo expuesto se corresponde con la descripción que hace ZAFFARONI del actual orden planetario como un proceso anómico de poder con un creciente dominio del delito económico que tiende a adueñarse de la economía mundial en la medida en que cada día las actividades económicas adquieren mayor similitud con las prácticas mafiosas²⁰⁸. Así, las organizaciones y estructuras que llevan a cabo a aquéllas son máquinas implacables de producir dinero y manufactura de ganancias exprimiendo los sectores

²⁰⁷ En similar sentido, ABENDROTH, W., "El Estado de derecho democrático...", *op. cit.*, pp. 35-37. Sin embargo, en este punto no compartimos con este autor su idea de que un verdadero derecho de participación de los trabajadores en las fábricas y empresas deba tener necesariamente como finalidad última la transformación de la propiedad privada en una propiedad socializada. Esto no es, sino confundir un Estado social con un Estado socialista.

²⁰⁸ ZAFARRONI, E. R., "La globalización y las actuales orientaciones...", *op. cit.*, p. 80.

depauperados de un planeta deshumanizado por la creciente inequidad en la distribución de la riqueza²⁰⁹.

La mundialización implica el surgimiento de nuevos poderes que trascienden las estructuras estatales. Esta es la nueva racionalidad económica, que siempre tiene razón y ante la cual cualquier argumento, sobretodo social o humanitario, debe ceder²¹⁰. Con esa lógica se ha procurado fortalecer el sector privado mediante los procesos de privatización y desregulación²¹¹ y el proteccionismo mercantil.

El resultado de la mezcla de estos factores, por lo que aquí interesa, es que la idea y valores del Estado Social están siendo derrotados por las tendencias neoliberales que “se han infiltrado también en los aparatos públicos desnaturalizando las reglas de gestión que le son propias”²¹² y desmontando los sistemas de control. Por eso no es sostenible que los agentes financieros globales puedan ser regulados y controlados por un solo Estado-nación. En lo que al Derecho Penal Internacional compete, en su papel subsidiario como instrumento de control penal internacional, se empiezan a escuchar cada vez más voces pidiendo su intervención en temas como la especulación en los mercados financieros internacionales y en los atentados contra el medio ambiente cometidos por empresas multinacionales²¹³. No nos cabe duda de la factibilidad de sumar a esos reclamos de punición internacional la participación de los agentes económicos globales o empresas multinacionales en los atentados

²⁰⁹ En el mismo sentido y con ulteriores referencias, BERMEJO MARCOS, Fernando, “La globalización del crimen...”, *op. cit.*, p. 100.

²¹⁰ *Vid.*, En este sentido, LÓPEZ CALERA, Nicolás, “Corrupción, ética y democracia”. En: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política...*, *op. cit.*, p. 131.

²¹¹ Si bien, JIMÉNEZ DE PARGA, M., “La corrupción en la democracia...”, *op. cit.*, p. 151, expresa que la desregulación puede ser de utilidad para evitar la corrupción, por otro lado evidencia los peligros que aquélla entraña y que conscientes de ello las naciones económicamente más poderosas ante el temor de que las empresas más poderosas impongan su ley, al faltar, o ser demasiado permisiva la ley estatal, y ante la catastrófica situación financiera mundial han optado últimamente por una regulación más estricta.

²¹² SÁNCHEZ MORÓN, M., “La corrupción y los problemas...”, *op. cit.*, p. 192 y ss.

²¹³ En este último sentido, NIETO MARTÍN, Adán, “Bases para un futuro Derecho Penal Internacional del medio ambiente”. En: *DPyC*, año I, nº 1, septiembre 2011, pp. 247-264.

contra las riquezas nacionales. A lo largo de las precedentes páginas de este trabajo, hemos destacado el papel fundamental que juegan esos sujetos dentro del círculo de autores en una cooperación necesaria con los funcionarios estatales de alto nivel para expoliar las riquezas nacionales, pero el análisis que requiere la argumentación de una propuesta de criminalizar a nivel internacional la participación de aquéllos sujetos en estos hechos, excede los modestos márgenes de la presente investigación que se circunscriben a la responsabilidad penal de los gobernantes políticos, que no económicos.

IX. La evolución del discurso de criminalización de la corrupción en el plano internacional

Desarrollar un alegato, como aquí se hace, a favor de una intervención del Derecho Penal Internacional para controlar la expoliación de las riquezas nacionales, conlleva preguntarnos sobre cuál ha sido el tratamiento que ha recibido la gran corrupción en general y la expoliación en particular, por parte del Derecho Penal Internacional.

En el umbral de la sociedad contemporánea, nos encontramos con el preludio socioeconómico-político de La Guerra Fría desde los años cincuenta a los ochentas del siglo XX. Es durante esa última década cuando se empieza a vincular el “narcotráfico” y los delitos “organizados” con los “delitos políticos”. En esta sintonía, se empieza a dismantelar los Estados de bienestar, a la par que en diferentes países se aprueban leyes con carácter nacional “contra el terrorismo” y “contra el narcotráfico”, además de aprobarse instrumentos de naturaleza internacional, dentro de los cuales a manera de ejemplo podemos citar la Convención de la Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, adoptada en Viena el 20 de

diciembre de 1988²¹⁴. Empezando a perfilarse entonces la necesidad de internacionalizar la política criminal y el derecho penal para la contención de ambos delitos (terrorismo y tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas).

Seguidamente, la estrategia político-criminal diseñada en esa época para hacer frente a la legitimación de capitales ilícitamente obtenidos ha experimentado cambios extraordinarios durante los últimos tiempos²¹⁵. Entre esos cambios nos encontramos con la inclusión cada vez más acentuada de la corrupción como conducta objeto de control de esa estrategia. Con la apertura de mercados, los principales exportadores e inversores en el mundo, conscientes de que el soborno transnacional distorsiona las condiciones competitivas internacionales, acentúan la necesidad de establecer reglas de “juego limpio” en el nuevo contexto internacional comercial²¹⁶. Lo cual, puede interpretarse como un reconocimiento de la especial relevancia de la corrupción como un tipo de delincuencia específica de la globalización²¹⁷, como una manifestación más de la delincuencia económica organizada²¹⁸, que lejos de prever su control y paulatina reducción, los politólogos y analistas sociales, hablan de que se incrementará en el futuro, facilitada por la mundialización de

²¹⁴ Coincide en esta misma época un creciente interés en la agenda de los Estados y de los organismos internacionales por enfocar de forma común el problema de la corrupción en las transacciones internacionales, quizás porque hasta entonces no existían las condiciones políticas internacionales que favorecieran esa campaña. *Vid.*, MALEM SEÑA, J., *La corrupción. Aspectos...*, *op. cit.*, pp. 186 y ss.

²¹⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro, “Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica”. *Eguzkilore*, San Sebastián, nº 23, 2009, p. 117.

²¹⁶ Así, Preámbulo del Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales del Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) de 1997. En similar sentido, PIETH, M., “La armonización del Derecho...”, *op. cit.*, pp. 298; JORGE, G., “Introducción...”, *op. cit.*, p. XIII.

²¹⁷ GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha...*, *op. cit.*, p. 94; PÉREZ CEPEDA, A., *La seguridad como fundamento...*, *op. cit.*, pp. 44 ss.

²¹⁸ Así, NIETO MARTÍN, A., “La corrupción en las transacciones...”, *op. cit.*, pp. 94-95. También, con ulteriores referencias MANACORDA, S., *La corruzione internazionale...*, *op. cit.*, pp. 14-16; CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, “Iniciativas internacionales contra...”, *op. cit.*, p. 7.

la economía y el desarrollo tecnológico, aumentando de forma exponencial sus objetivos y haciendo cada vez más difícil su persecución²¹⁹.

Toda la transformación que ha experimentado la delincuencia, y en particular, la delincuencia económica, ha hecho surgir, un debate inmerso en el consabido revisionismo de las ciencias penales²²⁰. Este discurso se fundamenta en que este tipo de criminalidad, por su naturaleza y sus efectos contemporáneos, no sólo afecta los intereses concretos de un país u otras naciones, sino a la Comunidad Internacional en su conjunto. El caso de la gran corrupción se presta especialmente para el estudio de la transformación de este paradigma. Ya que, como es ampliamente sabido y por ello su referencia es lugar común, hasta fechas muy recientes, y especialmente en países industrializados, los sobornos pagados en el extranjero para la obtención de contratos y licencias resultaban no sólo aceptables, sino hasta deducibles fiscalmente y justificados bajos diversos conceptos eufemísticos²²¹. Empero, en los últimos cincuenta años y a raíz de la situación post-*Watergate* y post-Vietnam en Estados Unidos, así como el escándalo de los pagos de *Lockheed Aircraft corp.*, que conllevaron en 1977 a la aprobación por el congreso estadounidense de la entonces muy criticada *Foreign Corrupt Practices Act*²²², se

²¹⁹ No obstante, como aclara DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”. *RECPC*, nº 07-01, 2005, p. 01: 15; en el caso de ésta sus posibilidades de comisión son muy variadas y no siempre necesitan una estructura organizativa detrás.

²²⁰ De interés resulta el análisis que desde el punto de vista de la racionalidad jurídica y sobre la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas realizan GONZÁLEZ VIDAURRI/SÁNCHEZ SANDOVAL, “El control social posmoderno en México: El realismo de derecha y la delincuencia organizada”. En: GARCÍA RAMÍREZ/ISLAS DE GONZÁLEZ, *Panorama internacional...*, *op. cit.*, pp. 159 y ss.

²²¹ *Vid.*, con ulteriores referencias, FABIÁN CAPARRÓS, E., *La corrupción de agente...*, *op. cit.*, pp. 43-44: así señala las siguientes figuras a saber: “comisiones de intermediación”, “gastos de prospección comercial” o “gastos comerciales en el exterior”. Recientemente en el mismo sentido y con ulterior referencia, PIETH, M., “La armonización del Derecho...”, *op. cit.*, pp. 295 ss.: “gastos empresariales necesarios”.

²²² *Vid.*, PEDRAZZI, Cesare, „Multinationale Unternehmen und nationale Strafgewalt“. En: TIEDEMANN, Klaus (dir.), *Multinationale Unternehmen und Strafrecht: Beiträge zum Problem der Kriminalität im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr*. Colonia/Berlin/Bonn/Munich: Heymanns, 1980, pp. 83 ss.

inició un proceso de cambio del paradigma, que ha dado lugar a una creciente campaña general contra el soborno (internacional)²²³. Cuando importantes sectores de la comunidad empresarial internacional reconocen los costes de la corrupción para el entorno global de las inversiones²²⁴, la corrupción empezó a percibirse “cada vez más como una barrera irracional al comercio”²²⁵.

De forma que, resulta evidente que la adopción de las primeras medidas legislativas que pretenden controlar la corrupción, vienen encuadradas dentro de una óptica economicista, en cuanto instrumento para favorecer la lealtad y la competitividad en el comercio internacional. Estas medidas respondían a los intereses de los grandes empresarios internacionales y en ellas la relevancia que tenían los derechos fundamentales de los ciudadanos como sustrato fáctico de la corrupción era prácticamente nula²²⁶.

Lo anterior explica porqué antes de la aprobación de la UNCAC en el año 2003, la apropiación ilícita de activos públicos y su recuperación se habían perdido hasta entonces en las lagunas del sistema internacional de prevención y control de la corrupción, porque todos los esfuerzos se ponían en la prevención y control del soborno de funcionarios públicos²²⁷.

La corrupción por naturaleza ha sido desde siempre parte de las interacciones sociales que contribuye al empobrecimiento de las poblaciones al reproducir las relaciones de dominio preexistentes, es decir, a los procesos de empobrecimiento, aumentando el porcentaje de la población en condiciones desigualdad estructural e impidiendo su desarrollo económico. Sin embargo, la acción formal contra la corrupción que viene a ocupar el centro de la agenda

²²³ Véase en detalle sobre una evolución de la llamada “lucha contra la corrupción”, PIETH, M., “La armonización del Derecho...”, *op. cit.*, pp. 295 ss.; MANACORDA, S., *La corruzione internazionale...*, *op. cit.*, pp. 24 ss., 29, 52, 58-59, 138 ss.

²²⁴ En este último sentido, ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los gobiernos...*, *op. cit.*, p. 269. Asimismo, NIETO MARTÍN, A., “La corrupción en las transacciones...”, *op. cit.*, p. 47.

²²⁵ PIETH, M., “La armonización del Derecho...”, *op. cit.*, pp. 297.

²²⁶ MANACORDA, S., *La corruzione internazionale...*, *op. cit.*, pp. 158 y 159.

²²⁷ Así se puede observar que, si bien, ya en el Convenio de la OCDE se introduce el comiso como sanción, ésta se contempla exclusivamente para los productos derivados de la transacción obtenidos a través del cohecho.

internacional en los años noventa del siglo pasado, pasa a ser justificada por una puesta en peligro a la estabilidad y a la seguridad de las sociedades y por comprometer el desarrollo social, económico y político, porque en esta época proliferaron estudios que confirmaron a la corrupción como uno de los principales obstáculos para el desarrollo económico de los pueblos²²⁸. A raíz de esto, la óptica economicista y comercial que había dominado por completo el debate legislativo en los dos decenios anteriores, sin desaparecer, sede espacio a una nueva y diversa dimensión normativa de la corrupción. La originaria visión exclusivamente “privatista” se transforma en una visión más compleja del fenómeno que integra en su interior una dimensión “publicista” de los intereses en juego. Como resultado se genera una campaña internacional que integra al discurso en contra de la corrupción los efectos que esta produce en los mecanismos e instituciones políticas de representación del Estado democrático y de derecho, y por ende, en los derechos fundamentales de los ciudadanos²²⁹.

Sin embargo, a la par de los factores enunciados, conviene no olvidar, otros aspectos de gran trascendencia, por un lado, la creciente toma de conciencia de los ciudadanos de los verdaderos efectos que los delitos englobables dentro de la corrupción tienen para sus derechos fundamentales²³⁰ y, por otro lado, las también progresivas parcelas de influencia política y social de la denominada sociedad civil²³¹. Así, con la combinación de todos estos factores se ha producido a nivel internacional una transformación en la percepción de este fenómeno criminal para dejar de ser un “asunto interno” de los Estados y protegido por el Principio de Soberanía para convertirse en objeto de escrutinio internacional. Esto es así, porque cualesquiera hayan sido las

²²⁸ En similar sentido, JORGE, G., “Introducción...”, *op. cit.*, p. XIII.

²²⁹ MANACORDA, S., *La corruzione internazionale...*, *op. cit.*, pp. 182 ss.

²³⁰ En similar sentido, *ibídem*, pp. 307-308.

²³¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Reimp. de la 2ª ed. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 47, nota 112: “...se empieza a advertir la operatividad del Derecho penal contra los powerful, y no sólo contra los powerless. A la vez que los representantes de los powerless va alcanzando crecientes parcelas de influencia política o al menos social”.

percepciones prevalecientes cuando el concepto de la soberanía estatal surgió tras la Paz de Westfalia, en la actualidad tal concepto conlleva claramente la obligación de los Estados de proteger el bienestar de su población y de cumplir sus obligaciones con la comunidad internacional en general. Pero “la historia nos enseña claramente que no puede darse por sentado que todos los Estados podrán o querrán siempre cumplir las obligaciones que les incumben en relación con su propia población y no causar daño a sus vecinos”²³².

Por todo, qué duda cabe de la necesaria transformación del derecho penal, de las exigencias de su internacionalización o transnacionalización. Pero, ante esto se hace necesario reflexionar sobre la validez de las nuevas propuestas político-criminales y la capacidad de los criterios tradicionales para una persecución internacional eficaz de la nueva criminalidad ante las limitaciones y mecanismos de control del poder estatal desde la perspectiva de las garantías individuales y derechos fundamentales²³³.

X. El reto de una intervención punitiva internacional como respuesta racional, proporcionada y controlada al expolio de las riquezas nacionales

Uno de los desafíos centrales del siglo XXI para la comunidad internacional es llegar a un nuevo consenso sobre el futuro de la paz, la seguridad y bienestar de la humanidad. En este siglo, como nunca antes, ningún Estado por más poderoso que sea puede hacer frente por sí solo a las amenazas que se le presenten en esa materia. Y como ya se ha dicho, no se puede suponer que todos los Jefes de Estado o de Gobierno y demás altos

²³² A/59/565

²³³ *Vid.*, ampliamente sobre la legitimación y límites materiales a un derecho penal subjetivo, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 4ª ed. (aumentada, corregida y puesta al día por: Hernán Hormazábal Malaré). Barcelona: PPU, 1994, pp. 101 y ss.

funcionarios o representantes de estos, podrán o querrán siempre cumplir su deber de proteger a la propia población y no causar daños a sus vecinos. Y en tales circunstancias, parte de esa obligación debe ser asumida por la comunidad internacional, actuando de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos para crear la capacidad o proporcionar la protección necesaria en su caso²³⁴.

Ahora bien, de modo particular, en lo que se refiere al expolio sistemático y masivo de las riquezas nacionales llevado a cabo por los Jefes de Estado o de Gobierno y por el resto de funcionarios de alto nivel, urge que la comunidad internacional en la búsqueda de ese consenso, aborde este problema como uno de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Para ello, es indispensable contar con estrategias colectivas, instituciones colectivas y un sentido de responsabilidad colectiva para encarar esta problemática tanto en los planos mundial y regional como en el plano nacional. Para constatar la existencia de este específico consenso, se hace imprescindible unificar a nivel mundial una respuesta a este fenómeno para una persecución eficaz y uniforme.

Sin embargo, no debemos subestimar la dificultad de lograr un consenso sobre el significado y las responsabilidades de reconocer el expolio dentro de esas amenazas. Las dificultades se acentúan si se aborda al expolio como un problema de seguridad colectiva. Porque, tal como señala el GANADC en su informe, “muchos opinan que la supuesta seguridad colectiva de hoy día es simplemente un sistema para proteger a los ricos y a los poderosos”. La falta de equidad en la respuesta tanto ante las amenazas para la paz y seguridad internacionales como ante el quebrantamiento del orden jurídico internacional acentúa las divisiones entre naciones ricas y empobrecidas. La desconfianza entre los Estados y la falta de reconocimiento mutuo de las amenazas plantean un obstáculo fundamental a la creación de un sistema de seguridad colectiva.

²³⁴ A/59/565.

“La respuesta ineficaz y falta de equidad de las instituciones de seguridad colectiva revela una verdad mucho más profunda sobre cuáles son las amenazas que realmente importan”.

Incluso, una vez alcanzado un consenso general, las acciones colectivas fracasan a menudo, a veces de manera espectacular. El Derecho Internacional y demás instrumentos colectivos sufren frecuentemente los efectos de la inobservancia, de una vigilancia, verificación e implementación que no son sistemáticas y de medidas coercitivas insuficientemente estrictas. En el caso de sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad, como concluye el GANADC, el fracaso o incumplimiento inadecuado de las mismas es el resultado de los intereses estratégicos de Estados poderosos; la falta de claridad respecto del propósito de las sanciones; el cansancio con la aplicación de las sanciones debido a la preocupación por sus consecuencias humanitarias; un apoyo insuficiente por parte de los comités de sanciones respectivos y una capacidad insuficiente de los Estados para aplicar las sanciones²³⁵.

Ahora bien, con tales antecedentes no resulta ocioso recordar que la evolución del derecho penal internacional ha recorrido un tortuoso camino, en el cual sólo los horrores de la dictadura nacionalsocialista le ayudaron a abrirse paso. Pero, tras el holocausto y aún hasta nuestros días la opinión pública mundial se ve conmovida una y otra vez por la comisión de crímenes de gran magnitud dirigidos o encubiertos desde los órganos y agencias estatales. Por tanto, el surgimiento y evolución del derecho penal internacional es el resultado de algunos de los capítulos más oscuros de la historia reciente de la humanidad. Pero, además de la comisión de atrocidades de gran magnitud, fue necesaria la

²³⁵ A/59/565: „Como resultado de la creciente preocupación por los efectos humanitarios de las sanciones generales, el Consejo de Seguridad dejó de imponerlas después de los casos del Iraq, la ex Yugoslavia y Haití, y pasó a usar exclusivamente sanciones en los ámbitos de las finanzas, la diplomacia, las armas, la aviación, los viajes y los productos básicos, tratando de lograr que afectaran a las partes beligerantes y a las autoridades más directamente responsables de políticas censurables”.

existencia de condiciones políticas básicas para hacer realidad la idea de un sistema penal de aplicabilidad internacional²³⁶.

Con todo, un planteamiento como el aquí hecho, que gira en torno a la propuesta de un “modelo tipo” de expolio como crimen de derecho internacional, obviamente no puede ser ajeno al devenir del DPI, sino todo lo contrario, tal propuesta que aspira a integrarse en ese ordenamiento, igual que éste, está sujeta a la existencia de condiciones políticas básicas para su materialización.

En este sentido, entre las principales objeciones que pueden formularse a un planteamiento de esta naturaleza se encuentra el riesgo que corre el DPI de convertirse en un instrumento hegemónico ya sea de una suerte de Estado policial planetario o de las naciones enriquecidas y poderosas, que en aras del mantenimiento o consecución de la seguridad colectiva puede llevar al poder punitivo a descontrolarse y a eliminar las limitaciones a su poder²³⁷. Entre el “todo penal” y el riesgo de favorecer la impunidad de los más poderosos, como bien subraya DELMAS-MARTY²³⁸, la línea divisoria es evidentemente estrecha²³⁹. Riesgo que FOUCAULT analizaba como una “gestión diferencial de los ilegalismos”²⁴⁰, y recientemente ZAFFARONI como “selectividad estructural del poder punitivo”²⁴¹ (*vid.* Capítulo I.7).

Con la intervención del Derecho Penal Internacional se debe tratar de poner fin a las zonas de inmunidad de las *élites* dominantes, reformulando – donde sea necesario– el sistema de respuestas político-criminales²⁴². En efecto,

²³⁶ *Vid.*, por todos, sobre la evolución del derecho penal internacional, WERLE, Gerhard, *Tratado de derecho penal internacional*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 38 ss.

²³⁷ ZAFFARONI, E. R., *En busca de las penas...*, *op. cit.*, p. 39

²³⁸ DELMAS-MARTY, M., “Introducción. Objetivos y...”, *op. cit.*, p. 33.

²³⁹ FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar...*, *op. cit.*, p. 278.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl., *Crímenes de masa*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2010, p. 32.

²⁴² Así, siguiendo la teorización de AGAMBEN, Giorgio, *Stato di eccezione. Homo sacer*, II, 1. 1ª ed. Torino: Bollati Boringhieri, 2003, pp. 66-67, 78. *Vid.*, también, ZAFFARONI, E. R., *En busca*

durante las últimas décadas del siglo pasado parecía asentarse la idea de que el derecho penal debía extender su ámbito de aplicación a la criminalidad propia de los poderosos (*crimes or the powerful*), y ciertamente en correspondencia con ello se produjeron en el ámbito legislativo avances muy significativos en ese sentido²⁴³. Sin embargo, sólo unos pocos años más tarde predomina en la opinión pública un pensamiento y una actitud resignada frente a los obstáculos con los cuales se ha enfrentado el intento de asegurar la operatividad sin excepciones del elenco de delitos de las legislaciones penales²⁴⁴.

A caso, porque las medidas tomadas son las propias de una política penal coyuntural, incapaz de afrontar las causas estructurales de la criminalidad y dirigida únicamente a secundar o, peor aún, a alimentar los miedos y los sentimientos represivos presentes en la sociedad²⁴⁵. Por ello, resulta necesario evitar caer en el juego de las agencias de control y no supervalorar la idoneidad de un uso pseudoalternativo del derecho penal. En cambio debe darse mayor importancia tanto a los mecanismos que permitan superar los límites funcionales y territoriales de ese conjunto normativo, así como a los medios alternativos de control no punitivos, pero no menos rigurosos, que pueden resultar en muchos casos más eficaces²⁴⁶.

De modo que, resulta lógico que quienes temen el riesgo o tendencia hacia una manipulación del poder punitivo internacional a favor de la hegemonía mundial de algunas potencias, perciban una estrategia jurídico-penal a nivel mundial contra la gran corrupción como simple medio de acumulación de poder.

de las penas..., *op. cit.*, p. 31 ss; con ulteriores referencias, MANACORDA, S., *La corruzione internazionale...*, *op. cit.*, p. 46.

²⁴³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana". *RECPC*, n° 06-03, 2004, p. 03: 6.

²⁴⁴ Sobre las causas de ese pesimismo, *vid.*, *ibidem*.

²⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi, "Criminalidad y globalización". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIX, n° 115, enero-abril 2006, p. 310 (disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/>).

²⁴⁶ *Vid.*, en una línea similar y con ulterior referencia, GÓMEZ DE LA TORRE, I., "Derechos humanos...", *op. cit.*, p. 43.

Sin duda, son sobradamente conocidas las vallas que hay que enfrentar en el camino hacia la realización de un planteamiento de la naturaleza como el aquí propuesto. Así, se nos presenta la tesitura, por un lado, de paralizarnos ante las barreras estructurales que dominan los medios de producción y las agencias de control o, ubicarnos desde otro ángulo, desde el cual la visión no resulte tan apocalíptica o incluso resulte optimista en cuanto a la necesidad de saltar esas vallas e incluso tropezar con ellas.

La primera opción se incardina con las críticas hechas al saber penal, que asumen que éste nada puede hacer frente a las decisiones de poder. Desde este paradigma, se evidencia que las señaladas críticas al saber penal subestiman el poder del discurso²⁴⁷. Como nos recuerda algún autor, con el discurso se ejerce poder, sin bien este poder nos es comparable al poder de que disponen las agencias ejecutivas del sistema penal, “pero éstas sin el discurso quedan deslegitimadas y, en definitiva, el poder sin discurso, aunque puede causar grave daño antes de derrumbarse, no se sostiene mucho tiempo”²⁴⁸. Las críticas, denuncias y rechazo frontales a esas *técnicas de neutralización de valores*²⁴⁹ son la

²⁴⁷ Si bien, no puede atribuirse todo el mérito de la abolición de la trata de esclavos a los abolicionistas de la época y sus ideas, ni pensarse ingenuamente que los motivos de los países colonialistas fueron filantrópicos. Por otra parte, no puede olvidarse que fueron una condición *sine qua non* para el inicio del proceso que culminó con la abolición. En cualquier caso, existe un intenso debate entre los historiadores en relación a las motivaciones que empujaron el proceso de abolición de la esclavitud.

Vid., ampliamente, CLARKSON, Thomas, *The History of the Rise, Progress, and Accomplishment of the Abolition of the African Slave-Trade by the British Parliament*. London: impreso por R. Taylor & Co., para Longman, Hurst, Rees y Orme, 2 vols., 1808, *passim*; RESNICK, Daniel P., *The Société des Amis Noirs and the Abolition of Slavery*. En: *French Historical Studies*. Autumn: Duke University Press, vol. 7, N° 4, 1972, pp. 558-569; d'ANJOU, Leo, *Social Movements and Cultural Change: The First Abolition Campaign*. Nueva York: Aldine de Gruyter, 1996, pp. 69 ss.; BERNDER, Thomas (ed.), *The Antislavery Debate: Capitalism and Abolitionism as a Problem in Historical Interpretation*. Berkeley/Los Angeles/Londres: University of California Press, 1992, *passim*.

²⁴⁸ ZAFFARONI, E. R., *Crimenes de masa...*, *op. cit.*, pp. 91 ss. También del mismo, *Hacia un realismo...*, *op. cit.*, pp. 13-14.

²⁴⁹ Ampliamente sobre las técnicas de neutralización, SYKES, Gresham M./MATZA, David, “Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency”. *ASR*, Washington, DC, vol. 22, n° 6, 1957, pp. 664-670. Estos autores consideran que las técnicas de neutralización son decisivas para disminuir la eficacia del control social y descansan detrás de gran parte del comportamiento delictivo.

verdadera función preventiva que el saber jurídico penal debe y puede llevar a cabo respecto a estos crímenes²⁵⁰.

Con todo, está claro que nos inclinamos por la segunda alternativa. Desde un *optimismo consciente*²⁵¹, optamos por enfrentar la realidad con clara conciencia de sus riesgos. Porque como penalistas se nos impone el deber de alertar a los sectores políticos y académicos sobre estas tácticas y sus peligros. No se puede eludir esa responsabilidad si lo que se pretende es aportar algo a la prevención de hechos cuya gravedad implica una situación límite irreversible para los derechos humanos. La tipificación del expolio por el derecho penal internacional puede ser capaz de ejercer una prevención especial en los gobernantes y altos funcionarios, potenciales autores individuales de estos hechos. Siguiendo esta argumentación, la persecución y sanción de los responsables de expoliar las riquezas de las naciones contribuiría a impedir posteriores violaciones de los derechos humanos²⁵².

Por ello, consideramos que asumir una postura de *pesimismo resignado* ante la gran corrupción sería abandonar todo compromiso ético y moral. Sería contribuir con las *maniobras de distracción pública* para evitar que la sociedad repare en otros peligros reales. Así, con el silencio contribuiríamos con esos gobiernos muy corruptos que instalan como política de Estado una “guerra contra la corrupción”, la cual muchas veces es utilizada por los gobernantes y funcionarios de alto nivel como un *factor favorable* para el incumplimiento de la ley²⁵³. El presente trabajo con todas las propuestas en él ínsitas es una prueba del rechazo a este “pesimismo”.

²⁵⁰ ZAFFARONI, E. R., *Crímenes de masa...*, *op. cit.*, pp. 92 ss.

²⁵¹ ZAFFARONI, E. R., *En busca de las penas...*, *op. cit.*, p. 163

²⁵² Sobre los fines de la pena en el derecho penal internacional existe un dilatado y controvertido debate doctrinal. *Vid.* al respecto y las referencias ahí citadas, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 85-90.

²⁵³ SUTHERLAND, Edwin H./CRESSEY, Donald R./LUCKENBILL, David F., *Principles of Criminology*. 11^a ed. Oxford: Rowman & Littlefield, 1992, pp. 76-78.

Ante todos estos obstáculos, *prima facie*, saltan a colación algunas interrogantes que, al menos, debemos plantear en este momento, entre las que se incluyen: ¿Qué pueden/deben hacer los penalistas desde la academia ante los intereses contrapuestos de la enorme fuerza manipuladora de las ideologías hegemónicas en los países industrializados? ¿Qué se puede/debe hacer para fortalecer el orden jurídico internacional ante la tensión con las fuerzas económicas, los intereses geoestratégicos y la política mundial? ¿Se puede resolver el problema de la gran corrupción con las leyes penales? ¿Qué hacemos para acabar con la gran corrupción, con el expolio?

Para responder de forma sensata a las anteriores preguntas, no sé nos ocurre mejor respuesta que la dada brillantemente por ZAFFARONI desde “la lógica del carnicero”: “No sabemos de todo. Yo no puedo hablar como si fuera el Secretario General de las Naciones Unidas. Yo no soy el Papa, no. Yo no soy un sabio omnipotente, no. Sólo soy un penalista”²⁵⁴.

Como hace ver el antedicho autor con este razonamiento, no podemos tener incumbencia en todo, no debemos dejarnos atrapar por el narcisismo, ni volvernos locos y comenzar a tratar de hacer todas esas cosas que no podemos hacer y tratar de responder a los más variados conflictos con el poder punitivo. Por consiguiente, resulta evidente que las cuestiones arriba planteadas, y otras muchas que se imponen como una avalancha, no pueden ser resueltas en el plano interno del derecho. Así, para no vernos envueltos ni confirmados en un rol de incumbencia totalitaria para tratar de resolver todas las cosas mediante el derecho penal, tenemos que actuar responsablemente y decir: “no sé, yo soy penalista, tiene que ir a otro lugar, consultar a otras personas. Yo sólo sé que con la pena no se resuelve eso”.

²⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable)”. *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?* Buenos Aires, n° 3, Fabián J. Di Plácido Editor, 2003, p. 222.

Ahora bien, la pregunta clave de nuestra incumbencia sería –al menos en cuanto a nuestra función, objetivo y saber específicos–, si es posible una contribución penal eficaz a la prevención del expolio de las riquezas nacionales por los gobernantes y consecuentemente contribuir modestamente a la evolución paulatina hacia una mejor convivencia internacional.

Una reflexión inicial a esta pregunta barrunta intuitiva e impulsivamente una respuesta negativa: Si el resultado de cruzar la ley internacional con la penal en procura de la punición del expolio, es la habilitación de una potestad punitiva que no puede abandonar esa gestión diferencial porque se encuentra condicionado por las fuerzas económicas, grupos de poder, los intereses geoestratégicos y la política mundial, es lógico que ello acarrea críticas igualmente válidas para tal potestad como en el plano interno²⁵⁵. Ergo, si el ejercicio de poder del sistema penal tanto interno como internacional se ha deslegitimado, no podemos elaborar una dogmática, un discurso, que sea legitimante del ejercicio de ese poder, por ende, no hay espacio para ninguna dogmática. Este silogismo aparenta una lógica impecable, aunque tanto como falsa²⁵⁶.

Por nuestra parte, la respuesta que ofrecemos a la cuestión que ahora nos ocupa es afirmativa. Nos explicamos. En general, la dogmática jurídico-penal sólo puede brindar una contribución eficaz si está elaborada con base en un discurso que parta de la asunción de esta realidad: el carácter selectivo estructural del ejercicio del poder del sistema penal. Por consiguiente, sólo es posible una contribución jurídico-penal eficaz a la prevención del expolio si el discurso parte de la asunción de que el ejercicio de poder del sistema penal se ha deslegitimado por su carácter selectivo estructural. Con esto, no se pretende legitimar modelos de Estado, grupos de poder ni contextos económicos problemáticos, sino, sólo la admisión de la existencia de una realidad, de la cual

²⁵⁵ ZAFFARONI, E. R., *Crímenes de masa...*, op. cit., pp. 31 ss.

²⁵⁶ ZAFFARONI, E. R., *Hacia un realismo...*, op. cit., pp. 21 ss.

forma parte la gran corrupción. No podemos ignorar la existencia de expolios, que por mucho que se enmarquen en una red de poder mundial e intereses geoestratégicos, su realidad implica al derecho penal una reacción jurídica racional frente a un abuso de poder irracional.

XI. Los límites del derecho penal ante el control de la gran corrupción: las trampas de su internacionalización y armonización

El objetivo fundamental de un derecho penal transnacional o de la globalización debe ser eminentemente práctico. Se trata, de dar una respuesta uniforme, o al menos, armónica a la delincuencia transnacional, que evite la conformación de nuevos espacios de excepción al margen de la ley, la conformación de lo que alegóricamente se ha denominado como “*paraísos jurídico-penales*”, o en palabras de AGAMBEN²⁵⁷, “*espacios vacíos de derecho*” (*vuoto giuridico*) propios del punitivismo neoliberal. Sin ir más lejos, se trata de evitar también que, igual que ocurre con los procesos de producción y comercialización de mercancías, la existencia entre los Estados de diferentes cánones regulativos para un mismo supuesto de hecho provoque el desplazamiento al ordenamiento jurídico respectivo más favorable de modo legal²⁵⁸. Al respecto resulta paradigmática la existencia aun de paraísos fiscales.

La experiencia del derecho comunitario nos ofrece otra posible vía hacia la realización de esta labor, aunque debe tenerse en cuenta la eficacia expansiva del derecho comunitario sobre el derecho penal como uno de los riesgos

²⁵⁷ AGAMBEN, G., *Stato di eccezione...*, *op. cit.*, *passim*. Así, siguiendo a este autor, PÉREZ CEPEDA, A., *La seguridad como fundamento...*, *op. cit.*, pp. 37-39.

²⁵⁸ *Vid.*, con ejemplos y ulteriores referencias, SIEBER, U., “Límites del Derecho Penal...”, *op. cit.*, p. 128; MANACORDA, S., *La corruzione internazionale...*, *op. cit.*, pp. 20-22.

distorsivos que acecha en ese tortuoso camino²⁵⁹. En todo caso, una respuesta racional, proporcional y controlada para la problemática del expolio de los recursos nacionales por los gobernantes apunta hacia la internacionalización y armonización de esa respuesta jurídico-penal.

A la luz de todo esto, puede resultar no tan sorprendente que en Europa el derecho penal se esté convirtiendo en una de las fuerzas motoras de la armonización del derecho, cuando, ha sido siempre considerado uno de los tradicionales “bunkers” de la soberanía de los Estados-naciones²⁶⁰. Así, resulta paradigmática la progresiva modificación de los criterios de aplicación de la ley penal en el espacio. De esta suerte, y en particular en el caso de la delincuencia transnacional, se asiste a una grave crisis del principio de territorialidad²⁶¹. En consonancia con ello, cabe preguntarse sobre la idoneidad del Derecho Penal Internacional para regular problemáticas como la que representa la expoliación de las riquezas nacionales. Y además, cuáles son los desafíos que debe enfrentar ese proceso de internacionalización y armonización.

Esta fase moderna del proceso de “progreso social” cuyo escenario es el de una *sociedad mundial del riesgo* gobernada por un *nuevo poder planetario*²⁶² que ejerce una *soberanía imperial*²⁶³, como no puede ser de otro modo, tiene una relevancia fundamental para la evolución de la criminalidad y el derecho penal, sobre todo, en cuanto a dos líneas de desarrollo centrales, que se refuerzan entre sí²⁶⁴: en un extremo, lleva al derecho penal a sus *límites nacionales-estatales* o *fronteras territoriales*, y exige nuevos modelos de un derecho penal transnacional o internacional efectivo. Y de otro extremo, lleva al derecho penal

²⁵⁹ Expresamente, MANACORDA, Stefano, “L’efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale”. *Il foro italiano*, Roma, IV, ano CXX, vol. CXVIII, 1995, pp. 55-71.

²⁶⁰ PIETH, M., “La armonización del Derecho...”, *op. cit.*, pp. 293-294.

²⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *La expansión del derecho...*, *op. cit.*, p. 109. En general sobre la desterritorialización, véase NEGRI, Antonio, *Europa y el imperio. Reflexiones sobre un proceso constituyente* (trad. de Molina Bodelón y Sánchez Cedillo). Madrid: Akal, 2005, pp. 15-23.

²⁶² ZAFARRONI, E. R., “La globalización y las actuales orientaciones...”, *op. cit.*, pp. 71-96.

²⁶³ HARDT, M./NEGRI, A., *Imperio...*, *op. cit.*, pp. 13 ss.

²⁶⁴ Véase en detalle, SIEBER, U., “Límites del Derecho Penal...”, *op. cit.*, pp. 127 ss.

a sus *límites funcionales* en la protección de la sociedad y de la libertad del individuo y lo sitúa frente a nuevos retos categoriales. Pero en general, no sólo el derecho penal es llevado a estas *fronteras y límites*, sino que con él todo el sistema de justicia penal.

Por ende, tanto al derecho penal, como al derecho procesal penal contemporáneos les corresponde asumir dos retos fundamentales. En primer lugar, afrontar los fenómenos de la *internacionalización y armonización*. Así, se presenta la necesidad de adecuar los contenidos de la justicia punitiva nacionales, cada vez menos eficaces ante las dificultades especiales que supone la persecución penal de la delincuencia moderna, en cuanto a la aparición de nuevas formas de cooperación internacional y del derecho penal supranacional²⁶⁵. De este modo, la cooperación y coordinación entre los gobiernos, instituciones y autoridades internacionales, interregionales, bilaterales y multilaterales en ámbitos de políticas de intervención preventivas y represivas de la criminalidad internacional y transnacional es crucial²⁶⁶.

De este modo, el derecho penal, paradójicamente, salta a la primera línea en la armonización del derecho²⁶⁷. Efectivamente, como destaca DELMAS-MARTY, el derecho penal “se sitúa en la confluencia de dos factores aparentemente convergentes: el universalismo, que sirve de fundamento a los derechos humanos, y, la globalización económica, que facilita el desarrollo de una delincuencia transnacional utilizando los medios de la globalización”²⁶⁸. Esta autora, atinadamente destaca como esa convergencia entre *universalismo* y *globalización* es tan sólo aparente, produciéndose en la práctica una tensión entre

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 126.

²⁶⁶ Así, por ejemplo la Iniciativa de Mérida, también conocida como Iniciativa Regional Centroamericana de Seguridad (Central American Regional Security Initiative, CARSI), que en respuesta a los retos relacionados con la seguridad regional, surge como esfuerzo conjunto de México, los países de Centroamérica y los Estados Unidos de Norte América. Es importante advertir del grave peligro de una militarización de la región teniendo como fundamento la seguridad regional.

²⁶⁷ DELMAS-MARTY, M., “Introducción...”, *op. cit.*, p. 27.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 27.

ambos. Algo que se explica con base en la lógica de cada uno de estos dos factores, las cuales no pueden ser más opuestas²⁶⁹.

Ahora bien, la internacionalización del derecho penal debe darse siguiendo las pautas de otro fenómeno de internacionalización, como lo fue la corriente revalorizadora de los derechos humanos, surgida pujantemente tras acabar la Segunda Guerra Mundial²⁷⁰ y que influyó de forma decisiva en la configuración de los modernos ordenamientos jurídicos²⁷¹. De suerte que, la internacionalización de un derecho penal democrático debe incidir de forma directa en la creciente interrelación de los ordenamientos jurídicos, siendo especialmente sensible en lo referente a los derechos fundamentales y las libertades públicas²⁷². Teniendo a estos últimos como valores universales que limiten el relativismo de las diversas realidades y sistemas de derecho nacionales.

²⁶⁹ DELAZAY, Yves/GARTH, Bryant, "Merchants of Law as Moral Entrepreneurs: Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes". *Law and Society Review*, nº 29:1, 1995, p. 61. También, con ulteriores referencias, SASSEN, Saskia, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2001, pp. 36 ss.

²⁷⁰ Por citar los ejemplos de los principales instrumentos internacionales adoptados, a saber: Carta de Naciones Unidas (San Francisco 1945), Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 1948), Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (Roma, 1950).

²⁷¹ *Vid.*, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, "Los derecho fundamentales y la Constitución a los veinticinco años". *REDUR*, nº 2, año 2004 (disponible en <http://www.unirioja.es/dptos/dd/rehur/home.htm>)

²⁷² *Vid.*, la interesante propuesta y reseña de conciliación de las contradicciones que surgen de la internacionalización del derecho, hecha por DELMAS-MARTY, Mireille, "Estudios jurídicos comparados e internacionalización del derecho" (trad. de Aurelia Richard Rodríguez, revisión Luis Arroyo Zapatero). *RP*, nº 15, 2005, p. 50, que destaca la importancia de renunciar a una división bipartita de los derechos civiles y políticos de los derechos económicos, para permitir una coordinación de los mecanismos de regulación propios del mercado con el respeto de los derechos fundamentales. Una primera etapa, la de indivisibilidad de los derechos fundamentales, en Europa se encuentra superada con La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza en diciembre de 2000, recogiendo en un único texto, por primera vez en la historia de la Unión Europea, el conjunto de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos y de todas personas que viven en el territorio de la Unión. Esta Carta ha adquirido el mismo valor jurídico que los tratados, según el art. 6.1 del Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 01 de enero de 2009.

En correspondencia con todo lo anterior, el segundo reto que se presenta es poder hacer una defensa de valores “universales” de justicia²⁷³. Es discutible que se pueda afirmar, en términos categóricos, como algunos hacen, que el mundo se ha globalizado no sólo en términos económicos y tecnológicos, sino también en *consideraciones humanitarias básicas*. El desafío es encontrar las respuestas y alternativas adecuadas a las tareas, tanto, legislativa, como judicial, en la elaboración e interpretación del derecho respectivamente. Pero sobre todo –habida cuenta de lo que ya hemos dicho–, en lo que a su aplicación se refiere, para poder incluir esa parte de la criminalidad históricamente excluida y aún considerada por algunos sistemas ajena a la política criminal e ignorada por la criminología.

A tenor de lo expuesto, se hace evidente que ante problemas comunes las soluciones a adoptar no pueden limitarse exclusivamente a los respectivos derechos nacionales²⁷⁴ que fueron diseñados para un cierto tipo de delincuencia, que es la tradicional o común, es decir, la que gira en torno a los delitos contra intereses individuales. De modo que, este intrincado panorama ha traído como consecuencia, en la búsqueda de respuestas, la imparable, pero no libre de obstáculos²⁷⁵, internacionalización del derecho penal, que más allá de las conmociones actuales, debe nutrirse de la historia e integrar los avances del derecho comparado, integrando y reconociendo las diversidades nacionales. Asimismo, es esencial tener en cuenta que la mundialización del derecho penal, debe realizarse con suprema atención ante los riesgos de producir una exponencial hegemonía unipolar o la hegemonía de los países poderosos sobre

²⁷³ En otro sentido, con ulteriores referencias, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *La expansión del derecho...*, *op. cit.*, pp. 98 ss, nota 240.

²⁷⁴ DELMAS-MARTY, M., “Estudios jurídicos comparados...”, *op. cit.*, p. 55.

²⁷⁵ Dificultades aún no superadas son un enraizado prejuicio nacionalista en la elaboración teórica y el descuido de los penalistas a las aportaciones del método de la comparación. *Vid.*, en similar sentido, MILITELLO, Vincenzo, “Dogmática penal y política criminal en perspectiva europea” (trad. Miguel Rodríguez Arias). En: ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTÍN (coords.), *Ciencia y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 48.

el resto de naciones²⁷⁶. Sólo de este modo afirmará una naturaleza universalista de la justicia y se conciliarán las contradicciones surgidas de la internacionalización del derecho²⁷⁷.

Este panorama mundial descrito, constituye el marco dentro del cual se produce la búsqueda de una respuesta adecuada por parte de la justicia penal a las problemáticas que plantea la persecución de la moderna delincuencia, la cual genera la (percepción de la) necesidad de contrarrestar nuevos riesgos afectantes a amplios colectivos en una misma o en distintas latitudes²⁷⁸, lo cual implica cada vez mayores dificultades, como puede ser la ya aludida problemática de atribución de responsabilidad a los gobernantes y su persecución transnacional. Para algunos, el panorama esbozado subraya de forma trágica la falta de un verdadero orden jurídico mundial²⁷⁹, para otros, realmente lo que esto pone en evidencia es todo lo contrario, es decir, que esta continua producción de conflictos responden a los objetivos de permanencia de un orden mundial²⁸⁰.

Si tienen razón quienes creen que los procesos de globalización económica y surgimiento de un nuevo orden global que implica una nueva forma de soberanía, son procesos irreversibles, no queda sino tratar de redirigir estos procesos hacia otros fines, aunque (y principalmente) estos sean opuestos a sus fines originarios. En otras palabras, debe procurarse redirigir estos procesos hacia la protección y promoción de los derechos humanos, tratando de articular mejor la naturaleza de este orden mundial en formación, no sólo sobre

²⁷⁶ *Vid.*, con referencias y ampliamente, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal". En: ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTÍN (coords.), *Ciencia y justificación del derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 25 y ss. *Vid.*, en sentido aproximado sobre la internacionalización de la justicia penal, MORENO HERNÁNDEZ, M., "Estado de derecho...", *op. cit.*, pp. 80 y ss.; GONZÁLEZ VIDAURRI/SÁNCHEZ SANDOVAL, "El control social posmoderno...", *op. cit.*, pp. 157 y ss.

²⁷⁷ DELMAS-MARTY, M., "Estudios jurídicos comparados...", *op. cit.*, pp. 49 y 50.

²⁷⁸ *Vid.*, SIEBER, U., "Límites del Derecho Penal...", *op. cit.*, p. 134.

²⁷⁹ DELMAS-MARTY, M., "Estudios jurídicos comparados...", *op. cit.*, p. 2.

²⁸⁰ Así, aparentemente, HARDT, M./NEGRI, A., *Imperio...*, *op. cit.*, pp. 185 ss.

la base de la fuerza que es capaz de ejercer, “sino también sobre la capacidad de presentar dicha fuerza como un bien al servicio de la justicia y de la paz”²⁸¹.

En todo caso, tanto la ruptura con el imperante equilibrio de poder mundial, así como la búsqueda de un verdadero orden jurídico mundial, pasan necesariamente por una serie de cambios en la forma de reaccionar en el orden internacional frente al enorme problema de la expoliación de las riquezas de los Estados por sus gobernantes.

Ante este horizonte, abordar el problema de la expoliación como un hecho propio de la fenomenología de la macrocriminalidad deriva en la complejidad que implica múltiples procesos –frecuentemente interrelacionados– de armonización jurídica, que determinan una serie de cambios en la forma de reaccionar frente al delito. De este modo, los medios del control penal que resultan insuficientes para abordar todas las complejidades de esta problemática, están conminados a transformarse e internacionalizarse. Así, no resulta gratuito, en absoluto, afirmar que el cuadro normativo para controlar la corrupción constituye, prácticamente, el terreno paradigmático por excelencia de la internacionalización del sistema penal²⁸².

XII. Algunas consideraciones finales

A través del estudio preliminar precedente, hemos constatado cómo el expolio de las riquezas de las naciones contribuye a debilitar el Estado, impiden el crecimiento económico justo y social y socava la democracia, mina las

²⁸¹ *Ibidem*, p. 35. En similar sentido cuando los autores se auxilian de las antiguas nociones de imperio para articular mejor la naturaleza de lo que han venido a llamar orden mundial en formación. En la misma línea, NEGRI, A., *Europa y el imperio...*, *op. cit.*, pp. 15-23.

²⁸² MANACORDA, Stefano, “La traslación legislativa al sistema italiano de los acuerdos internacionales relativos a la corrupción de funcionarios públicos”. En: ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN, *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 423-446.

actividades de mantenimiento de la paz y contribuye a la explosión de conflictos civiles.

En esta serie de factores geopolíticos, económicos y criminológicos acabados de enunciar, descansan los fundamentos que explican en clave político criminal la tesis aquí planteada, la cual conduce a la configuración de un control del injusto de expoliación por el Derecho Internacional. Pero dando un paso más adelante, nos preguntamos sobre la posibilidad de que se den los presupuestos necesarios y suficientes para configurar el expolio de las riquezas nacionales como un crimen de Derecho Internacional. Además, se plantean las cuestiones sobre la eficacia del Derecho Penal Internacional para eliminar la impunidad en casos de violación de los derechos humanos por este tipo de comportamientos. Aun más, si mediante el control de la gran corrupción se podría evitar el descontrol del poder punitivo. El control de la gran corrupción contendría al poder punitivo.

Ahora bien, en los capítulos que siguen y bajo tamices jurídicos y dogmáticos, trataremos de encontrar respuestas a todas esas interrogantes, teniendo para ello presente el panorama geopolítico-económico y criminológico brevemente expuesto en todas las páginas superiores.

“You take my life when you do take the means where by I live”.

(Usted me quita la vida si me quita los medios por los que vivo)

William Shakespeare²⁸³

²⁸³ *The Merchant of Venice* (editado por Barabara A. Mowat y Paul Werstine). Washington, D. C.: Folger Shakespeare Library, Simon & Schuster, 2003, acto 4, escena 1.

CAPÍTULO SEGUNDO:

LOS CRITERIOS JUSTIFICANTES DE LA CRIMINALIZACIÓN DEL EXPOLIO POR EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

I. CONSIDERACIONES GENERALES

En el capítulo precedente hemos tratado de determinar, con mayor o menor fortuna, las variables de orden criminológico que, a nuestro juicio delimitan con carácter general las hipótesis del expolio como manifestación de la gran corrupción. En efecto, en esa sede hemos hecho alusión a una serie de rasgos cuya concurrencia consideramos determinante para la existencia de un fenómeno que ha alcanzado en nuestros días una notoria trascendencia mundial y ante el que, curiosamente, muy pocos expertos han prestado atención.

Ahora bien, planteada la cuestión de la ineficacia e impunidad desde el prisma de las variables causales criminológicas, que como realidades reinan en el marco de la gran corrupción, por otra parte, cabe advertir que aquéllas tienen aparejadas variables causales dogmático-jurídicas que se desprenden del problema de encontrar acomodo a los conceptos y categorías clásicas del derecho penal cuando se trata de este tipo de criminalidad. En esta tesitura, el debate concreto que aquí se está planteando está referido a que los clásicos tipos penales asociados a las formas de delincuencia tradicionales –en particular a la pequeña corrupción–, resultan insuficientes para tutelar eficazmente las riquezas nacionales ante potenciales ataques masivos y/o a gran escala por parte de los funcionarios de alto nivel.

Consideramos que para dar una respuesta integral a esta problemática, por una parte, está la respuesta en el contexto de la pequeña corrupción que se

lleva a cabo mediante las tradicionales figuras penales (malversación, peculado, apropiación indebida) y, por otra parte, estaría una respuesta diversa ante los ataques más graves en el contexto de la gran corrupción.

Esta última respuesta se llevaría a cabo a dos niveles. En primer lugar, a nivel nacional por medio del sistema de justicia doméstico. En segundo lugar, cuando en los países víctimas los sistemas judiciales se han hundido o debilitado durante los regímenes corruptos y en virtud del derecho penal internacional, la respuesta se llevaría a cabo a nivel internacional por medio de dos cauces competenciales, a saber: haciendo uso de los sistemas de justicia de terceros países o, poniendo en marcha el sistema de justicia penal internacional.

Cómo juzgar a los individuos responsables de un hipotético crimen de expolio y bajo qué categorías y principios debe encuadrarse su juzgamiento en el derecho penal internacional, constituyen las principales interrogantes que trataremos de responder en esta investigación. Estos planteamientos nos adentran en la discusión de cuándo y cuáles conductas de los individuos pueden ser legítimamente prohibidas penalmente por el sistema internacional.

Resulta obvio que las anteriores cuestiones entroncan de lleno con problemas como la lesividad de estas conductas, la atribución de responsabilidad a los sujetos, las cuestiones relativas a la criminalización de las conductas, en términos objetivos y subjetivos y las cuestiones concernientes a los fines de la pena y los fines de los sistemas penales nacional e internacional, en su conjunto.

Los fundamentos que justifican a lo interno de los Estados el ejercicio del *ius puniendi* por apropiación de bienes públicos, podrían ser un foco de atención hacia dónde dirigir inicialmente la reflexión sobre cómo justificar que estos crímenes cometidos por los responsables estatales puedan ser juzgados por encima de la legislación de cada Estado y de la nacionalidad de sus responsables cuando por su gravedad atenten contra los derechos fundamentales de grupos enteros de población.

En un primer momento, puede parecer infructuoso iniciar la búsqueda de soluciones dogmáticas con pretensiones de validez universal a través del estudio del particularismo de algunas formas de pensamiento jurídico. Sin embargo, sólo el análisis a modo de casos de estudio de algunas construcciones jurídico-dogmáticas creadas para fundamentar a nivel nacional la criminalización de la apropiación del patrimonio público, nos pueden llevar a demostrar el acierto o el desacierto de nuestra premisa general respecto a todos los factores que integran una noción global de lesividad.

Por ello, de forma particular, en el presente capítulo trataremos sobre la primera de estas problemáticas (la lesividad). Se impone, en este punto, una doble reflexión, necesariamente sintética. *In primis*, debido a la importancia que ello adquirirá posteriormente en las consecuencias subsiguientes que obtendremos en este estudio, permítasenos enunciar el estado actual del debate doctrinal sobre los criterios dominantes elaborados para justificar la punición estatal en los *major legal systems of the world: Civil Law y Common Law*. Seguidamente, indagaremos de forma comparada en los sistemas legales más representativos de este último sistema (Derecho Continental Europeo o *Civil Law*) sobre la sistemática, técnica legislativa y, principalmente sobre las diferentes teorías que se han elaborado con el propósito de darle racionalidad a la criminalización de las conductas desposesorias del patrimonio público.

II. Esbozo sobre la justificación del derecho penal: entre el bien jurídico y el “harm principle”

La reflexión sobre los fundamentos justificantes del derecho penal nos ubica, sin duda, ante el marco clásico de discusión doctrinal sobre las

características que le otorgarían *racionalidad* al sistema penal²⁸⁴. Es, en palabras de FIANDACA y DI CHIARA²⁸⁵, el “problema penal”. Algo que, como es bien conocido, ha empezado a ser intensamente debatido a partir de la segunda mitad del siglo XVIII sobre la base de una nueva teoría racional que propugna una distinción entre moral y derecho, entre delito y pecado²⁸⁶.

Como es por todos sabido, la búsqueda de la justificación del Estado²⁸⁷ para ejercer el poder punitivo²⁸⁸ implica que el mandato de prohibición penal que se dirige a los ciudadanos debe tener un fundamento más allá de lo indeseable que le resulte una conducta al legislador y a la sociedad²⁸⁹. Se exige la existencia de un conflicto social, de una lesividad. Sabemos también, que para evitar la arbitrariedad en el uso de esa potestad que posee el legislador penal de configurar normativamente prohibiciones conductuales de los individuos, tal potestad debe estar previamente limitada²⁹⁰. Es claro que si se

²⁸⁴ Por todos, ZAFFARONI, E. R., *En busca de las penas...*, *op. cit.*, pp. 20 ss.; del mismo: “¿Vale la pena?...”, *op. cit.*, p. 56. En cuanto a esto, partimos de la distinción que este autor hace entre el poder punitivo y el derecho o sistema penal. *Vid.*, ampliamente sobre los fundamentos del derecho penal, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pp. 209 y ss.

²⁸⁵ FIANDACA, Giovanni/DI CHIARA, Giuseppe, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*. Nápoles: Jovene editore, 2003, pp. 103 y ss.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 104.

²⁸⁷ De otra opinión, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Política criminal y Estado”. En: AA. VV., *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruíz*, Vol. I. Valencia: Universitat de València, 1998, p. 320; “el sistema de control penal sólo es una cuestión de extrema y estricta necesidad, pero sin que ello tenga entonces capacidad para legitimarlo, sino simplemente para hacerlo explicable desde una política criminal cuyo sentido tiene que ser el que los conflictos sociales se resuelvan por vías no violentas. De ahí que en la base misma del sistema reside su propia deslegitimación, en la medida que siempre implica una determinada violencia sobre las personas y, por tanto, una contradicción con la finalidad perseguida, que es la no violencia. Es por eso que la violencia ejercida ha de ser la mínima necesaria en sí misma, no en relación a otra, no reactiva.”

²⁸⁸ Modernamente sobre la doctrina del poder punitivo del Estado como emanación de un atributo de la soberanía y no como un derecho subjetivo: el *ius puniendi*, véase por todos, ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*. 16° ed. Milán: Giuffrè, 2003, pp. 60-61.

²⁸⁹ En similar sentido, ROXIN, Claus, „Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen”. En: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.), “*Universitas Vitae*”. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, p. 671.

²⁹⁰ *Vid.* Con ejemplos ROXIN, C., *Problemas actuales...*, *op. cit.*, p. 19.

Ya en febrero de 1859 MILL escribió: “There is a limit to the legitimate interference of collective opinion with individual Independence; and to find that limit, and maintain it against

parte de la libertad como valor fundamental del ordenamiento jurídico, esto conlleva de suyo la necesidad de justificar toda limitación de la misma²⁹¹. Quizás, resulta ocioso recordar que si la norma penal limita la libertad de acción del particular, a su vez, el Estado debe ver limitada su facultad de punición en la medida en que el ejercicio de esta sea necesario para asegurar la pacífica coexistencia en la sociedad.

Ciertamente, una vez admitida la facultad sancionadora del Estado como manifestación del control social interno, lo verdaderamente importante es fijar con precisión los límites racionales que justifican su ejercicio. En este sentido, por justificación del mismo entendemos los requisitos o elementos que le otorgarían su racionalidad²⁹². En esta línea, se trata de encontrar los requisitos de elementalísima racionalidad que oponer a una arbitrariedad selectiva del sistema penal y cumplan una función racional de contradicción dentro del ejercicio de poder del sistema penal²⁹³. En otras palabras, se debe realizar una labor crítica dentro de marcos teóricos coherentes y aceptados generalizadamente para orientar racionalmente la actividad legislativa en materia penal²⁹⁴.

Ahora bien, los esfuerzos que los principales sistemas jurídicos de occidente han realizado para elaborar una teoría sobre los límites normativos de

encroachment, is a indispensable to a good condition of human affairs as protection against political despotism.

But though this proposition is not likely to be contested in general terms, the practical question where to place the limit –how to make the fitting adjustment between individual individual independence and social control– is a subject on which nearly everything remains to be done.” *Vid.*, MILL, John Stuart, *On Liberty* (editado con una introducción de Gertrude Himmelfarb). Londres: Penguin Books, p. 63.

²⁹¹ *Vid.*, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luí, “Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal”. *PJ*, n° 28, 1992, p. 33. Así, el art. 1 de la Constitución española declara la libertad como valor fundamental. Sin embargo, no es imprescindible su proclamación expresa por el ordenamiento jurídico, puesto que inequívocamente se desprende de las normas fundamentales y tratados internacionales. Por ejemplo, los artículos 3. ° y 9. ° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el 5. ° de la Convención de Roma de 1950.

²⁹² ZAFFARONI, E. R., *En busca de las penas...*, *op. cit.*, pp. 20 ss.

²⁹³ *Ibidem*, pp. 260 ss.

²⁹⁴ *Vid.*, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El control de constitucionalidad de las leyes penales”. *REDC*, Año 25, n° 75, 2005, pp. 59 ss.

la punición estatal han seguido caminos diversos y entre ellos independientes²⁹⁵.

Por un lado, con carácter general, en la doctrina penal alemana no existe un acuerdo sobre la cuestión del cuál es el daño social (*Sozialschädlichkeit*) determinante para la intervención penal²⁹⁶: si es la vigencia de la norma puesta en peligro por el delito²⁹⁷, o si es la violación o la puesta en peligro de bienes jurídicos²⁹⁸. Aunque, como es sabido por todos, en gran parte de los países que en su conjunto conforman el denominado sistema del *Civil law*, la opinión predominante considera que la tarea del derecho penal es la protección de bienes jurídicos ante el peligro o lesión. Por otra parte, paralelamente en la doctrina anglo-americana existe un modelo conceptual como teoría de legitimación de las normas penales. En esta última concepción no existe el concepto de bien jurídico o un equivalente de éste, sino que plantea diferentes bases para la explicación del delito a través de los *liberty-limiting principles*²⁹⁹.

²⁹⁵ En el mismo sentido, FRANCOLINI, Giovanni, "Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice". En: FIANDACA/FRANCOLINI (dirs.), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 1.

²⁹⁶ Así, por todos, HASSEMER, Winfried/NEUMANN, Ulfrid, „Vor § 1“. En: KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *NK*, t. I. Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 101.

²⁹⁷ *Vid.*, en este sentido y con ulteriores referencias, JAKOBS, Günther, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff* (existe trad. Castellana de Cancio Meliá bajo el título: *El concepto jurídico penal de acción*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 41-45). München: Beck, 1992, pp. 36-38; del mismo: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (trad. de Cancio Meliá y Feijóo Sánchez). Madrid: Civitas, 1996, *passim*.

²⁹⁸ Cuando nos referimos al concepto de bien jurídico lo hacemos en relación al concepto de bien jurídico propio del derecho penal, que se determina independientemente al concepto ético de bien y la comprensión de bien jurídico que manejan otras ramas del derecho. Al respecto, KAHLO, Michael, „Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht“. En: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 2003, p. 27, nota 9.

²⁹⁹ Véase ampliamente sobre este punto, FEINBERG, J., *The Moral Limits...*, *op. cit.*, p. 12. Los "liberty-limiting principles" incluyen, además del *Harm Principle*, tres principios adicionales: (1) *Offense Principle*, (2) *Legal Paternalism*, y, (3) *Legal Moralism*.

Dentro de los cuales, el concepto fundamental en la justificación del derecho penal es el *harm principle* o principio de daño a otros³⁰⁰.

Por supuesto, no es este el lugar adecuado para la reproducción de apenas una fracción de todo el universo de discusión que comprende a ambas teorías, de cuyo amplio espectro, aquí, como no puede ser de otro modo, tan sólo damos testimonio.

1. El bien jurídico como criterio base en la doctrina continental para la valoración de la legitimidad de la norma penal

Como acabamos de subrayar, la teoría del bien jurídico³⁰¹ como criterio limitador del derecho penal³⁰², se ha desarrollado mayoritariamente en la

³⁰⁰ MILL, J. S., *On Liberty...*, op. cit., pp. 68 y ss.; FEINBERG, J., *The Moral Limits...*, op. cit., passim. Asimismo se señalan otros principios tales como: el principio de autonomía individual (*The principle of individual Autonomy*), el principio de bienestar (*the principle of Welfare*), el principio de daño y males públicos (*the harm principle and public wrongs*), el enfoque minimalista (*the minimalist approach*), entre otros. Sobre esto último, véase por todos el reciente trabajo de ASHWORTH, Andrew, *Principles of Criminal Law*. 6ª ed. Nueva York: Oxford University Press, 2009, pp. 22 ss.

³⁰¹ Sobre la evolución y contenidos del principio de ofensividad y el concepto de bien jurídico existe una bibliografía inagotable. Para ambos elementos puede consultarse entre otras, FIANDACA, Giovanni/DI CHIARA, Giuseppe, *Una introduzione al sistema...*, op. cit., pp. 103-158. Recientemente sobre el principio de ofensividad, véase por todos MANES, Vittorio, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*. Torino: Giappichelli, 2005, passim. También puede verse HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, "Imputación objetiva y principio de lesividad". En: *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*. Granada: Comares, 1999, pp. 411-422; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, "Principio de ofensividad...", op. cit., pp. 7-36; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos". *ADPCP*, 1990, pp. 5-27.

Sobre el estado actual del debate en torno al concepto de bien jurídico y la doctrina más reciente al respecto, véase la magnífica conferencia del Profesor Claus ROXIN que bajo el título "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen" impartió en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en Madrid el día 20 de junio de 2012. Igualmente, al respecto puede verse las ponencias y discusiones que como producto de una conferencia celebrada en el año 2002 sobre "la teoría del bien jurídico" fueron posteriormente publicadas en: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 2003. Esta obra colectiva se publicó también, ampliado, en 2007 en España como: HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del*

discusión científica alemana y en este contexto, desde hace mucho tiempo viene ocupando un papel central y con carácter de base prácticamente irrenunciable en la búsqueda de racionalidad para el sistema jurídico-penal³⁰³. Teoría de la cual han sido caja de resonancia, principalmente, las doctrinas penales italiana, española y latinoamericana.

Desde hace más o menos diez años, como ha destacado recientemente ROXIN, la cuestión de si la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos puede limitar el poder punitivo del Estado, vuelve a ser objeto de una viva discusión en Alemania y el resto de países bajo su área de influencia³⁰⁴. Así, resulta pertinente observar que hoy día la teoría del bien jurídico se encuentra bajo fuertes cuestionamientos y en la actual discusión en torno a este criterio sólo existe unanimidad en las serias dificultades que enfrenta como instrumento de crítica del sistema³⁰⁵. De suerte que, se cuestiona principalmente la efectiva

Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos? Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007. La discusión iniciada en el año 2002 continuó en el 2004, y las ponencias y discusiones de ese segundo encuentro han sido publicadas en: VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (eds.), *Mediating Principles: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006. Estas discusiones fueron retomadas y continuadas en Italia donde fueron reflejadas en la obra FIANDACA/FRANCOLINI (dirs.), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continental e anglo-americana a confronto*. Torino: Giappichelli, 2008. Vid., para mayor abundamiento sobre la evolución habida en Italia, MERLI, Antonella, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema, le fonti, le tecniche di tutela penale*. Nápoles: Ed. Scientifiche Italiane, 2006. Finalmente, para una evolución histórica, vid., MARX, Michael, *Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“*. Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre. Colonia [etc.]: Heymanns, 1972.

³⁰² También se señalan de forma invariable como criterios limitadores del *ius puniendi*; el principio de legalidad o principio del Estado de derecho (usan esta última denominación “Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit” en la doctrina alemana JESCHECK, Hans-Heinrich /WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general* (trad. de Olmedo Cardenete). 5ª ed. corregida y ampliada. Granada: Comares, 2002, pp. 28-29). Pero, además de los anteriores, en la doctrina también se identifican otros principios, tales como el de humanidad, culpabilidad, proporcionalidad, el de materialidad, entre otros. Sobre este punto puede verse en detalle la abundante literatura manualística e introductoria al derecho penal. Vid., de forma monográfica y con ulteriores referencias bibliográficas, RODRÍGUEZ, María Dolores, “Los límites del ‘ius puniendi’”. ADPCP, Madrid, t. XLVII, fasc. III, Centro de publicaciones, 1994, pp.87-113.

³⁰³ VON HIRSCH, Andrew, “Der Rechtsgutsbegriff und das ‚Harm Principle‘”. En: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie...*, op. cit., pp. 13-25.

³⁰⁴ ROXIN, Claus, *El concepto de bien jurídico...*, op. cit.

³⁰⁵ Vid., Al respecto, SEHEN, Gerhard, “Prinzipiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff”. En: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie...*, op. cit., p. 40; MÜSSIG, Bernd, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las*

capacidad de la teoría del bien jurídico de orientar la labor del legislador y limitar la actual hipertrofia penal cuando la legislación, doctrina y jurisprudencia no dejan de crear nuevos “bienes jurídicos”³⁰⁶.

No obstante, aquí no se trata de negar los valiosos aportes de la teoría del bien jurídico, sino de reconocer sus limitaciones y la aporía a la que ha sido conducida, al demandar de ella una capacidad exclusiva de racionalidad de las normas penales que no está en capacidad de ofrecer³⁰⁷.

La concepción habitual que se tiene sobre el bien jurídico “parte de la idea de que un bien jurídico es un ‘algo’ determinado”³⁰⁸. A partir de esto, la teoría del bien jurídico procede a precisar los contornos de ese “algo” con un grado de exactitud tal que ha sido incapaz de tener en cuenta otros factores que conforman una noción global de lesividad y que en conjunto aportan más condiciones a una auténtica racionalidad del *ius puniendi*. De modo que, la teoría del bien jurídico ha sido el árbol que no ha dejado ver el bosque.

Desde ese punto de partida, un importante sector de la doctrina propugna por una reformulación del discurso de legitimación de las normas de derecho penal desde otras concepciones. Ello conlleva, de un lado, al desarrollo de un sistema teleológico-racional del derecho penal. Por otra parte, como lógica consecuencia de lo anterior, a la renuncia, tanto de una absolutización de la idea de protección de bienes jurídicos como criterio único y determinante de la justificación o legitimación del derecho penal³⁰⁹, como a la renuncia de la sacralidad del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos³¹⁰. La teoría del bien jurídico, pese a los importantes valedores de los que dispone, no está capacitada para ser el único instrumento operativo que integre

perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema (trad. de Cancio Meliá/Peñaranda Ramos). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 13 ss.

³⁰⁶ SEHEN, Gerhard, „Prinzipiengestützte Strafnormlegitimation...“, *op. cit.*, p. 40.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 56.

³⁰⁹ Así, VALLE MUÑÍZ, J. M., *El elemento subjetivo...*, *op. cit.*, p. 22.

³¹⁰ En similar sentido, véase MORALES GARCÍA, Oscar, *Los delitos de malversación: Apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*. Navarra: Aranzadi, 1999, p. 62.

satisfactoriamente dentro de sí los contenidos mínimos de racionalidad legislativa penal. Finalmente, todo esto acarrea el rechazo a la idea de agotar los fines del derecho penal y de todo el sistema penal en los fines de la pena³¹¹.

2. El "*harm principle*" como criterio de criminalización en el pensamiento anglo-americano

El "*harm principle*" fue fundamentado con argumentos sociopolíticos, históricos y filosóficos por John Stuart MILL³¹². Quien sostuvo como la prevención de un daño a los demás, como el único objetivo para el que puede ejercerse legítimamente el poder sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad. Por tanto, configuró el daño a otros como único principio válido para la determinación de las invasiones legítimas de la libertad, declarando exentos de castigarse legítimamente los comportamientos que solamente impliquen una lesión para sí mismo, agregando que tampoco puede justificarse la sanción penal de una conducta basada únicamente en su inmoralidad³¹³.

Estas ideas fueron posteriormente desarrolladas por FEINBERG³¹⁴ desde el enfoque del ejercicio que de las prohibiciones conductuales provenientes del derecho penal hace el poder político o estatal. Como el mismo autor reconoce, en su obra se encarga de desarrollar las teorías planteadas por MILL sobre la naturaleza y los límites del poder que legítimamente puede ser ejercido por la sociedad sobre el individuo.

³¹¹ Vid., con referencias, VALLE MUÑÍZ, J. M., *El elemento subjetivo...*, op. cit., p. 22.

³¹² MILL, J. S., *On Liberty...*, op. cit., pp. 68 y ss.

³¹³ Vid., VON HIRSCH, A., „Der Rechtsgutsbegriff und...“, op. cit., pp. 13-25.

³¹⁴ FEINBERG, J., *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 1: Harm to Others*. Nueva York/Oxford: Oxford University Press, 1984, *passim*. Cabe advertir, que no tenemos ninguna pretensión de realizar un profundo análisis de la monumental obra de Feinberg, ante la imposibilidad de rendirle justicia, sólo subrayaremos algunos de sus argumentos, por el aporte que puedan brindar a nuestro estudio.

Según la definición que del “*harm principle*” hace FEINBERG, es legítimo para el Estado prohibir las conductas que causan un serio daño, o un irrazonable riesgo de tal daño a personas distintas del participante de la acción o suceso lesivo. A la vez, aclara que no toda clase de acto que causa un daño a otros puede ser prohibido, sino sólo aquéllos que causan un daño evitable y sustancial y no haya probablemente ningún otro medio que sea igualmente eficaz, sin mayor costo para los demás valores³¹⁵. Aquí se aprecia que –haciendo una lectura “continental” de este enunciado–, FEINBERG habla en esencia de *ultima ratio* y subsidiariedad del derecho penal³¹⁶.

Por su parte HERBERT³¹⁷ atribuya a este principio dos usos. En primer lugar, según este autor, es una manera de asegurarse de que un determinado tipo de conducta no sea sometido a la sanción penal exclusivamente, ni siquiera principalmente, porque se piensa que es inmoral. Obliga a una investigación sobre lo que se teme efectos negativos si la conducta en cuestión no es sancionada por la ley penal. En segundo lugar, considera, que inmediatamente se pone en juego una serie de interrogantes acerca de los efectos de someter la conducta en cuestión a la sanción penal.

³¹⁵ FEINBERG, J., *Harm to Others...*, *op. cit.*, p. 26: “*The Harm Principle*: It is always a good reason in support of penal legislation that it would probably be effective in preventing (eliminating, reducing) harm to persons other than the actor (the once prohibited from acting) and there is probably no other means that is equally effective at no greater cost to other values”.

³¹⁶ *Vid.*, CADOPPI, Alberto, “Liberalismo, paternalismo e diritto penale”. En: FIANDACA/FRANCOLINI (dirs.), *Sulla legittimazione del diritto...*, *op. cit.*, p. 92.

³¹⁷ PACKER, Herbert L., *The limits of the Criminal Sanction*. Stanford, California: Stanford University Press, 1968, en especial pp. 267 ss.: “The harm to others formula seems to me to have two uses that justify its inclusion in a list of limiting criteria for invocation of the criminal sanction. First, it is a way to make sure that a given form of conduct is not being subjected to the criminal sanction purely or even primarily because it is thought to be immoral. It forces an inquiry into precisely what bad effects are feared if the conduct in question is not suppressed by the criminal law. Second, it immediately brings into play a host of secular inquiries about the effects of subjecting the conduct in question to the criminal sanction. One cannot meaningfully deal with the question of harm to others without weighing benefits against detriments. In that sense, it is a kind of threshold question, important not so much in itself as in focusing attention on further considerations relevant to the ultimate decision. It is for these two instrumental reasons rather than for either its intrinsic rightness or its ease of application that it deserves inclusion”.

Sin embargo, gran parte de la doctrina de lengua inglesa –contrariamente a MILL, quien sostuvo que el daño es el único principio válido para la determinación de las invasiones legítimas de la libertad– subraya la insuficiencia del “*harm principle*” y la necesidad de ulteriores criterios para recurrir a la prohibición penal, sobre todo en los casos difíciles³¹⁸. Los filósofos han intentado responder a esto proponiendo los *coercion-legitimizing principles*, también llamados por FEINBERG como *liberty-limiting principles*³¹⁹.

Sobre el contenido del daño (*the harm*), FEINBERG³²⁰ reconoce que es un concepto muy complejo, con dimensiones normativas ocultas, y que, en parte debido a esto, el *harm principle* no puede aplicarse en forma plausible a una gran variedad de circunstancias, sino se toman en cuenta criterios adicionales (“*mediating maxims*”). Así, argumenta que el *harm principle* debe ser hecho de forma suficientemente precisa para permitir la formulación de un criterio de gravedad (“*seriousness*”), y también, de ser posible, algún modo de clasificar los tipos de daños en términos de su gravedad. En consecuencia, elabora un sumario de restricciones (“*restrictions on the harm principle*”). Sin estas remotas especificaciones, agrega este filósofo estadounidense, el *harm principle* puede invitar a una interferencia estatal sin límites, porque prácticamente todo tipo de

³¹⁸ Vid., por ejemplo, FEINBERG, J., *Harm to Others...*, op. cit., pp. 10 ss., 214 ss.; PACKER, H. L., *The limits of...*, op. cit., pp. 266-267; ASHWORTH, A., *Principles of Criminal...*, op. cit., pp. 31-34; este último llama la atención a cerca de la carencia en el “*Harm Principle*” de un enfoque claro sobre el carácter distintivo de la sanción penal, y sobre las justificaciones de necesidad para invocar la sanción penal, en lugar de la civil o de los controles reglamentarios o administrativos. A su modo de ver, este criterio lo brinda el enfoque minimalista (“*minimalist approach*”) o principio de mínima criminalización (“*The principle of minimum criminalization*”). Pues según ASHWORTH, el minimalismo llama la atención sobre el papel del derecho penal, en general, como la más poderosa forma de censura y, por tanto, aboga por el uso mínimo de penalización. El minimalismo, agrega, acepta la necesidad del derecho penal a fin de salvaguardar los intereses de los individuos, el Estado y las colectividades, pero hace hincapié en la protección de las personas ante los abusos de poder.

³¹⁹ Vid., ampliamente sobre este punto, FEINBERG, J., *Harm to Others...*, op. cit., pp. 12 ss.

³²⁰ *Ibidem*.

conducta humana puede dañar en cierta medida los intereses de otros, ya sea para beneficiarles o perjudicarles³²¹.

Según FEINBERG, un daño penalmente relevante o en sentido normativo, es la regresión de un interés ("*setback of interest*"). Siguiendo con este autor, los intereses penalmente relevantes no son simples deseos e inclinaciones ("*passing wants*"), ni las metas que las personas se proponen ("*instrumental wants, focal aims*"), sino solamente los intereses esenciales para el fin de la propia autorrealización ("*welfare interests*"), es decir, los intereses que están diseñados para garantizar las condiciones esenciales para realizar un proyecto de vida verdaderamente autónomo ("*is a supremely important necessary condition of well-being*")³²². De hecho, el interés en garantizar el bienestar personal es uno de los intereses cruciales al interno del *harm principle*.

Por tanto, se observa que el concepto de "daño" es un aspecto central para el "*harm principle*". Además, ese concepto de daño viene referido a un "interés". De modo que, se estará en presencia de un daño cuando una conducta menoscabe un interés³²³. VON HIRSCH cree ver en estas afirmaciones una inclusión de los distintos aspectos fundamentales de la discusión continental acerca del concepto de bien jurídico. En consecuencia, agrega este

³²¹ *Ibidem*, pp. 214 ss. La opinión de este autor es recogida y compartida por FIANDACA, Giovanni, "Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia". En: FIANDACA/FRANCOLINI (dirs.), *Sulla legittimazione del diritto...*, *op. cit.*, p. 163. "Como Feinberg sostiene, también yo, me preocupaba de poner el acento sobre el fuerte componente normativo-estimativo, así como empíricos, del concepto de dañosidad social penalmente relevante: ya señaló que, cuanto menos demostrable resultan los perfiles empíricos del daño, mayor es el halo de incertidumbre que hace que incierto y controvertible el relativo concepto". También sobre la falta de capacidad como límite restrictivo de este principio y con prolijos ejemplos, véase HARCOURT, Bernard, "The collapse of the harm principle", *J. CL&C*, Illinois, vol. 90, n° 1, 1999, pp. 109-194; "Ya no excluye categorías de ofensas morales del ámbito de aplicación de la ley".

³²² FEINBERG, J., *Harm to Others...*, *op. cit.*, pp. 31 y ss.; véase también al respecto los comentarios de WOHLERS, Wolfgang, "Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e de una angloamericana". En: FIANDACA/FRANCOLINI (dirs.), *Sulla legittimazione del diritto...*, *op. cit.*, p. 128 y ss.

³²³ VON HIRSCH, A., "Der Rechtsgutsbegriff und das...", *op. cit.*, pp. 16-17.

autor, “podría afirmarse que a partir del *harm principle* puede construirse algo parecido a un bien jurídico”³²⁴.

3. El bien jurídico y el *harm principle* como criterios para fundamentar una punibilidad directa en el derecho internacional

Teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, si bien es cierto que resulta notoria la existencia de grandes diferencias entre los sistemas del *common law* y del *civil law*, se acusa recientemente en la doctrina alemana³²⁵ e italiana³²⁶ un progresivo interés por el modelo Anglo-americano. La apertura que se está produciendo en dichas doctrinas a las ideas desarrolladas en el sistema del *common law*, está trayendo aires frescos a un debate que ya daba claras muestras de estar empantanado en las arenas movedizas de una teoría del bien jurídico cada vez más inasequible.

Se puede decir que un aspecto de todo lo dicho hasta ahora en el cual existe prácticamente unanimidad, es la afirmación de la *dañosidad social*³²⁷ como

³²⁴ *Ibidem*, p. 17. Pero, como hace ver VON HIRSCH, FEINBERG no aclara de forma satisfactoria en qué consiste esa noción de “interés”. Además, de forma especialmente crítica, *vid.*, KAHLO, Michael: “Über den Zusammenhang...”, *op. cit.*, pp. 59 ss.

³²⁵ ROXIN, C., „Was darf der Staat...”, *op. cit.*, p. 675. Este autor dice que poco a poco la doctrina alemana está experimentando una apertura a influencias externas. Quizás los penalistas alemanes se han visto empujados por la imparable internacionalización del derecho penal cuya realidad hace insostenible la endogamia científica hasta ahora imperante en Alemania, de modo que, esta discusión viene marcada por la recepción y explicación de las ideas desarrolladas en el ámbito angloamericano sobre la legitimación de las disposiciones penales.

Críticamente sobre la impermeabilidad de la doctrina alemana ante influencias externas, *vid.*, MUÑOZ CONDE, Francisco, “Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal”. *RP*, nº 5, 2000, p. 49, nota 29. También, recientemente, en este sentido, AMBOS, K., *La parte general...*, *op. cit.*, pp. 49-51.

³²⁶ Sobre este punto véase ampliamente, CADOPPI, Alberto, *Materiali per un'introduzione allo Studio del diritto penale comparato*. Padova: CEDAM, 2004, pp. 273 ss. También véase del mismo y la bibliografía ahí citada: “Liberalismo, paternalismo...”, *op. cit.*, pp. 86 ss., nota 8.

³²⁷ *Vid.*, Sobre el criterio de dañosidad social, FIANDACA, G./DI CHIARA, G., *Una introduzione al sistema...*, *op. cit.*, p. 105; para ellos, la dañosidad social, en un sentido mundano es el nuevo criterio selectivo de los hechos que el legislador debe considerar punibles. Se trata, agregan, de

criterio selectivo de las conductas que deben ser castigadas penalmente. En ella se asume como punto de referencia la dimensión externa del concreto *interés* humano ligado a la acción criminal. Esta coincidencia de ideas se remonta a la concepción material del delito como hecho ofensivo, en cuanto productor de un daño a otros, entonces, el fundamento axiológico del delito reside en la naturaleza lesiva de los resultados, es decir, de los efectos que produce³²⁸.

Ahora bien, el análisis llevado a cabo hasta el momento destaca que tanto desde la teoría del *harm principle*, como desde la teoría del bien jurídico, en ambos contextos se busca un instrumento para delimitar y limitar el ámbito de aplicación justificado de las normas penales.

Sentada la premisa anterior, es evidente que en la labor de búsqueda de límites racionales al derecho penal convergen los esfuerzos desarrollados por las doctrinas de tradición europea-continental y el círculo jurídico anglo-americano³²⁹. Sin embargo, un aspecto que destaca en el análisis de ambos criterios es la insuficiencia de forma autónoma, tanto de una como de otra teoría, de erigirse como efectivos criterios limitadores del poder punitivo. Los mismos por sí solos no pueden conformar una teoría adecuada de criminalización, estando siempre latente un gran riesgo de manipulación e instrumentalización de estos criterios para mediante los mismos extender la esfera de tutela penal³³⁰. Por tanto, bien jurídico y *harm principle* pueden ser de auxilio el uno del otro³³¹.

En consecuencia, tanto el *harm principle*, como el bien jurídico, son puntos de partida de cualquier discusión sobre la delimitación y limitación justificada

un criterio laico de índole objetiva, que asume como punto de referencia la dimensión externa del concreto interés humano lesionado por la acción criminal.

³²⁸ Esta idea sintetiza el punto de arribo de un filón de pensamiento cuyo origen ocurre sobre el terreno de la filosofía política de matriz iluminista. En similar sentido, *ibídem*, pp. 106-107.

³²⁹ Como señala AMBOS, Kai, *La parte general...*, *op. cit.*, p. 42, entre el "civil law" y el "common law", sobre todo a nivel de principios, existen más similitudes de lo que por común se acepta.

³³⁰ Al respecto, FRANCOLINI, G., "Il dibattito angloamericano...", *op. cit.*, p. 23; del mismo: "L'harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg". *RIDPP*, Milán, n° 51, Giuffrè, 2008, pp. 302-303.

³³¹ CADOPPI, A.: "Liberalismo, paternalismo...", *op. cit.*, p. 89.

de la injerencia punitiva del Estado³³². Pero sobre todo, cuando se trata de fundamentar una punibilidad directa en el derecho internacional, ambas construcciones teóricas deben tener puntos de encuentros, porque la consideración de cada una de estas construcciones teóricas como idea exclusiva de racionalidad, tanto por sus defectos esenciales internos, como por sus particularismos propios de una forma de pensamiento jurídico, no se corresponden con las pretensiones de construcción de una base racional de aplicación universal para un sistema jurídico internacional.

III. Los criterios de justificación en la figura del expolio como crimen de derecho internacional

La literatura especializada afirma que el DIP tiene la función de proteger los más altos valores jurídicos de la comunidad internacional en su conjunto contra crímenes tan graves que amenazan la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad³³³.

La parte de esa literatura que continúa férreamente anclada a la muy elaborada construcción teórico-jurídica del bien jurídico para justificar el ejercicio del *ius puniendi* a lo interno de los Estados, extrapola estas ideas al orden internacional. Como resultado de lo anterior, se han generado diferentes controversias entre quienes contaminados por ese afán de precisión milimétrica se han dado a la tarea de identificar los bienes jurídicos protegidos por el DPI.

Así, en primer lugar, se discute sí y en qué medida los crímenes de derecho internacional incluyen al mismo tiempo la protección de bienes

³³² Como destaca WOHLERS, W., "Le fattispecie penali...", *op. cit.*, p. 136; "es considerado un merito esencial de la teoría del bien jurídico y también del *harm-offense principle* el hecho de haber afirmado la ilegitimidad de la tutela penal de simples concepciones morales o de valores".

³³³ TRIFFTERER, Otto, "Preamble". En: el mismo (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court –Observaciones/ Notes, Article by Article–*. 2ª ed. Múnich: C. H. Beck-Hart-Nomos, p. 8, nm 9; seguido por WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 82-83.

jurídicos individuales³³⁴. Si damos por válido el recurso de la extrapolación de conclusiones de lo interno a lo internacional, lo correcto para responder a la controversia acabada de anotar, es diferenciar entre los distintos crímenes de derecho internacional³³⁵. Esto es así porque los distintos tipos delictivos internacionales exigen, respectivamente, condiciones de justificación diversas.

En segundo lugar, ya en la concreta labor de disección, se debate entre quienes consideran “la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” auténticos bienes jurídicos internacionales y principales objeto de protección del DIP³³⁶, y, quienes niegan lo anterior y opinan que “la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” no son bienes jurídicos protegidos del DIP, sino objeto genérico de la tutela de ese orden jurídico que estará integrado por la suma de los bienes jurídicos concretos protegidos en cada uno de los tipos internacionales³³⁷.

Esta última idea en principio podría ser acertada. Sin embargo, la óptica desde la cual se plantea la explicación requiere, en nuestra opinión, ciertas matizaciones. En primer lugar, si bien es cierto que conceptos como paz, seguridad y bienestar de la humanidad son demasiado amplios y abstractos como para erigirlos en bienes jurídicos protegidos por todos los tipos del DPI.

³³⁴ *Vid.*, a favor de una protección exclusiva por parte del DPI de bienes jurídicos supraindividuales, LAGODNY, Otto, “Legitimation und Bedeutung des Ständigen Internationalen Strafrechtshofes”. *ZStW*, vol. 113, nº 4, 2001, p. 803. En contra, TRIFFTERER, Otto, “Preliminary Remarks: The permanent ICC- Ideal and Reality”. En: del mismo (ed.), *Commentary on the Roma...*, *op. cit.*, p. 23, nm. 21: “...International criminal law protects at the same time the legal values of individuals...”

³³⁵ En este sentido, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, p. 83; VEST, H., „Humanitätsverbrechen – Herausforderung für...“, *op. cit.*, pp. 463 ss.; GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional: especial consideración del delito de genocidio*. Madrid: Tecnos, 1999, pp. 27 ss.; de la misma, “Die Tatdestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermordes in Römanischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs”. *ZStW*, vol. 112, nº 2, 2000, pp. 382 ss. Así, por ejemplo, para esta doctrina en los crímenes contra la humanidad (art. 7 del ECPI) se protegen bienes jurídicos individuales concretos: vida, integridad física, libertad, etc. En cambio, en el delito de genocidio (art. 6 del ECPI) se tutela un bien jurídico supraindividual: la existencia del grupo.

³³⁶ En este sentido, TRIFFTERER, O., “Preamble”..., *op. cit.*, p. 8, nm 9; WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 82 ss. En esta línea, con ulterior referencia, GIL GIL, Alicia, *Derecho Penal Internacional...*, *op. cit.*, p. 29, nota 21.

³³⁷ Expresamente en este sentido, GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional...*, *op. cit.*, pp. 29 ss.

Pero, por otro lado, creemos que no es cierto que los mismos sean, como parece afirmar GIL GIL, “bienes jurídicos colectivos que hacen referencia a las condiciones indispensables para el desarrollo real y efectivo de los bienes individuales”³³⁸.

La tesis que afirma que la paz internacional, y por extensión la seguridad y bienestar de la humanidad³³⁹, son bienes jurídicos colectivos, se corresponden con la extendida tesis de los llamados delitos contra la paz pública. Para HEFENDEHL, “normalmente se entiende como paz pública un estado de seguridad jurídica general así como de conciencia en los ciudadanos de estar y seguir estando protegidos en sus intereses legítimos garantizados por el ordenamiento jurídico, con el consiguiente efecto tranquilizador”³⁴⁰. Equivalentemente, una perturbación (lesión) de la paz, seguridad y bienestar de la humanidad existiría, conforme a esta tesis, cuando un cierto número, indeterminado pero en todo caso grande, de grupos de poblaciones de uno o varios Estados hubieran visto menoscabada su confianza, al menos transitoriamente, en la eficacia protectora del ordenamiento jurídico internacional³⁴¹. Aquí, hace falta un objeto de confianza individual o supraindividual suficientemente concreto³⁴² como, por ejemplo, la existencia del grupo o la base económica de una nación, que proporcione a los individuos máximas de acción o conducta. Igual que ocurre con el orden jurídico nacional, la mencionada confianza en la eficacia protectora del ordenamiento jurídico

³³⁸ *Ibidem*, pp. 35-36, “...entre ellos se encontraría, en mi opinión, entre otros, la paz internacional...”

³³⁹ Debe tenerse en cuenta la postura de WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, p. 82; respecto a que estos tres bienes jurídicos no pueden distinguirse absolutamente entre sí.

³⁴⁰ HEFENDEHL, Roland, „Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm“. En: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie...*, *op. cit.*, p. 124.

³⁴¹ *Ibidem*.

³⁴² *Ibidem*.

internacional no es capaz de desplegar una eficacia legitimadora de la intervención del DPI³⁴³.

En los crímenes de derecho internacional, cuando se hace alusión a su trascendencia para la paz, la seguridad y bienestar de la humanidad, estos últimos conceptos se están manejando como convicciones valorativas comunes, genéricas y abstractas, que en el fondo vienen a identificarse con el concepto de “orden internacional”. Sobre estos valores existe en el mundo consenso global, por tanto, deben ser protegidos a través del sistema coactivo internacional. Sin embargo, para evitar equiparar esos valores a un bien jurídico, proponemos orientar el plano conceptual, en primer lugar, a las necesidades de criminalización y no recurrir de forma tan inmediata a valores comunes. De este modo, las interrelaciones entre estos valores y los bienes jurídicos individuales vienen únicamente a argumentar la dañosidad de determinadas conductas para el orden internacional y la necesidad de su sanción por el DIP. Como remarca HEFENDEHL, “la idoneidad para perturbar la paz pública no presupone la posibilidad de su ausencia, sino una acción capaz de causar inseguridad en una pluralidad de individuos”³⁴⁴. Siguiendo esta interpretación, se evita, asimismo, la pregunta imposible de concretar de cuándo resulta lesionado el bien jurídico paz, seguridad y bienestar de la humanidad: si para ello es preciso la falta de paz, seguridad y bienestar de varios individuos, de una pluralidad indeterminada o de toda la humanidad.

Ahora bien, resulta inobjetable la existencia de una relación entre los crímenes de derecho internacional y las amenazas para la paz, seguridad y bienestar de la humanidad. Cuando la magnitud y la gravedad de la conducta son suficientemente relevantes, y además responde a una política o plan de

³⁴³ En similar sentido, *Vid.*, HEFENDEHL, R., „Das Rechtsgut als materialer...“, *op. cit.*, pp. 124-125. Igual de crítico se muestra, AMELUNG, Knut, „Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz“. En: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie...*, *op. cit.*, pp. 171 ss., con los denominados bienes jurídicos aparentes (*Scheirechtsgüter*).

³⁴⁴ *Vid.*, HEFENDEHL, R., „Das Rechtsgut als materialer...“, *op. cit.*, p. 125.

quien ejerce el poder, o es tolerada, o simplemente no puede ser reprimida por éste, la misma adquiere relevancia en el orden público internacional. Esta relación justifica la internacionalización de la criminalización de las conductas comprendidas en los tipos penales internacionales y nos sirve, por ejemplo, para explicar la exigencia en la configuración de los mismos de bienes jurídicos supraindividuales o que las violaciones de bienes jurídicos individuales sean masivas o sistemáticas³⁴⁵.

La idea de que en el delito de expolio se atenta contra la base económica de una sociedad proviene de la función de complementación del bien jurídico patrimonio público. La forma de destrucción total o parcial de los fundamentos esenciales de la vida económica de una sociedad se realiza, precisamente, a través del ataque a los bienes que integran las riquezas nacionales de esa sociedad. El expolio, tal como fue definido por las Naciones Unidas: entraña vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, amenaza la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados. El expolio es la negación de los derechos económicos, sociales y culturales de grupos humanos enteros. Si retomamos como modelo la configuración típica del genocidio, tal como fue definida por la Resolución 96 (I) del 11 de diciembre de 1946 de la Asamblea General³⁴⁶, podríamos decir que: el expolio –hecho global– es ante la malversación (peculado, apropiación indebida u otras formas de desposesión) –hecho individual– lo que el genocidio –hecho global– ante el homicidio –hecho individual–.

³⁴⁵ En similar sentido, GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional...*, *op. cit.*, pp. 36 ss.

³⁴⁶ *Vid.*, Anuario de las Naciones Unidas, 1946-1947, pp. 255-256 (disponible en: <http://unyearbook.un.org/>): “El genocidio es la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, como el homicidio es la negación del derecho a la vida de seres humanos individuales; tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa grandes pérdidas a la humanidad en la forma de contribuciones culturales y de otro tipo representadas por esos grupos humanos y es contraria a la ley moral y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas...”

La protección de los fundamentos esenciales de la vida económica de una sociedad como bien jurídico supraindividual distinto al patrimonio público, se justifica en atención al criterio de gravedad (“*seriousness*”), el cual nos permite, de acuerdo a las conductas, clasificar los tipos de daños (*harms*) en términos de su gravedad. La diversa magnitud del daño producido significa la distinta naturaleza de los bienes jurídicos en juego y diferentes formas de lesión de los mismos y, en consecuencia, exigen tratamientos diferentes e incompatibles. Así, el bien jurídico patrimonio público queda ya lesionado con la acción de desposesión de un bien integrante de ese patrimonio. Pero cuando los resultados de lesión del patrimonio público forman parte de un ataque masivo o sistemático que representan un factor idóneo de magnificación del daño, estos resultados únicamente suponen la peligrosidad de la conducta para la base económica de una sociedad y para los derechos fundamentales de las generaciones presentes y futuras³⁴⁷.

De modo que, cada uno de los actos individuales mediante cuya realización se consuma formalmente el delito de expolio constituye, por tanto, únicamente el medio para la consecución del fin. Trasladándonos a la estructura paralela de la tentativa se trataría de los diferentes actos ejecutivos cometidos en el curso de la conducta dirigida a la lesión del bien jurídico³⁴⁸. El delito se consumaría formalmente con el menoscabo (la desposesión) de una parte ínfima del objeto material del bien jurídico. Tal objeto estaría formado por el conjunto de todos los activos que forman las riquezas seleccionadas por el elemento subjetivo. Sobre esto volveremos en detalle en el siguiente capítulo al analizar los elementos del “modelo tipo” de expolio como crimen de derecho internacional.

³⁴⁷ Así, ROXIN, Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?” En: HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 456; admite una ampliación del principio de protección de bienes jurídicos, extendiendo el contrato social del círculo de personas vivientes a las generaciones futuras para, por ejemplo, proteger el clima.

³⁴⁸ Así, sobre el genocidio, GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional...*, *op. cit.*, pp. 180 ss.

A partir de la premisa plasmada *supra*: nuestra interpretación del expolio está marcada por la protección de la base económica de una sociedad, siendo los diferentes ataques a bienes jurídicos individuales solamente las formas de comisión de este delito, en el expolio el bien o activos integrantes del patrimonio público en el que se materializa el ataque cometido contra las bases económicas de una sociedad no es, en principio, otra cosa que el objeto de la conducta. Para saber si es además el objeto o parte del objeto del bien jurídico, o cuál es su relación con éste, deberemos de previo indagar y pronunciarnos sobre el concepto de patrimonio y sobre la consideración que de éste y de otros (aparentes) bienes jurídicos se realiza en las configuraciones típicas de conductas desposesorias que a lo interno de sus respectivos modelos realizan algunos Estados integrantes del sistema jurídico romano-germánico.

IV. Modelos de incriminación y criterios de justificación para la persecución penal de la apropiación del patrimonio público

Centrándonos en el particular estudio de las conductas apropiatorias del patrimonio público, la UNCAC introduce por primera vez a nivel mundial la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito la malversación, peculado, la apropiación ilícita u otras formas de apropiación de bienes y/o fondos públicos o privados que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo³⁴⁹. De este modo las Naciones Unidas, respetando la diversidad de

³⁴⁹ Art. 17 UNCAC: “*Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público.* Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o

tradiciones jurídicas de los Estados parte, deja a estos en libertad de escoger el modelo de incriminación siempre que se adecue a las necesidades de control y persecución penal de estas conductas.

Se puede afirmar de modo general, que la configuración como delito de las referidas conductas ha sido plasmada en su gran mayoría por los Estados parte del sistema de Naciones Unidas en sus sistemas jurídicos internos y según sus propias particularidades. Todo ello, subraya aún más el nivel de complejidad de la cuestión y la necesidad del seguimiento de una sistemática que en un primer momento nos conmina a realizar un estudio comparado que destaque el tratamiento de los aspectos fundamentales que se proponen en algunos sistemas legales continentales.

1. La búsqueda de un bien común o genérico como criterio sistemático de agrupación de los delitos cometidos en el ejercicio de funciones públicas

Históricamente en el ordenamiento italiano y, en los ordenamientos que le son próximos por tradición jurídica³⁵⁰, como es el caso de España y los pertenecientes a la América Latina, las conductas de apropiación del patrimonio público como preceptos dentro del código penal han sido sistemáticamente ubicadas dentro de un conjunto de delitos que si tienen algo común entre todos ellos, con verdadera certeza, es una incesante fluctuación en las posturas sobre el contenido material de injusto³⁵¹.

títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo”.

³⁵⁰ En detalle sobre la evolución de la estructura de estos ilícitos, SESSA, A., *Infedeltà e oggetto della tutela...*, op. cit., p. 121 ss.

³⁵¹ No falta quienes en el debate actual afirmen encontrar consenso al respecto, así por ejemplo véase ARROYO/BERDUGO/FERRÉ/GARCÍA/SERRANO/TERRADILLOS (dirs.), *Comentarios al código penal*. Madrid: Iustel, 2007, p. 869.

En cuanto a la regulación italiana, encontramos el precepto que sanciona penalmente la apropiación de bienes públicos en la figura del *peculato* del art. 314 del código penal vigente desde 1930, dentro del Título II del Segundo libro que contempla los delitos contra la Administración Pública (*Dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*). Este título ha sido tradicionalmente abordado desde una perspectiva de la infracción de los deberes inherentes al cargo. Es decir, que en la interpretación que de estos delitos se ha hecho, ha dominado históricamente la referencia a la condición de funcionario del sujeto activo. Actualmente, la doctrina penalista italiana, de forma prácticamente unánime, identifica en este título un objeto de tutela penal categorial que encuentra un referente de rango constitucional haciendo referencia a los principios constitucionales de buen funcionamiento o buena marcha (*buon andamento*) y de imparcialidad a los cuales debe orientarse la actividad administrativa (art. 97 CPI)³⁵².

En particular, *buen funcionamiento* es entendido por la doctrina italiana como un eficiente o regular funcionamiento de la actividad de la Administración pública, como la capacidad de perseguir los fines que le vienen asignados por ley, o sea con máxima adhesión a los intereses públicos. En cuanto a la *imparcialidad*, tal concepto es considerado como un límite o como una especificación del precedente, esto es, en relación de interdependencia con él³⁵³. A luz de lo anterior, hoy se niega relevancia a los valores de probidad y corrección de los funcionarios públicos y del prestigio de la Administración pública³⁵⁴.

³⁵² Por todos, ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale I*. 15ª ed. integrada y actualizada por C. F. GROSSO. Milán: Giuffrè Editore, 2008, p. 285.

³⁵³ *Vid.*, con referencias, CRESPI, Alberto/ STELLA, Federico/ZUCCALÀ, Giuseppe (dirs.), *Commentario breve al codice penale*. Milán: CEDAM, 2003, p. 883.

³⁵⁴ Aunque, algún autor observa en la moderna concepción que estima el buen funcionamiento y la imparcialidad como bienes jurídicos categoriales, una permanencia de la influencia de la concepción organicista. Así, de forma general, SESSA, A., *Infedeltà e oggetto della tutela...*, *op. cit.*, pp. 71 ss. y 95 ss.

En España el código penal de 1995 haciendo eco de las críticas provenientes de la doctrina, adopta una nueva rúbrica para el título bajo el cual agrupa algunos delitos sobre la base de su comisión desde las instituciones estatales, así el Título XIX se denomina “De los delitos contra la Administración pública”³⁵⁵. Esta rúbrica adoptada por el código español en 1995, fue incorporada ya en 1974 por la legislación nicaragüense en el anterior código penal (“Delitos contra la Administración pública”) y que se reproduce literalmente en el también Título XIX del nuevo CPN. Dicha rúbrica surge en estos sistemas con la impronta del Título II del Código penal italiano. Por ende, en lo que a este título se refiere, las legislaciones española y nicaragüense son herederas de las insuficiencias tecno-jurídicas de la regulación italiana³⁵⁶. Con todo, la nueva rúbrica del Título XIX del CPE, como no podía ser de otro modo,

³⁵⁵ Título que a su vez es heredero, en esencia, de los tipos penales que se recogía en el código penal de 1973 en su Título VII bajo la rúbrica “De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”. Desde tiempos previos a la reforma el debate estaba abierto en torno a la insuficiencia de agrupar en el título VII del anterior código una serie de delitos atendiendo exclusivamente a la condición especial de los sujetos activos de los mismos, y de aquellas otras que situaban secularmente el elemento aglutinador en la infracción de los deberes del cargo, criterios situados fuera de la propia esencia de las infracciones penales. Así, CASABÓ RUÍZ, José, “Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”. En: del mismo (dir.), *Escritos penales*. Vol. 8 de Colección de Estudios. Valencia: Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal - Universidad de Valencia, 1979, pp. 190 ss. Este autor se mostró muy crítico ante las novedades que pretendía introducir el Anteproyecto de Código Penal de 1979, que preveía la introducción de un título dedicado a los delitos contra la Administración pública. Principalmente, consideró CASABÓ RUÍZ, que “con esta rúbrica se pone el acento en los propios intereses de la Administración que pueden ser distintos y aún contrarios a los generales”, y además que, “la idea de Administración Pública como uno de los poderes en que se divide el Estado no sirve, con lo que no entraña progreso político alguno, pues obliga a buscar un concepto lo más amplio posible de Administración Pública que prácticamente resulta inválido por su excesiva generalidad”. Para una visión global más reciente de las posturas a favor y en contra sobre el cambio de rúbrica introducido por el vigente CPE, entre muchos otros, véanse OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *La prevaricación del funcionario público*. Madrid: Civitas, 1980, p.135 ss.; MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de malversación...*, op. cit., pp. 44 ss.; ROCA AGAPITO, Luis, *El delito de malversación de caudales públicos*. Barcelona: Bosch, 1999, pp. 66 ss.; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración...*, op. cit., pp. 115 ss.

³⁵⁶ Cfr., MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de malversación...*, op. cit., p. 46. Críticamente sobre el modelo italiano, FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo, *Diritto Penale. Parte Speciale*. Vol. I, 4ª ed. Bolonia: Zanichelli Editore, 2007, pp. 158-166.

no se haya exenta de críticas³⁵⁷, perdurando con fervor la vieja polémica desatada en España en torno a la agrupación de este conjunto de delitos³⁵⁸.

A nuestro modo de ver, si se atiende aquello de que la rúbrica de los títulos sólo puede venir deparada por la regulación positiva misma³⁵⁹ y la idea a la que la ley le ha dado mayor importancia³⁶⁰, debe procurarse para el título que contengan este conjunto de delitos una rúbrica que no deje lugar a dudas que lo que se desea destacar es un sustrato servicial incardinado a la procura y posibilitación del bienestar de los ciudadanos.

Todo lo anterior permite observar que primero la doctrina italiana, y con posterioridad la española, se han empeñado en encontrar argumentos que justifiquen la decisión legislativa de agrupar delitos tan dispares. De esta forma, se ha consolidado la tesis de un bien común o genérico como argumento justificante de la agrupación sistemática de unos tipos penales tan disímiles³⁶¹.

³⁵⁷ Desde un sentido crítico, véanse entre otros, CASABÓ RUÍZ, J., "Introducción al estudio...", *op. cit.*, pp. 194 ss.; ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación...*, *op. cit.*, p. 68. En defensa de esta rúbrica, véase MORALES GARCÍA O., *Los delitos de malversación...*, *op. cit.*, pp. 46-47. Para este último autor, dicha rúbrica se vio influencia por la legislación italiana y por tanto, aquélla es heredera de las insuficiencias técnico jurídicas de ésta.

³⁵⁸ Desde tiempos previos a la reforma el debate estaba abierto en torno a la insuficiencia de agrupar en el título VII del anterior código una serie de delitos atendiendo exclusivamente a la condición especial de los sujetos activos de los mismos, y de aquellas otras que situaban secularmente el elemento aglutinador en la infracción de los deberes del cargo, criterios situados fuera de la propia esencia de las infracciones penales. Para una evolución histórica general de la regulación en España de estos delitos, puede verse a OLESA MUÑIDO, Francisco, "El delito de malversación por sustracción de caudales o efectos públicos en el vigente código penal español". En: MIR PUIG/CÓRDOBA RODA/QUINTERO OLIVARES (coords.), *Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria*. t. I. Barcelona: Bosch, 1983, pp. 621-631; CASABÓ RUÍZ, J., "Introducción al estudio...", *op. cit.*, pp. 174-198.

³⁵⁹ Así, ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación...*, *op. cit.*, p. 69.

³⁶⁰ CASABÓ RUÍZ, J., "Introducción al estudio...", *op. cit.*, pp. 196; "Cuando los delitos se agrupan, siempre es en virtud de un postulado que atiende a cuento tienen de común en ese punto, y la rúbrica sirve de guía para conocer la idea a la que la ley le ha dado mayor importancia. Una buena clasificación será aquella que acierte a atender las características principales, abandonando las meramente secundarias y el epígrafe sea una clara pista para encontrar y conocer esa característica".

³⁶¹ Insisten en ello, entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *El delito de prevaricación de funcionario público*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1997, pp. 22 ss.; del mismo: "Los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual". En: ORTS BERENGUER, Enrique (dir.), *Delitos de los funcionarios públicos*. CDJ, Madrid, nº 4, 1994 pp. 61-62. Para una reseña de estas posturas, VALEIJE ALVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento*

En esta línea de esfuerzos, la interpretación de tales delitos ha tenido por mucho tiempo como elemento dominante la referencia a la cualidad de ser funcionario el sujeto activo³⁶². Lo cual, parece subrayar la idea de dependencia y subordinación, y consiguientemente facilita una visión de estos delitos desde la mera infracción de los deberes inherentes al cargo³⁶³, una concepción subjetiva del injusto desde el punto de vista de la relación entre el Estado y el funcionario³⁶⁴ y que tenían su claro reflejo en las rúbricas bajo las cuales estos delitos se agrupaban en los anteriores códigos penales español³⁶⁵ y nicaragüense³⁶⁶.

penal de la corrupción de funcionario. El delito de cohecho. Madrid: EDERSA, 1995, p.26; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier, "Malversación de caudales públicos". En: ASUA BATARRITA, A., *Delitos contra la...*, *op. cit.*, p. 182.

³⁶² Al respecto, CASABÓ RUÍZ, J., "Introducción al estudio...", *op. cit.*, pp. 190 ss.; este autor explica la permanencia de la agrupación de estos delitos en el valor histórico que ha tenido el juicio de residencia en la legislación española y en el ansia para asegurar la punición de los mismos frente a la situación de privilegiada impunidad en que pudieran encontrarse. Por su parte, MAGALDI PATERNOSTRO, María, "La prevaricación de abogado y procurador". En: ORTS BERENQUER, E. (dir.), *Delitos de los funcionarios...*, *op. cit.*, p. 106; anota respecto al hoy título XIX del CPE, como los comentaristas clásicos, partieron del carácter de funcionario público de los sujetos como base indispensable del núcleo aglutinante de las figuras en él recogidas, y que entendieron que la razón del ser del título radicaba en la "falta de oficio" o necesidad de protección frente a posibles abusos de los empleados públicos. Se inicia, de este modo, a decir de esta autora, "una línea doctrinal que llega, por inercia, hasta nuestros días, la cual sitúa el acento de la prohibición en la condición de funcionario y, esencialmente en la infracción del deber del cargo que tal condición comporta".

³⁶³ *Vid.*, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M./SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español...*, *op. cit.*, pp. 1124-1130. Algunas de las críticas más dura hechas al anterior Título VII provienen de estos autores, que lo calificaron como "un residuo histórico de figuras que no han hallado mejor acomodo en otros lugares del Código". Incluso, llegaron a vaticinar la desaparición de este título.

³⁶⁴ Al respecto, MORALES GARCÍA O., *Los delitos de malversación...*, *op. cit.*, pp. 44 -45; así, este autor refiriéndose al Título VII del CPE de 1973, que la doctrina pretendiendo extraer como factor de unidad en este título la condición de funcionario público del sujeto activo, esta condición "era reclamada a través de ficciones jurídicas consistentes en la equiparación como tales de los particulares desvinculados de cualquier participación en el ejercicio de funciones públicas". Algo que reconoce sigue ocurriendo aún hoy en los delitos de malversación. Con anterioridad de forma crítica RODRÍGUEZ DEVESA, J. M./SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español...*, *op. cit.*, pp. 1125 ss.

³⁶⁵ De este modo el código penal español de 1973 en su Título VII bajo la rúbrica "De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos".

³⁶⁶ Título VII: "Delitos peculiares de los funcionarios y empleados públicos", del Decreto N° 297 de 1 de abril de 1974, publicado en La Gaceta N° 96 de 3 de mayo de 1974.

En nuestra opinión, los cambios legislativos operados en España con adopción de la rúbrica a la que venimos refiriéndonos, es producto, una vez más, de la búsqueda de un rasgo unificador que justifique una agrupación sistemática de un grupo de delitos, forzándose la idea de la existencia de un bien jurídico común a todos ellos. Así vemos, que se pasa de tratar de sistematizar determinado grupo de delitos en función del sujeto activo (funcionarios públicos) a sistematizarlos, al menos nominalmente, en función del sujeto pasivo (Administración pública)³⁶⁷, lo que no supone, contrario a lo que un gran sector de la doctrina quiere hacer ver³⁶⁸, adoptar un criterio clasificatorio guiado por el bien jurídico, sino, seguir empeñados en una concepción organicista. De manera que, los títulos rubricados como “contra la Administración pública”, comprenden un conglomerado residual de delitos a los que no se ha visto encaje en otro lugar de los cuerpos normativos, hecho indiciario de la inexistencia de un bien jurídico común al que referir todas las normas cobijadas bajo la precitada rúbrica³⁶⁹.

En este último sentido, ya desde hace un tiempo la doctrina que teoriza sobre los denominados –en nuestra opinión erróneamente–, delitos contra la Administración, se inspira en una nueva perspectiva de enfoque de los mismos. Así, se han elaborado diferentes propuestas de objeto de tutela general en el sentido dogmático del término tales como: “el correcto funcionamiento de la Administración pública conforme a los cánones constitucionales”³⁷⁰; “los

³⁶⁷ Para MUÑOZ CONDE, F., *Parte especial...*, *op. cit.*, p. 984; la referencia a la Administración que hace la rúbrica de este título, no es más que el marco en el que se realizan los delitos que en el mismo título se tipifican.

³⁶⁸ Así, aparentemente, DE LA MATA BARRANCO, Norberto, “¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?”. *Eguzkilore*, San Sebastián, nº 23, 2009, pp. 248-249.

³⁶⁹ Crítica que en su día hiciera RODRÍGUEZ DEVESA, J. M./SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español...*, *op. cit.*, p. 1124, al título VII del anterior Código penal español, que resulta totalmente aplicable al título XIX del actual Código penal español.

³⁷⁰ Así por ejemplo, ASUA BATARRITA, A., “La tutela penal...”, *op. cit.*, p. 23; en similar sentido OCTAVIO DE TOLEDO, E.; *La prevaricación del funcionario...*, *op. cit.*, *passim*, especialmente p. 141; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *La prevaricación judicial*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 24; en similar sentido, MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*. Barcelona: Bosch, 2000, pp. 19-20. Asimismo en la jurisprudencia española, pueden verse entre

servicios que los poderes públicos han de prestar a la comunidad³⁷¹; la “función pública como actividad de prestación a los administrados”³⁷². O, ideas como la lesión a la Administración pública; la lesión de la confianza pública; la funcionalidad de los aparatos estatales; y, últimamente, simplemente la función pública³⁷³ o la función pública y su correcto o eficaz ejercicio^{374/375}; los diversos servicios de la función pública³⁷⁶, o, los servicios que los poderes públicos han de prestar a la comunidad³⁷⁷. De forma que, hay quienes han sostenido que los ilícitos penales en mención son delitos contra la función pública, cometidos por

otras, SSTS 4 octubre 1990 [RJ 1990, 7649], 8 octubre 1991 [RJ 1991, 7272], 19 junio de 1995 [RJ 1995, 4826], 1 abril 1996 [RJ 1996, 3759]. *Vid.*, en sentido crítico, por todos, SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna*. Granada: Comares, 2003, pp. 181 y ss. En sentido contrario, como bien anota MAGALDI PATERNOSTRO, M.: “La prevaricación...”, *op. cit.*, p. 108: “Entender que el bien jurídico primordial protegido en el Título es el correcto funcionamiento de la Administración Pública o su buena imagen, que se ve lesionada, en lo que a la confianza que los administrados deben tener en su honesto y correcto funcionamiento se refiere, por la vulneración de los deberes de cargo por parte de quienes la integran, enturbian la solución posible al tema que nos ocupa, amén de configurar un no deseable entendimiento de las relaciones Administración-ciudadano”.

³⁷¹ Así, VIVES ANTÓN, Tomas, “La responsabilidad de los jueces en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial”. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, nº 9, 1984-1985, p. 277.

³⁷² DE LA MATA BARRANCO, N., “¿Qué interés lesionan...”, *op. cit.*, p. 249; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación...*, *op. cit.*, p. 22.

³⁷³ Así, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Los delitos de los funcionarios públicos...”, *op. cit.*, p. 62; MAGALDI PATERNOSTRO, M., “La prevaricación de abogado...”, *op. cit.*, p. 110 y 116. Si bien, esta última autora comparte la idea de función pública como bien jurídico genérico de los tipos del título en referencia, se ve compelida a reconocer que resulta “difícil delimitar lo que es correcto ejercicio de la función sin atender a los deberes propios del funcionario que la desempeña, pero ello puede hacerse configurando objetivamente el deber”. Dicho esto, la autora no dice como puede objetivarse ese deber sin centrar el injusto en la lesión del vínculo funcional.

³⁷⁴ Al respecto, MORALES GARCÍA; O., *Los delitos de malversación...*, *op. cit.*, pp. 46-47.

³⁷⁵ Para una visión ilustrativa de la existencia de una noción heterogénea de esta expresión en el Derecho Administrativo, véase por todos, PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*. 7ª ed. Madrid: DYKINSON, 2003, *passim*. Véase de forma especialmente crítica sobre la función pública como bien jurídico categorial, VALEIJE ALVAREZ, Inmaculada, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”. *CPC*, Madrid, nº 62, Edersa, 1997, pp. 463 ss.

³⁷⁶ En este último sentido, aunque hablando de un referente común, ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación...*, *op. cit.*, p. 67.

³⁷⁷ ORTS BERENGUER, Enrique: “Revelación y uso indebido de secretos e información”. En: ORTS BERENGUER, E. (dir.), *Delitos de los funcionarios...*, *op. cit.*, p. 222; VIVES ANTÓN, T., “La responsabilidad de los jueces...”, *op. cit.*, p. 277.

aquellos que pueden atacarla desde *dentro*, es decir, cuando actúan desde su interior (cuando realizan esa función pública)³⁷⁸. Pero, igualmente hay quienes llaman la atención sobre el hecho de que esos ataques también pueden venir del exterior cuando son perpetrados por personas ajenas a esa función³⁷⁹.

Con la anterior línea de ideas se trata de abandonar –sin conseguirlo– la teoría organicista y para ello se afirma que “lo que se trata de tutelar no es un ente abstracto con independencia de su función jurídico-social, sino su correcto funcionamiento para que pueda servir con eficacia y objetividad a los intereses generales”³⁸⁰. En fin, una tautología para afirmar que lo que se protege es un ente abstracto en dependencia de su función jurídico-social para que pueda servir con eficacia y objetividad a los intereses generales. De este modo, se objetiviza a la Administración orientando la concreción del bien jurídico hacia su buen funcionamiento. Así, actualmente la doctrina española mayoritaria sigue a la doctrina italiana y opta por considerar como bien jurídico de los denominados delitos contra la Administración pública, genéricamente, el *buen funcionamiento de la administración*³⁸¹.

³⁷⁸ En este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, E., *La prevaricación del funcionario...*, *op. cit.*, p. 143; en el mismo sentido y siguiendo a este autor, GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación...*, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

³⁷⁹ *Vid.*, en esta línea, MORALES PRATS, Fermín/RODRÍGUEZ PUERTA, María José, “Título XIX: Delitos contra la Administración pública. Cometario”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 9ª ed. Pamplona: Aranzadi, 2011, p. 1684; por todos, DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *La respuesta a la corrupción pública: Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*. Granada: Comares, 2004, *passim*.

³⁸⁰ DE LA MATA BARRANCO, N., “¿Qué interés lesionan...”, *op. cit.*, p. 249.

³⁸¹ *Vid.*, en contra, *Ibidem*, pp. 249-250. Desde una crítica generalizada a esta postura DE LA MATA BARRANCO matiza que, esta concepción no precisa el bien tutelado, que no puede entonces desarrollar su función crítica e interpretativa como criterio legitimante de la prohibición penal. Agregando que, la consideración del correcto funcionamiento de la Administración como bien jurídico categorial, es una referencia genérica y poco indicativa del contenido sustancial del injusto de cada una de las figuras que tradicionalmente se agrupan en la antedicha rúbrica, insuficiente además para determinar la necesidad de tutela penal y de la pena.

Contestes con DE LA MATA BARRANCO, consideramos que el núcleo esencial del injusto de cada particular tipo penal de entre los que se enmarcan en el conglomerado en mención, deberá concretarse por ello a partir de las características esenciales del proceso o función pública de que se trate, es decir, basado en los principios que inspiran cada sector de la

Sin embargo, en las últimas décadas, la mencionada concepción de un bien jurídico genérico ha sido objeto de importantes críticas en el contexto de las discusiones científicas en España³⁸², hallándose dividida en este punto, ya que algunos autores rechazan la existencia de un bien jurídico categorial³⁸³. Esta última idea, que aquí compartimos, sostiene la necesidad de determinar la existencia o ausencia en cada tipo penal de un específico interés jurídico tutelado³⁸⁴.

La discusión que intenta determinar un bien jurídico categorial se ha imbricado prolija e innecesariamente. Si bien, un estudio en conjunto de los delitos que se comenten en el seno de las instituciones públicas como fenómeno político-social y/o jurídico es de gran importancia, del análisis hecho sobre la dogmática que se ha ocupado del debate referido a la búsqueda de criterios o factores de unidad que justifiquen una ubicación sistemática bajo un mismo título de este conjunto de delitos, lo que más destaca, son los pocos, por no decir nulos, avances dogmáticos y prácticos que puede extraerse como aportes de esta discusión para la comprensión específica de los tipos penales integrados en el título señalado. Con ello se ha distraído la atención e introducido elementos de distorsión en detrimento de lo que aquí consideramos realmente esencial, esto es, la búsqueda del objeto de tutela y el contenido del sustrato material de cada uno de los tipos concretos³⁸⁵. Naturalmente, no pretendemos

actuación estatal. De esta forma, el *buen funcionamiento de la administración* será “objeto de tutela penal cuando su afección se acompaña de lesión a intereses que puedan cifrarse de forma específica y, aceptado exclusivamente como punto de arranque para averiguar el objeto de protección concreto de estos delitos, ha de sustituirse por otros referentes más concretos”.

³⁸² Así, entre muchos otros, ORTS BERENGUER, E., “Revelación y uso indebido...”, *op. cit.*, p. 213; OCTAVIO DE TOLEDO, E.: *La prevaricación del funcionario...*, *op. cit.*, p. 237.

³⁸³ MUÑOZ CONDE, F., *Parte especial...*, *op. cit.*, p. 984; “...respecto a los delitos recogidos ahora en el Título XIX se hace difícil encontrar un *bien jurídico* común a todos ellos, que sólo puede hallarse en un vago quebrantamiento de deberes profesionales o en la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración pública en general, conceptos poco indicativos de la naturaleza de estos delitos”. *Cursiva en original.*

³⁸⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M./SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español...*, *op. cit.*, p. 1130.

³⁸⁵ Sirve como paradigma el debate introducido en la dogmática penal sobre el rendimiento interpretativo de un concepto de Administración pública formulado como supra-entidad

negar aquí lo evidente, como es la existencia de unos rasgos comunes y esenciales a estos delitos, pero cosa muy distinta es pretender a través de juegos de equilibrios interpretativos derivar de esos rasgos comunes un bien jurídico genérico³⁸⁶.

Si por razones de técnicas de integración, de sistemática estructural de los cuerpos normativos o de política criminal se recurre a la agrupación de conductas delictivas que son comprensivas del desempeño o en relación de alguna función pública, se debe estar plenamente consciente que tal agrupación se realiza por tales razones y con base en algunos criterios o rasgos comunes (como puede ser algunas características especiales del sujeto activo, el contexto donde los hechos se producen, la *ratio legis*) sin pretender de forma fantasiosa que una rúbrica exprese la existencia de un bien jurídico categorial verdaderamente inexistente simplemente para justificar una decisión técnica que no se es capaz de justificar con otros argumentos.

Planteada la cuestión en tales términos, resultan paradigmáticos por su acierto, el criterio al que responden, por un lado, el Capítulo XXIX del *StGB*, cuya rúbrica es “delitos en la función” (*Straftaten im Amte*), y por otro lado, la rúbrica “de los delitos cometidos en el ejercicio de funciones públicas” (*dos crimes cometidos no exercicio de funciões públicas*) del Capítulo IV, Título V del Código Penal Portugués. Tales rúbricas no dejan lugar a dudas que el criterio aglutinador de las conductas criminales que los respectivos capítulos contienen, no es otro que el hecho de que estas acciones se produzcan en el ejercicio de una función pública. Esto es, dentro de las instituciones del aparato estatal³⁸⁷. Con ello no se pretende afirmar que el ejercicio de esta última, como criterio

compresiva del conjunto de las funciones estatales (administrativas, judiciales y legislativas). Para ello, puede verse por todos, *ibídem*, pp. 111 ss.

³⁸⁶ Al respecto pueden verse la inconsistencia de los argumentos planteados por GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación...*, *op. cit.*, pp. 22 ss.

³⁸⁷ En la doctrina italiana SESSA, A., *Infedeltà e oggetto della tutela...*, *op. cit.*, pp. 149, realiza una propuesta similar. Así, ha propuesto la creación de un título en el CPI bajo la rúbrica “Los delitos en la actividad administrativa pública” (*I delitti nelle attività amministrative pubbliche*).

aglutinador, constituya un bien jurídico genérico, independientemente de que ese bien jurídico genérico se busque en otros criterios. Este criterio no permite que se produzca una revitalización de la teoría organicista por medio de una infructuosa búsqueda de un bien jurídico genérico. Porque la modalidad de comisión (cometer el delito mediante el ejercicio de una función pública) se presenta como un criterio que permite entender sistemáticamente en línea objetivo-funcional los bienes jurídicos de los respectivos delitos que aglutina como instrumentos para la realización de los máximos valores de la convivencia, “que en términos constitucionales se traduce en la funcionalización de la actividad para el desarrollo de la persona y para la realización de los derechos inviolables del hombre”³⁸⁸.

Con todo, resulta aun más significativo el hecho que el legislador alemán haya optado por punir las conductas apropiatorias de bienes públicos mediante el tipo común del § 246 de apropiación indebida (*Unterschlagung*)³⁸⁹ del *StGB*, desde que con la reforma de la antigua versión del *StGB* por la *EGStGB* de 1974³⁹⁰, se derogaron los §§ 350 y 351 (*Amtsunterschlagung*) contenidos en el referido Capítulo XXIX y que se identificaban con la malversación por apropiación como forma de aparición de un delito especial impropio. El actual tratamiento penal de la apropiación de patrimonio público por funcionario no contempla la posibilidad de considerar como factor agravante ni el carácter

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 97.

³⁸⁹ LÓPEZ DÍAZ, Claudia (trad.): *Código Penal Alemán*. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 88: “§ 246. **Apropiación indebida**

(1) Quien se apropie antijurídicamente de una cosa mueble ajena o la adjudique a otro, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa si el hecho no está castigado con pena más grave en otras disposiciones.

(2) Si en los casos del inciso 1 la cosa ha sido encomendada al autor, entonces el castigo será pena privativa de libertad hasta cinco años o multa.

(3) La tentativa es punible”.

³⁹⁰ *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB)* de 2 de marzo de 1974.

público del patrimonio, ni la comisión de la conducta en el ejercicio de una función pública³⁹¹.

Para finalizar, una correcta sistemática que tenga como criterio aglutinador el bien jurídico, ubica los delitos ahora en estudio dentro del título reservado a los delitos contra la hacienda pública³⁹². Dentro de esta línea discursiva, resulta sumamente significativo a modo de ejemplo, que en el anterior Código Penal de la República Popular China de 1979, la tipificación de la conducta de cualquier funcionario que se aprovecha de su posición para confiscar, hurtar, estafar o para adquirir una propiedad perteneciente al Estado o al pueblo de forma colectiva, utilizando cualquier otro medio ilegal, se encuentre en el capítulo de los delitos contra la propiedad³⁹³.

³⁹¹ Así, por ejemplo ESER, Albin, „§242“. En: *Strafgesetzbuch Kommentar*. Múnich: C. H. Beck, 2001, nn. mm. 2 y 12, pp. 1950-1951 y 1953.

³⁹² Interesante resulta la posición que en España sostiene QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*. 6ª ed. rev. y act. Barcelona: Atelier, 2010, pp. 797 ss.; que ubica de forma sistemática a la malversación dentro del título reservado a los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social. Justificando esta sistemática, porque a su modo de ver “los delitos de común llamados fiscales están *emparentados* muy estrechamente con el de *malversación de caudales públicos*, con el que, en definitiva, forman un todo y cierran el círculo de las cajas públicas, en la medida que se protegen algunos de los aspectos más relevantes del *gasto público* ilegítimo. Pero por razones de tradición expositiva, motivada en exclusiva por agavillarse con otras infracciones nucleadas por el legislador en torno al hecho de ser el sujeto activo funcionario, su estudio se viene efectuando también separadamente, lo cual resulta incorrecto. Si los delitos de subvenciones que, a no dudar, suponen un ataque a las cajas públicas en su vertiente de gasto por indebido, carece de sentido no agrupar la fuente ilegítima de gastos más peligrosa, frecuente y abundante: la que proviene de venales funcionarios públicos”. Negrita y cursiva en original.

Del mismo modo, en Italia SESSA, A., *Infedeltà e oggetto della tutela...*, *op. cit.*, pp. 149; partiendo del patrimonio público como objeto de tutela en los delitos de infidelidad personal del público agente, propone una recolocación sistemática de los mismos al interno del Título que contiene “los delitos contra el patrimonio” y que, “según una concepción eclética de los mismos, podría más oportunamente articularse en capítulos dedicados, respectivamente a la tutela del patrimonio individual y a la tutela del patrimonio colectivo-supraindividual, distintamente, público y privado”.

³⁹³ Cfr., WANG, Shizhou: “Introducción al sistema Anti-corrupción de la República Popular China”. *RPC*, Bogotá, n.º. 1, Grupo Editorial Ibañez, 2010, p. 200. En 1997 se promulgó un nuevo Código Penal Chino. En él los delitos de malversación y cohecho, se unificaron en el Capítulo Octavo: Delitos de Malversación y Cohecho. Este capítulo también se denomina en inglés de los delitos de corrupción (*Crimes of Embezzlement and Bribery*).

2. Los delitos de apropiación del patrimonio público como infracción de carácter funcional

En España resulta sumamente controvertida la discusión en torno a la determinación del bien jurídico protegido como criterio justificante para incriminar los comportamientos de apropiación del patrimonio público por funcionarios en el ejercicio de sus cargos, encontrándose esta cuestión matizada, como observamos en el apartado anterior, por la posición sistemática que aquéllos ocupan en los códigos penales. Asimismo, por una confusa y dispar tipificación que puede llegar a reunir la conjugación de conductas de apropiación definitiva con otras de uso o apropiación temporal; la extensión del ámbito típico a quienes no son funcionarios a efectos penales, la equiparación del patrimonio público al patrimonio perteneciente a particulares, la exigencia expresa del ánimo de lucro en algunos tipos y su no contemplación en otros³⁹⁴.

Por supuesto, estas circunstancias no han pasado desapercibidas para la jurisprudencia. Así, el Tribunal Supremo Español sobre el delito de malversación ha declarado que,

“se ha movido siempre en el entorno del confusionismo. Su naturaleza jurídica, su concreta definición o la distinción con otras figuras más o menos afines, ha suscitado dudas, cuando no desconciertos, a la vista de tantas posturas y tantos criterios contrapuestos, doctrinales o jurisprudenciales”³⁹⁵.

³⁹⁴ En este sentido y con ulteriores referencias, *vid.*, CASTRO MORENO, Abraham, *La malversación de caudales en el código penal de 1995*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001, p. 23.

³⁹⁵ STS 22.02.1995. De igual modo, STS 27.09.1991: “La malversación de caudales públicos supone una infracción de evidente transcendencia (sic.) patrimonial que sin embargo en más de una ocasión se ha movido dentro de la mayor confusión cuando no del desconcierto que su propia naturaleza jurídica comporta”; STS 05.03.1992: “El delito de malversación de caudales públicos se ha movido de siempre en el entorno del confusionismo. Su naturaleza jurídica, su concreta definición, o la distinción con otras figuras más o menos afines, ha suscitado dudas cuando no desconciertos a la vista de tantas posturas y criterios contrapuestos, doctrinales o jurisprudenciales”.

Sin necesidad de reseñar toda la evolución histórica de esa discusión, sí puede señalarse que este debate ha venido marcado tradicionalmente, por la atribución doctrinal a las distintas figuras de malversación de una naturaleza administrativa-funcionarial que sustenta el desvalor de acción de esas figuras en la infracción de los deberes de fidelidad a que el funcionario se somete por razón de su cargo³⁹⁶. La superación del dominio de esta concepción en la comunidad científica española ha dado paso recientemente a nuevas perspectivas interpretativas³⁹⁷, fundamentadas en una doble naturaleza jurídica o dualidad de intereses protegidos en estos delitos, realzando como núcleo de desvalor el aspecto patrimonial³⁹⁸ o los aspectos administrativo-funcionariales, siendo preponderante uno u otro aspecto según el autor y tipo concreto bajo estudio. En este marco, nos encontramos con una amplia diversidad de propuestas elaboradas para definir el objeto de protección en estas figuras delictivas que van desde las duales tales como “el patrimonio y el buen funcionamiento de la Administración”³⁹⁹, pasando por las monistas que reconocen un único interés lesionado como es el caso del “correcto funcionamiento de la Administración pública”⁴⁰⁰ o el caso del “patrimonio” en sus diversas concepciones, hasta híbridas en las que se asume el innegable elemento patrimonial de estos delitos pero se le impregna con unos “deberes

³⁹⁶ *Vid.*, en este sentido, SUARÉZ MONTES, Rodrigo, “El delito de malversación de caudales públicos”. *RGLJ*, Madrid, 1966, pp. 867-868. Además, recientemente y la bibliografía ahí citada, MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de malversación...*, *op. cit.*, pp. 45-47. En Italia véase, ANTOLISEI, F., *Parte speciale...*, *op. cit.*, pp. 311.

³⁹⁷ Esto es atribuido a la obra de OCTAVIO DE TOLEDO, E., *La prevaricación del funcionario...*, *op. cit.*, pp. 229-244.

³⁹⁸ Así, CASTRO MORENO, A., *La malversación de caudales...*, *op. cit.*, pp. 23-56. Aparentemente en este mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUARÉZ GÓMEZ, *Manual de derecho penal. Parte especial: delitos patrimoniales y económicos*. 2ª ed. Madrid: Ceura, 1993, p. 35. Asimismo, puede verse una reseña de los autores que han realzado el patrimonio como objeto de tutela en DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación (El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida)*. Barcelona: PPU, 1994, pp. 118-120.

³⁹⁹ Así, entre otros, ORTS BERENGUER, Enrique, “Título XIX-Capítulo VII: De la malversación”. En: VIVES ANTÓN, Tomás (coord.), *Comentarios al código de 1995*. Valencia: Tirant lo blanch, vol. II, 1996, pp. 1858 ss.

⁴⁰⁰ MUÑOZ CUESTA, Javier, “El delito de malversación”. *La Ley: RJEDJB*, nº 5, 1996, p. 1570.

integrantes de la correcta gestión del patrimonio público”⁴⁰¹ o, con “la confianza de los ciudadanos en el manejo de los fondos destinados a los servicios que prestan los poderes públicos”⁴⁰², entre muchos otros.

La jurisprudencia española es abiertamente partidaria de la concepción que exalta los deberes de probidad funcional, la cual hace toda una amalgama en la determinación del objeto de protección jurídico-penal para subrayar los aspectos administrativo-funcionariales⁴⁰³⁴⁰⁴. Si bien, la

⁴⁰¹ ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación...*, *op. cit.*, p. 77.

⁴⁰² ZABALEGUI MUÑOZ, M. del Carmen, “La malversación de caudales públicos”. En: ORTS BERENGUER, E (dir.), *Delitos de los funcionarios...*, *op. cit.*, pp. 158-159. Además de ese valor, la autora también considera que ahí también se protege el erario público, aunque debe advertirse que considera ha este último como el valor primordial de protección.

⁴⁰³ Así, STS 21.07.2005, RECNº 103/2004, RESNº 986/2005: “El delito de malversación quiso tutelar no sólo el patrimonio público sino también el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, de las Comunidades Autónomas o de los Ayuntamientos, así como la confianza del público en el manejo honesto de los caudales públicos y la propia fidelidad en el servicio de los funcionarios que de ellos disponen”. En este sentido también puede verse entre muchas otras, STSE de 14.10.1997, RECNº 3255/1995, RESNº 1237/1997.

Aunque, como ya hemos señalado, la jurisprudencia en esta materia es confusa y errática, ya aludida la tendencia jurisprudencial actual, tradicionalmente se consideraba por la jurisprudencia española a los delitos de malversación como meramente patrimoniales cualificados por la naturaleza del patrimonio y de los sujetos responsables. Para muestra de esto, basta ver la STS del 27.09.1991: “La malversación de caudales públicos supone una infracción de evidente transcendencia (sic.) patrimonial que sin embargo en más de una ocasión se ha movido dentro de la mayor confusión cuando no del desconcierto que su propia naturaleza jurídica comporta.

Aunque se ha llegado a definirla como un delito contra la propiedad cualificado por el abuso de confianza estatal, finalmente se ha impuesto su consideración autónoma e independiente, desligado de otras infracciones punibles.

Contemplándose el patrimonio a la luz de una función puramente administrativa, tampoco cabe duda que el objetivo perseguido con su sanción es la protección de bienes jurídicos diferentes. Son los diversos intereses económicos de las Administraciones Públicas, o entes públicos, lo que prima cuando de estudiar la malversación se trata”.

En CASTRO MORENO, A., *La malversación de caudales...*, *op. cit.*, pp. 32-33, nota 45, se hace una amplia recopilación de este extremo jurisprudencial, a la cual nos remitimos para evitar ociosas reiteraciones.

⁴⁰⁴ STS 25.02.2000: “Por lo demás, y en lo que atañe al delito de malversación impropia que examinamos, la doctrina prevalente de esta Sala viene señalando **que esta figura jurídico-penal no constituye un delito contra la propiedad o el patrimonio, sino contra los deberes de fidelidad que tienen los funcionarios y los particulares asimilados a ellos**, por lo que no es imprescindible para que se considere perpetrado que conste ni la lesión patrimonial que del mismo se haya podido derivar, ni que el ánimo tendencial del autor sea precisamente el lucro como aprovechamiento personal o de un tercero de los bienes distraídos de su finalidad pública. Se ha considerado asimismo que **el bien jurídico protegido consiste en el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y la confianza de la sociedad en el**

jurisprudencia es consciente del rechazo que sobre tales postulados pesa en la doctrina científica más reciente⁴⁰⁵. Ello no obsta para que esta última en su examen del derecho positivo a la luz de la teoría del bien jurídico protegido, observa que la presencia y función del criterio de la infracción de los deberes del cargo ha quedado recortada por la supresión en el nuevo código de algunas figuras de malversación, con una consecuente simplificación casuística de estos delitos⁴⁰⁶.

Ahora bien, es necesario recordar que estos delitos se presentan, a la vez, como lesión de un bien jurídico y como lesión de un deber⁴⁰⁷, residiendo el desvalor de la acción en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y la lesión

manejo honesto de los caudales del Estado junto a la propia fidelidad al servicio de las funciones de quienes de ellos disponen, razón por la cual la conducta típica nuclear de "sustraer" o "consentir en la sustracción" son equivalentes a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes de su destino o desviándolos del mismo, no exigiéndose –aunque normalmente lo acompañe– un ánimo de lucro". También pueden verse, entre otras, 27.05.1993, RECNº 1502/1991.

⁴⁰⁵ Aquí nos remitimos a los exhaustivos ejemplos jurisprudenciales citados por MORALES PRATS, Fermín/MORALES GARCÍA, Oscar, "Capítulo VII: De la malversación". En: QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial...*, op. cit., p. 1814.

⁴⁰⁶ Así, LÓPEZ GARRIDO, Diego/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador: comentario al texto y al debate parlamentario*. Madrid: Closas-Orcoyen, 1996, p. 184. Igualmente y con ulteriores referencias CASTRO MORENO, A., *La malversación de caudales...*, op. cit., p. 31; ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación...*, op. cit., p. 71. En el mismo sentido y con ulteriores referencias, MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de malversación...*, op. cit., pp. 52-53; Para este último autor, las modificaciones operadas en la sistematización de los delitos de malversación, con "la supresión de las figuras más próximas al cumplimiento de deberes administrativo-funcionariales y la introducción en el "tipo básico" de la explícita exigencia de ánimo de lucro en la sustracción, parecen redundar en una definitiva contemplación de los intereses patrimoniales del Estado como (co)fundamento del injusto, al que se añadiría el regular desenvolvimiento de los servicios públicos desvinculado, eso sí, de consideraciones de corte funcional".

⁴⁰⁷ JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., *Tratado de derecho...*, op. cit., p. 8. Vid., en el mismo sentido siguiendo al anterior autor, ZABALEGUI MUÑOZ, M. C., "La malversación de caudales...", op. cit., pp. 158-159; afirma: "Ello significa que en el delito de malversación se recoge esa lesión o infracción del deber del funcionario como presupuesto del delito, pero esa sola infracción no puede ser considerada como el bien jurídico protegido, dado que la citada posición sólo podría mantenerse sobre pautas transpersonalistas que difícilmente podrán garantizar al individuo los derechos que le corresponden como ser humano y como miembro de una colectividad organizada, con independencia de la voluntad mutable del Estado". Ya que, agrega la autora, la concepción del delito como infracción del deber sólo sería defendible desde una visión totalitaria de la actividad administrativa, "posición que no puede mantenerse en el momento presente partiendo de la idea del Estado Social y Democrático de Derecho, que debe presidir la formación de ese concepto material del bien jurídico".

del deber como un presupuesto lógico en la realización de la conducta. Lo contrario, es decir, definir el injusto de estos delitos desde la concepción del deber del cargo (mayoritaria en la doctrina alemana), como ha sido remarcado ampliamente por la doctrina española, se traduce en una visión totalitaria de gestión administrativa⁴⁰⁸. Algo que resulta inadmisibles en un Estado democrático de derecho. Puesto que, fundamentar la consumación de determinadas figuras sin la exigencia de una lesividad material por el funcionario, puede responder exclusivamente a la voluntad de adelantar las barreras de protección penal y sin que con ello deje de ser esa lesividad material la verdadera razón por la que se estimen punibles las conductas bajo estudio.

No pretendemos ignorar aquí la “infracción del deber” impuesto al funcionario para explicar el significado de estos delitos, pero no es admisible su valoración al momento de concretar el objeto de tutela penal⁴⁰⁹. A decir de OCTAVIO DE TOLEDO, los deberes propios del ejercicio de una función pública no pueden entenderse como el bien jurídico protegido en los delitos de funcionarios, sino que están precisamente “al servicio del verdadero bien jurídico protegido, que en la malversación es la lesión del patrimonio público”⁴¹⁰.

De este modo, el deber del cargo no debe ser entendido de forma abstracta y formalista como bien jurídico lesionado en estos tipos penales. Pues, “la simple infracción del deber no tiene relevancia jurídico-penal en sí

⁴⁰⁸ Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*. 18ª ed., revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 948; DE LA MATA, Norberto/ETXEBARRIA, Xabier, *Malversación y lesión del patrimonio públicos. Apropiación, distracción y desviación por funcionario, de caudales públicos*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1995, p. 71; DE LA MATA BARRANCO, N., “¿Qué interés lesionan...”, *op. cit.*, pp. 248-250.

⁴⁰⁹ DE LA MATA, N./ETXEBARRIA, X., *Malversación y lesión...*, *op. cit.*, p. 102.

⁴¹⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 229-244. En el mismo sentido, siguiendo a este autor, véanse, DE LA MATA, Norberto/ETXEBARRIA, Xabier: *Malversación y lesión...*, *op. cit.*, pp. 69-76; CASTRO MORENO, Abraham: *La malversación de caudales...*, *op. cit.*, p. 31. Además, ZABALEGUI MUÑOZ, M. del Carmen: “La malversación de caudales...”, *op. cit.*, p. 158. Aparentemente de similar opinión, ORTS BERENGUER, Enrique: “Revelación y uso indebido de secretos e información”, en ORTS BERENGUER, Enrique (Dir.): *Delitos de los funcionarios...*, *op. cit.*, p. 222.

misma”⁴¹¹, sino en cuanto va relacionada con la posterior lesión del bien jurídico tutelado, que en los casos bajo estudio debe ir relacionada con la lesión patrimonial, *al ser el patrimonio lo auténticamente tutelado*.

Por todo, la significación de la cualidad del sujeto activo en un delito especial sólo cabe cifrarla en su especial relación con el bien jurídico, “especial relación que hace referencia a la mayor vulnerabilidad de éste respecto a la persona a la que está confiado”⁴¹². Pues, el desvalor de la conducta típica y, por tanto, la relevancia de la cualidad del sujeto activo de quien se exige que actúe conforme a los deberes que le son propios, ha de interpretarse desde la concreción del bien que objetivamente se pretende tutelar y sólo tiene relevancia penal para atender la situación de mayor vulnerabilidad que frente a tal sujeto se encuentra el bien. De ahí deriva la posición de garante que debe desempeñar frente al mismo⁴¹³.

Dejamos aquí esta reflexión, luego de haber incurrido en la trampa de una parte mayoritaria de la ciencia jurídica española. Que nos da la impresión que por estar ocupada en cuestiones cercanas a la más abstracta teología conciliar, como es la infracción del deber funcional o la búsqueda de un bien jurídico genérico o intermedio (la función pública, por ejemplo), se ha repetido y ha aburrido, y en cambio ha olvidado por completo otras mucho más mundanas como el porqué es útil y necesario recuperar los activos apropiados por los funcionarios.

⁴¹¹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 229-244.

⁴¹² DE LA MATA, Norberto/ETXEBARRIA, Xabier: *Malversación y lesión...*, *op. cit.*, p. 105.

⁴¹³ DE LA MATA BARRANCO, N., “¿Qué interés lesionan...”, *op. cit.*, pp. 247-248.

3. Los delitos de apropiación del patrimonio público como infracción de carácter patrimonial

En Alemania, con anterioridad a la entrada en vigor de la *EGStGB*, LANGER⁴¹⁴ ha explicado que la identificación de una forma de aparición de un delito especial en el derogado § 350 (*Amtsunterschlagung*), requeriría el reconocimiento en este precepto, tanto de un injusto típico, como de una punibilidad diversos de los de la apropiación indebida (*Unterschlagung*) como tipo básico de referencia contenido en el § 246 del mismo. En el entendido de este autor, el derogado § 350 no satisfacía ninguno de estos dos requisitos. Puesto que, por un lado, la *Amtsunterschlagung* no presentaba un bien jurídico especial, ya que, se trata de un delito contra la propiedad, como en el caso de la apropiación. Y por otro lado, tal precepto tampoco contenía un tipo especial de conducta agresiva o forma de aparición.

De esta manera, según el antedicho autor, la atribución de una naturaleza jurídica especial y su consecuente tipificación autónoma, se reduciría simplemente al hecho de que al funcionario se le ha hecho responsable o se ha puesto en sus manos determinados bienes (*überantwortet*), que, en consecuencia, han quedado sometidos a la custodia del sujeto (*Gewahrsam*) y a las posibilidades de dominio que le proporciona el cargo⁴¹⁵. En definitiva, según qué opinión doctrinal, la correlativa forma de aparición del delito impropio se fundamentaría o bien en el quebrantamiento de la custodia estatal (*staatlicher Gewahrsam*), o bien en el ataque a la confianza depositada en el Estado, o bien en la pureza de la actuación administrativa como bien jurídico paralelo a la propiedad⁴¹⁶. Para LANGER, no estaba justificada una correlativa

⁴¹⁴ LANGER, Winrich, *Das Sonderverbrechen: eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1972, pp. 388, nota 4, y 391 ss.

⁴¹⁵ *Ibidem*.

⁴¹⁶ Así, por ejemplo, *Ibidem*; WAGNER, Heinz, *Amtsverbrechen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975, pp. 50, 214-215 y 283; DE LA MATA, N./ETXEBARRIA, X., *Malversación y lesión...*, *op. cit.*, pp. 52-53.

incriminación expresa, agravatoria respecto a la sanción que imponen los tipos comunes contra el patrimonio.

Centrándonos en lo que ahora interesa destacar de esta breve alusión, de acuerdo a tesis del último autor en referencia, la derogación de los §§ 350 y 351 supone reconocer la ausencia de justificación de tratamiento diferenciado para unos tipos especiales que en realidad eran simple cualificación del tipo común⁴¹⁷. Desde luego, la conclusión que se extrae es que, en Alemania del delito de apropiación de patrimonio público se hace una lectura en clave monista patrimonial tanto desde el punto de vista de la dañosidad social, como desde el bien jurídico.

En España, reiteramos, a la luz de la regulación del capítulo de la malversación introducida por el vigente código penal se ha acentuado la naturaleza patrimonial de las figuras delictivas ahí contenidas. Por su parte, un sector minoritario de la doctrina se aproxima a la postura alemana, al considerar que la malversación se trata de un delito contra el patrimonio como exclusivo interés jurídico de tutela penal⁴¹⁸. Para estos, el interés que se pretende tutelar mediante la prohibición de la desviación o apropiación de los recursos económicos públicos es el patrimonio. Según esta posición, las condiciones que cualifican este delito respecto a las otras genéricas, sirven simplemente para agravarla⁴¹⁹. De modo que, para este sector doctrinal se trata de *delitos especiales impropios*.

⁴¹⁷ *Vid.*, con ulteriores referencias, DE LA MATA, N./ETXEBARRIA, X., *Malversación y lesión...*, *op. cit.*, p. 53.

⁴¹⁸ Entre estos, véase, DE LA MATA, N./ETXEBARRIA, X., *Malversación y lesión...*, *op. cit.*, pp. 80 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M./SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español...*, *op. cit.*, p. 1181; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal. Parte especial*. 14^a ed. Madrid: Dykinson, 2009, p. 841.

⁴¹⁹ Inicialmente esta postura se ha apoyado en el *peculatus* del derecho romano. Así es reseñado por, SUARÉZ MONTES, R., "El delito de malversación...", *op. cit.*, pp. 864-865; LÓPEZ BARJA, Jacobo, "De la malversación", En: CONDE-PUMPIDO, Cándido, *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. III. Madrid: Trivium, 1997, p. 4051. Desde un punto de vista argumental etimológico se recurre al significado etimológico de los *nomen iuris* de "peculado" y "malversación". Desde la perspectiva histórica se recurre al origen patrimonial que el peculado (*peculatus*) tiene en el Derecho Romano. *Vid.*, al respecto y en detalle, con ulteriores referencias,

En cuanto a lo que su naturaleza jurídica se refiere, podemos afirmar que la doctrina predominante en italiana estima que el delito de *peculato*, *lato sensu*, es una apropiación indebida cometida por un funcionario o por el encargado de un servicio público⁴²⁰. Aquí, resulta interesante la propuesta hecha por FIANDACA y MUSCO, al considerarlo un *delito proprio* con base en la singularidad del patrimonio de la Administración pública como bien jurídico diverso del patrimonio privado⁴²¹.

Sin lugar a dudas, el patrimonio mediante el cual se realizan las actividades de fomento y desarrollo público dentro del contexto de la intervención estatal a través de las políticas públicas, cobra una dimensión que no puede entenderse desde la perspectiva clásica del patrimonio privado y de la protección penal que a este último se brinda. Hecho destacado, al menos, por buena parte de las doctrinas alemana, italiana y española⁴²².

Al patrimonio cualificado no se le debe atribuir un significado técnico en un sentido jurídico penal tradicional como equivalente a propiedad, sentido que modernamente⁴²³, ni siquiera es atribuible a los delitos contra el patrimonio y las relaciones jurídico-económicas de carácter privado⁴²⁴. Una tal

CASTRO MORENO, A., *La malversación de caudales...*, *op. cit.*, pp. 35-36. Sobre el origen del *peculatus* en el derecho romano, por todos, MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*. 2ª ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, pp. 458-477; GROIZARD, Alejandro, *El Código penal de 1870*. t. IV. Salamanca: Esteban-Hermanos, 1981, pp. 256-257; DÍAZ PALOS, Fernando, "Malversación de caudales públicos". *NEJ*, Barcelona, t. XV, Seix Barral, 1972, pp. 816-817; PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal*. Vol. 2: *Parte especial*. 7ª ed. Madrid: Cromo, 1988, pp. 331-334.

⁴²⁰ Véase por todos, ANTOLISEI, F., *Parte speciale...*, *op. cit.*, pp. 309-310.

⁴²¹ FIANDACA, G./MUSCO, E.: *Parte Speciale*. Vol. I..., *op. cit.*, p. 188.

⁴²² *Vid.*, con ulteriores referencias, ASÚA BATARRITA, A., "El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin". *ADPCP*, XLVI, Fasc/Mes 1, 1993, p. 88.

⁴²³ MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos, *El delito fiscal*. Madrid: Montecorvo, 1982, pp. 204-205. Ya este autor ha destacado que "en un sentido penal, los delitos contra el patrimonio están pensados para la protección de los intereses patrimoniales de naturaleza privada".

⁴²⁴ Al respecto, véase, BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUARÉZ GÓMEZ, *Manual de derecho penal...*, *op. cit.*, p. 34; los autores se decantan por la expresión "delitos patrimoniales" en contra de expresión legal "delitos contra la propiedad", argumentando que con ello se elude la sensación de una exclusiva protección del derecho de propiedad al estilo de la concepción económica liberal. Por otro lado, BAJO FERNÁNDEZ (Miguel: *Los delitos de estafa en el código penal*. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces, 2004, p. 23), rechaza la concepción jurídica del

consideración liberal del patrimonio público, niega, por una parte, cada uno de los distintos valores y funciones que caracterizan el patrimonio público en cuanto tal y, por otro lado, los consecuentes daños sociales, independientemente del daño que se produzca en el elemento patrimonial sobre el que recae la acción. Por otro lado, una concepción jurídico-económica⁴²⁵ del patrimonio público reduce la protección penal del mismo a una exclusiva tutela de la relación de señorío del Estado en el ejercicio de sus derechos de propiedad y posesión, más modernamente, al mantenimiento del potencial económico estatal.

En el fondo de la discusión sobre la tutela penal del patrimonio público en estos delitos subyace como núcleo del problema, las diferencias sobre la concepción del discutido concepto normativo de patrimonio como objeto de protección de estas prohibiciones penales⁴²⁶. Pues, como la doctrina ha resaltado, “estamos ante un concepto sometido a discusión y sobre el que aún no se ha dicho la última palabra”⁴²⁷, alrededor del vocablo patrimonio no existe una noción unívoca en la doctrina. Partiendo de esto, el punto de mira del estudio de las conductas bajo análisis va orientado a la figura del patrimonio y del concepto que del mismo se asuma. La dificultad se presenta en precisar lo “patrimonial”⁴²⁸. Que se torna aún más compleja al querer precisar lo “penalmente patrimonial”, pues, como destaca la doctrina, la noción de

patrimonio que corresponde a una época de pancivilismo en que se quiso convertir al derecho penal en acéfalo con carácter secundario y dependiente. Hoy, agrega, “es opinión dominante que el Derecho penal puede crear sus propios conceptos y uno de ellos es, precisamente, el de patrimonio”.

⁴²⁵ Vid., Ampliamente al respecto, por todos, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa...*, op. cit., pp. 21-29; ASÚA BATARRITA, A., “El daño patrimonial...”, op. cit., pp. 100-102; GALLEGO SOLER, José Ignacio, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. Valencia: Tirant lo blanch, 2002, pp. 103-177.

⁴²⁶ Vid., con ulteriores referencias, ASUA BATARRITA, A., “El daño patrimonial...”, op. cit., p. 84.

⁴²⁷ Así, con ulteriores referencias, *ibidem*. De igual opinión, MARTÍNEZ PÉREZ, C., *El delito fiscal...*, op. cit., p. 204; FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contra il patrimonio*. Vol. II, tomo 2º, 4ª ed. Bolonia: Zanichelli Editore, 2005, pp. 3 ss. y 22.

⁴²⁸ ASUA BATARRITA, A., “El daño patrimonial...”, op. cit., p. 90.

patrimonio hecha desde el derecho civil es de escasa utilidad a la hora de una eventual transposición al derecho penal⁴²⁹.

Por lo anterior, es útil declarar previamente que el concepto técnico jurídico de patrimonio, por su origen civilístico, posee caracteres y dimensiones que no pueden ser todas útiles y directamente puestas en práctica por el derecho penal, si bien debería, en cambio, adecuarse al *modelo* del bien jurídico de relieve penal⁴³⁰. Es cierto que entre el concepto general de patrimonio, válido para todo el ordenamiento jurídico, y el bien jurídico penal hay una notable *coherencia*, es decir, una coincidencia de objeto; pero del concepto general, de matriz civilística, debe ser excluido todo cuanto no sea útil a los objetivos de la intervención penal⁴³¹.

Por todo ello, se ha impulsado la necesidad de buscar un concepto penal de patrimonio autónomo de la noción civil⁴³², pues es una idea consolidada que la noción de patrimonio cambia en relación al sector normativo en cuestión⁴³³. De forma general, los aspectos problemáticos de la actual tutela penal patrimonial, como se puede intuir, son múltiples y preocupan, en vía de una primera aproximación, la definición del objeto y el límite de la tutela misma⁴³⁴.

4. El patrimonio público como bien jurídico desde una concepción jurídico-funcional

Centrada una vez más la discusión sobre las consideraciones teóricas planteadas que buscan perfilar un concepto penal de patrimonio, han oscilado

⁴²⁹ HUERTA TOCILDO, Susana, *Protección penal del patrimonio inmobiliario*. Madrid: Civitas, 1980, p. 28.

⁴³⁰ CARMONA, Angelo, *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*. Bolonia: Il Mulino, 1996, pp. 60-61. Cursiva en original.

⁴³¹ *Ibidem*.

⁴³² DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *Tutela penal de la propiedad...*, *op. cit.*, p. 65.

⁴³³ FIANDACA, G./MUSCO, E., *I delitti contra il patrimonio...*, *op. cit.*, p. 4.

⁴³⁴ MOCCIA, Sergio, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*. Padiva: CEDAM, 1988, p. 3.

por mucho tiempo entre dos concepciones opuestas, denominadas, respectivamente, *jurídica* y *económica*⁴³⁵. Ambas concepciones, siendo predominantes en otro tiempo, son rechazadas actualmente por las doctrinas española, italiana y alemana⁴³⁶. Posteriormente a esta etapa, tiene predominio la teoría *mixta* o *jurídica-económica*, con la cual se pretende eliminar las respectivas insuficiencias de las concepciones meramente jurídica y económica. Es a partir de la también llamada tradicionalmente como *concepción personal del patrimonio* – que encuentra en OTTO⁴³⁷ a su principal representante–, que se delinea una cuarta concepción denominada *jurídico-funcional* o *jurídico-funcional-personalística*⁴³⁸, según la cual el patrimonio está constituido por el “complejo de relaciones jurídicas pertenecientes a una persona y que tienen por objeto último cosas dotadas de funciones instrumentales, es decir, de la capacidad de satisfacer necesidades humanas, materiales, o espirituales”⁴³⁹.

En opinión de algún autor, con esta última definición se acoge en modo suficientemente preciso el carácter peculiar del patrimonio como bien jurídico penal; carácter –añade– que no viene considerado en ninguna de las tres concepciones tradicionales, obligando solamente a determinar, de una parte los límites de la formalidad jurídica y de la otra los límites infranqueables del

⁴³⁵ Vid., en detalle *Ibidem*, p. 22; además, recientemente en la doctrina española, DE LA MATA BARRANCO, Norberto, “El concepto de patrimonio y de daño patrimonial en el delito de estafa”. En: ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A., *Fraude y Corrupción...*, *op. cit.*, pp. 207 ss.

⁴³⁶ Así, *ibidem*, pp. 22 ss.; MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale. Parte speciale II: Delitti contro il patrimonio*. 3ª ed. Padova: CEDAM, pp. 17-23. También y con ulteriores referencias DE LA MATA BARRANCO, N., *Tutela penale de la propiedad...*, *op. cit.*, pp. 65 ss; del mismo, “El concepto de patrimonio...”, *op. cit.*, pp. 207 ss.

⁴³⁷ OTTO, Harro: *Die struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*. Berlín: Duncker & Humblot, 1970, pp. 26, 35 y *passim*. Expresamente en estos términos, recogiendo algunas de las principales formulaciones que en el ámbito de los delitos patrimoniales se han propuesto desde la llamada “concepción personal de patrimonio”, DE LA MATA, N./ETXEBARRIA, X., *Malversación y lesión...*, *op. cit.*, p. 91 ss.

⁴³⁸ Así, MANTOVANI, F., *Delitti contro il patrimonio...*, *op. cit.*, pp. 20 ss. Una parte de la doctrina se refiere a esta teoría como *dinámica*, así MORALES PRATS, F./MORALES GARCÍA, O., “De la malversación...”, *op. cit.*, pp. 1827-1828.

⁴³⁹ Vid., en detalle, CARMONA, A., *Tutela penale del patrimonio...*, *op. cit.*, p. 66. Cursiva en original; MANTOVANI, F., *Delitti contro il patrimonio...*, *op. cit.*, pp. 17-23.

significado económico de las relaciones⁴⁴⁰. En cambio, desde esta perspectiva, se captura toda la importancia *funcional* que debe asumir el patrimonio, considerándolo, no como lo han hecho las concepciones tradicionales, las que conciben el patrimonio como una mera suma de componentes singulares, sino “como una unidad estructurada según exigencias personales”, como “una concreta unidad funcional”⁴⁴¹. Así, el patrimonio público, cual conjunto de recursos productivos destinados a las funciones sociales (programación económica, intervención asistencial, inversión productiva, comercio exterior, redistribución de la riqueza), es entendido como “*un conjunto de valores económicos funcionalmente orientados a la consecución de finalidades sociales*”⁴⁴².

El Estado no tiene como finalidad el enriquecimiento y satisfacción de necesidades propias, como ocurre en la esfera privada, sino a la satisfacción de las necesidades sociales según los objetivos sociales constitucionalmente impuestos⁴⁴³ y desarrollados normativamente en los presupuestos públicos. “El

⁴⁴⁰ CARMONA, A., *Tutela penale del patrimonio...*, op. cit., pp. 66-67.

⁴⁴¹ MOCCIA, S., *Tutela penale del patrimonio...*, op. cit., p. 66; en el mismo sentido, CARMONA, A., *Tutela penale del patrimonio...*, op. cit., p. 67.

⁴⁴² MOCCIA, S., *Tutela penale del patrimonio...*, op. cit., pp. 67-69, nota 55. La cursiva es nuestra.

⁴⁴³ En el caso de España, así viene dispuesto por la Constitución en su art. 128.1: “Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”. Precepto que está en concordancia con las disposiciones previstas en el mismo texto constitucional en: art. 9.2; Capítulo III de los principios rectores de la política social y económica (arts. 39 al 52); y, el Título VII de la economía y hacienda (arts. 128 al 136). Del mismo modo el ya citado art. 41 de la Constitución de la República Italiana ordena la determinación de programas y controles oportunos para que la actividad económica pública pueda encaminarse y coordinarse con fines sociales.

A su vez la Constitución Política de la República de Nicaragua en su art. 5 que establece los principios de la Nación nicaragüense, en el párrafo cuarto preceptúa: “Las diferentes formas de propiedad pública, privada, asociativa, cooperativa y comunitaria deberán ser garantizadas y estimuladas sin discriminación para producir riquezas, y todas ellas dentro de su libre funcionamiento deberán cumplir una función social”. Asimismo, el texto constitucional nicaragüense en su artículo 98 taxativamente determina la función que debe cumplir el Estado en la economía, el que reza: “La función principal del Estado en la economía es desarrollar materialmente el país, suprimir el atraso y la dependencia heredados; mejorar las condiciones de vida del pueblo y realizar una distribución cada vez más justa de la riqueza”.

Añadiendo en su art. 99: “El Estado es responsable de promover el desarrollo integral del país, y como gestor del bien común deberá garantizar los intereses y las necesidades particulares, sociales, sectoriales y regionales de la nación. Es responsabilidad del Estado proteger, fomentar y promover las formas de propiedad y de gestión económica y empresarial

Estado no se comporta como *homo economicus*, sino de forma política”⁴⁴⁴. Para decirlo con contundentes palabras de AMELUNG, “el patrimonio está protegido sólo como la base material de la específica función del sistema político...”⁴⁴⁵.

De este modo, el patrimonio público se singulariza por las funciones sociales que realiza y que aportan sentido a su especial significado valioso y a la fijación de lo que resulta dañoso desde una perspectiva colectiva. Pues son estos, los fines, en definitiva el aspecto funcional del patrimonio lo que se encuentra en el centro de su definición como público y que motiva en el legislador un mayor reproche en la sanción penal. Un entendimiento dinámico del patrimonio público es inseparable de las funciones que le corresponden cumplir en relación con el marco constitucional para garantizar el libre desarrollo de la personalidad de los individuos.

El hecho de caracterizar un patrimonio como público implica que se intentan proteger los intereses de un colectivo amplio, lo cual motiva que para evitar daños a esos intereses protegidos, dicha protección sea mayor que la ofrecida cuando únicamente se ven afectados patrimonios particulares y que se adelanten las barreras de protección penal. Así se justifica la necesidad de sancionar no sólo los ataques que efectivamente produzcan una merma patrimonial, sino además, aquéllos ataques que no produzca una disminución económica, bastando con que todo ataque contra el acervo público de algún

privada, estatal, cooperativa, asociativa, comunitaria y mixta, para garantizar la democracia económica y social”.

También agrega en el art. 103: “El Estado garantiza la coexistencia democrática de las formas de propiedad pública, privada, cooperativa, asociativa y comunitaria; todas ellas forman parte de la economía mixta, están supeditadas a los intereses superiores de la nación y cumplen una función social”.

⁴⁴⁴ DE LA MATA, N./ETXEBARRIA, X., *Malversación y lesión...*, op. cit., p. 98. Cursiva en original.

⁴⁴⁵ AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der ‚Sozialschädlichkeit‘ des Verbrechens*. Fráncfort de Meno: Athenäum, 1972, p. 375.

modo pueda poner en peligro su integridad y su idoneidad para cumplir los fines públicos legalmente concretados⁴⁴⁶. Aparentemente, es en esta última línea que se inscribe la UNCAC, cuando dispone que para su aplicación “no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado”⁴⁴⁷.

Desde una perspectiva funcional y dinámica en la definición del propio concepto de bien jurídico, MANTOVANI reclama un concepto que tenga en cuenta el carácter jurídico del patrimonio, pero que principalmente reconozca la instrumentalidad para la satisfacción de necesidades de la persona humana⁴⁴⁸. Si tomamos como punto de partida este concepto de patrimonio, podríamos decir que el patrimonio público es el conjunto de relaciones jurídicas de las cuales es titular el Estado y que “tienen por objeto último cosas dotadas de funciones instrumentales, esto es, de la capacidad de satisfacer necesidades humanas, materiales o espirituales”⁴⁴⁹, posean o no un valor económico. De acuerdo con este concepto jurídico-funcional de patrimonio⁴⁵⁰, la dañosidad penalmente relevante se constatará con la “disminución de la instrumentalidad del patrimonio”⁴⁵¹, en otras palabras, la capacidad de satisfacer necesidades materiales o espirituales de su titular, en el caso del patrimonio privado y de la sociedad en su conjunto, en cuanto al patrimonio público se refiere. En este punto, es importante llamar la atención en cuanto a que desde esta teoría, hablar en términos de daños, no debe entenderse necesariamente como un grave daño para los fundamentos esenciales de la economía nacional⁴⁵², sino que es suficiente la puesta en peligro de la integridad e idoneidad del

⁴⁴⁶ DE LA MATA BARRANCO, N., *Tutela penal de la propiedad...*, *op. cit.*, p. 124.

⁴⁴⁷ Art. 3.2.

⁴⁴⁸ MANTOVANI, F., *Delitti contro il patrimonio...*, *op. cit.*, p. 20. En similar sentido, DE LA MATA BARRANCO, N., *Tutela penal de la propiedad...*, *op. cit.*, p. 69; del mismo, “El concepto de patrimonio...”, *op. cit.*, pp. 216 ss

⁴⁴⁹ MANTOVANI, F., *Delitti contro il patrimonio...*, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁵⁰ MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de malversación...*, *op. cit.*, pp. 50-52.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 37.

⁴⁵² MOCCIA, S., *Tutela penale del patrimonio...*, *op. cit.*, pp. 67-69, nota 55

patrimonio público para cumplir con las funciones instrumentales correspondientes.

Esta orientación social del patrimonio tiene como presupuesto la idea que la protección penal del patrimonio público encuentra su fundamento, más allá de la simple protección de una suma abstracta de valor económico, en el garantizar a los miembros de la sociedad a través de los recursos económicos las posibilidades de desarrollo, satisfacción de necesidades y procura existencial, que el Estado por mandato constitucional debe procurar. De acuerdo con esto, el ejercicio de dominio o señorío que el Estado ejerce sobre los bienes patrimoniales públicos conlleva la imposición de administrarlos, utilizarlos y disponer de ellos exclusivamente para fines sociales y de acuerdo con las previsiones normativas.

Desde este punto de vista del daño patrimonial como disminución o anulabilidad de su instrumentalidad, algunos autores de habla inglesa han desarrollado el llamado "*Principle of welfare*", el cual hace hincapié en la obligación del Estado de crear las condiciones sociales necesarias para el ejercicio de la plena autonomía de los ciudadanos, aceptando, aunque como último recurso, la protección penal de los medios indispensables para lograr esos fines⁴⁵³.

En resumen, el elemento esencial que define el patrimonio público, no sería su cuantificación material, sino su subordinación a determinados fines de carácter económico, sociales y culturales⁴⁵⁴. De esta manera, se explica el concepto reclamado por la doctrina, según el cual la constatación del perjuicio

⁴⁵³ ASHWORTH, A., *Principles of Criminal...*, op. cit., p. 26-27. El *Welfare* ha sido motivo de preocupación de la tradición liberal, ya sea en términos de la felicidad de los individuos, de la satisfacción de sus preferencias, o el grado en que han alcanzado sus propios objetivos en función con los bienes y recursos. Este aspecto de la moralidad política moderna parece casi tan evidente como para difícilmente soportar cualquier mención específica. Vid., en este último sentido y en detalle, LACEY, Nicola, *State Punishment. Political principles and community values*. Londres: Paperback, 1994, pp. 149-150.

⁴⁵⁴ En el mismo sentido, DE LA MATA, N./ETXEBARRIA, X., *Malversación y lesión...*, op. cit., p. 98.

inherente a los delitos patrimoniales atiende, más que a la disminución o acrecentamiento de las partes singulares del patrimonio, a *la disminución del potencial patrimonial global del titular de dicho patrimonio considerado como una unidad dinámica, funcional, estructurada e individualizada*⁴⁵⁵.

Si bien es cierto que al concepto funcional se le atribuye un efecto expansivo del concepto de daño patrimonial, al considerar que para esta concepción el daño ocurre al margen de que se haya producido o no un perjuicio evaluable de forma contable. Por otro lado, también es cierto, obliga a excluir, ya en sede de tipicidad, la intervención penal frente a ataques de carácter meramente formal, “irrelevantes por carecer de aptitud *ex ante* para frustrar la funcionalidad del objeto afectado”⁴⁵⁶. Se trata de asumir una postura que atañe a la propia concepción del bien jurídico y a la adopción de soluciones de política criminal más satisfactorias a los problemas concretos donde primen razones de justicia material ante criterios meramente retributivos.

La asunción de la idea funcional del patrimonio público, desde el punto de vista dogmático, permite trazar una clara línea entre ilícitos administrativos e ilícitos penales. Desde el punto de vista político criminal, la concentración de desvalor del ilícito sobre la dimensión patrimonial del mismo produce, como consecuencia inmediata, la eliminación de todas aquellas hipótesis de trasfondo ético de mera infidelidad funcional del agente público. Todo lo cual, puede tener una cadena de consecuencias, a saber: el aumento de la conciencia social sobre la verdadera gravedad de la dañosidad social de estos delitos, mayores esfuerzos e instrumentos de investigación de estos hechos, redefinición de las líneas y objetivos de investigación (por ejemplo: persecución, localización y repatriación de bienes), notables aumentos de los procesos de investigación y,

⁴⁵⁵ *Vid.*, por todos y expresamente en este sentido, DE LA MATA BARRANCO, N., *Tutela penal de la propiedad...*, *op. cit.*, pp. 73 ss, 83 ss.; DE LA MATA, N./ETXEBARRIA, X., *Malversación y lesión...*, *op. cit.*, p. 91.

⁴⁵⁶ *Ibidem*.

finalmente, con mucha probabilidad la reducción de la fisiológica “cifra oscura” que generalmente distingue a estos delitos⁴⁵⁷.

V. La expoliación de las riquezas nacionales como ataque a los fundamentos esenciales de la vida económica de una sociedad

A lo largo de las páginas que preceden, hemos analizado desde el Derecho Comparado cómo se han elaborado y desarrollado las teorías que tratan de dar una justificación racional a la intervención penal de los Estados frente a las apropiaciones de las riquezas nacionales. Durante este recorrido, hemos visto que las construcciones doctrinales de los sistemas ahí estudiados adoptan de forma prácticamente absoluta la teoría del bien jurídico como criterio axial de justificación punitiva de las conductas. Asimismo, se ha puesto de manifiesto que las teorías que tratan de explicar la racionalidad de la punición de las conductas apropiatorias desde el concepto de bien jurídico, se enfrascan en un titánico esfuerzo por diseccionar milimétricamente ese “algo” propuesto como bien jurídico, que dejan por fuera los efectos lesivos de las mencionadas conductas.

En nuestra opinión, de las propuestas teóricas analizadas, es la teoría funcional del patrimonio público la que tiene la suficiente capacidad explicativa para dar cuenta de una adecuada racionalidad teórica a la intervención penal de los sistemas nacionales cuando ocurren casos de apropiación del patrimonio público a menor escala, propios de la pequeña corrupción. Si bien es cierto que desde esa concepción del patrimonio público se justifica una mayor tutela penal frente al patrimonio privado, no obstante, la misma ni tiene una capacidad de reacción suficiente, ni es comprensiva de toda la magnitud del daño social que

⁴⁵⁷ En similar sentido, SESSA, A., *Infedeltà e oggetto della tutela...*, op. cit., pp. 146.

supone el expolio de grandes volúmenes del patrimonio público. Como ya manifestamos, la protección de los fundamentos esenciales de la vida económica de una sociedad como bien jurídico supraindividual distinto al patrimonio público, se justifica a través de la consideración del criterio de gravedad (“*seriousness*”), porque la diversidad en la magnitud de los daños, en la naturaleza de los bienes jurídicos, en las formas de lesión de los mismos exigen tratamientos diferentes e incompatibles.

En otra sede de este trabajo hemos manifestado el modo en que la gran corrupción y en especial los actos de expolio, son capaces de afectar el desarrollo económico y sociopolítico de los países que las padecen, incluso, pueden llevar a esas naciones a la bancarrota. Un saqueo organizado y sistemático o a gran escala de las riquezas y recursos de una nación por parte de los jefes de Estado y funcionarios de mayor nivel ataca de forma sistemática y masiva a los derechos humanos de la población. El hecho en cuestión no afecta, por tanto, exclusivamente a víctimas individuales, sino que representa *una amenaza para la comunidad internacional en su conjunto los intereses más importantes de la comunidad internacional*.

En estos términos, los tipos penales tradicionales pensados para controlar la pequeña corrupción y la racionalidad que se les pretende otorgar, frente a la apropiación a gran escala del patrimonio público expresan sólo el acto de depredación en sí, la acción misma, pero no el extremo daño social, que *es la destrucción de la base socioeconómica de una sociedad y las repercusiones que esto tiene en los derechos humanos de la población de esta y en la paz, seguridad y bienestar de la humanidad*.

Pero hasta ahora no se ha contesta a la cuestión de cuándo el daño causado es suficiente para lesionar las bases económicas de una sociedad o a la discusión acerca de a partir de qué número, cantidad o porcentaje de activos integrantes del patrimonio debe considerarse que el daño causado tiene la magnitud y gravedad suficiente para afectar las bases económicas de una

sociedad y para constituir expolio. Para responder a estas interrogantes consideramos oportuno pasarlas por los tamices del principio del daño (“*harm principle*”) y determinar si los actos en cuestión causan un daño colectivo (“*collective harm*”)⁴⁵⁸ en un sentido relevante para este principio. En esta línea de ideas cabe indagar, en primer lugar, si los intereses en juego están diseñados como condiciones necesarias de suprema importancia para que los miembros de una sociedad puedan realizar un proyecto de vida verdaderamente autónomo. En segundo lugar, cómo se cristalizan esos intereses en un bien jurídico de tal importancia que proyecte los daños que sufra a toda la comunidad internacional en su conjunto.

Esto nos lleva a la interpretación de las circunstancias actuales y futuras que rodean los hechos: la particular situación de desarrollo del país víctima, los niveles de pobreza y endeudamiento público concomitantes y los efectos futuros que en los mismos tendrán los hechos, el concreto impacto en la capacidad de los Estados de brindar los servicios básicos, provocación de crisis alimentarias y sanitarias, generación de déficit, inflación, repercusiones en el encarecimiento de los alimentos, etc. Todos estos factores, desde nuestro punto de vista, pueden resultar mejores elementos de juicio en la determinación del daño que los tradicionales criterios cuantitativos determinados objetivamente en los tipos penales. Claro está que aquí no estamos hablando de requerir una prueba precisa de la relación causal entre la conducta y los daños, sino baremos en la determinación de la gravedad de éste. Esta idea se apoya en jurisprudencia internacional constante que señala la imposibilidad de analizar la gravedad de

⁴⁵⁸ CRIPPS, Elizabeth, “Climate change, collective harm and legitimate coercion”. *CRISPP*, vol. 14, n° 2, marzo 2011, pp. 182 ss. (disponible en: <http://www.tandfonline.com/toc/fcri20/14/2>). En similar sentido, VON HIRSCH, según los informes de los relatores de la primera sesión de la conferencia celebrada en el año 2002 sobre “la teoría del bien jurídico”. *Vid.*, BUNZEL/SCHMIDT/STOLLE, “Sitzung, Rechtsgutstheorie und Harm Principle”. En: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie...*, *op. cit.*, p. 295

forma abstracta, sino que deben tenerse en cuenta las características del caso concreto⁴⁵⁹.

En el caso Flick, por ejemplo, el Tribunal de Nuremberg decidió que la lesión de la propiedad mediante el apoderamiento violento de riqueza industrial no es un crimen contra la humanidad porque –sostuvo este Tribunal– no se puede afirmar que afecta a la vida y a la libertad de los pueblos oprimidos y por lo tanto no constituye persecución⁴⁶⁰. De manera atinada, la reciente jurisprudencia internacional diferencia según la clase y gravedad de ataque contra la propiedad o riqueza. En este sentido, el Tribunal para la antigua Yugoslavia ha reconocido que puede haber ciertos tipos de bienes cuya destrucción no puede tener un impacto lo suficientemente grave en la víctima como para constituir un crimen contra la humanidad, e incluso si tal destrucción se comete por motivos de discriminación: un ejemplo, usado por este Tribunal, es la quema de algún coche (a menos que el vehículo constituya un recurso indispensable y vital para el propietario) ⁴⁶¹. De tal forma que la destrucción de un solo objeto, no puede considerarse crimen de persecución⁴⁶². Por el contrario, según el Tribunal, nos encontraríamos ante un crimen contra la humanidad cuando los ataques a la propiedad o riqueza son tan graves que destruyen la base económica de la existencia de una parte de la población determinada. Se incluyen entre estos casos las destrucciones, saqueos o apoderamientos de propiedades privadas en tiempos de paz. Asimismo, agrega WERLE, que las ventas forzosas sin un precio de compra proporcionado o las

⁴⁵⁹ Vid., para una exhaustiva reseña jurisprudencial, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., nm 928, p. 536 y notas 1927-1933.

⁴⁶⁰ US Military Tribunal Nuremberg, sentencia de 22 de diciembre de 1947 (Friedrich Flick et al.). En: *Trials of War Criminals*, tomo VI, 1187, pp. 1215 ss.; también US Military Tribunal Nuremberg, sentencia de 30 de julio de 1948 (Carl Krauch et al., conocido como proceso "IG Farben"). En: *Trials of War Criminals*, tomo VIII, pp. 1129 ss.

⁴⁶¹ Es fundamental al respecto, TPIY, sentencia de 14 de enero de 2000 (Kupreškić et al., TC), pp. 253-254, parág. 631. Además, TPIY, sentencia de 7 de mayo de 1997 (Tadić, TC), parág. 707; TPIY, sentencia de 3 de marzo de 2000 (Blaškić, TC), parág. 233, confirmada en TPIY, sentencia de 29 de julio de 2004 (Blaškić, AC), parág. 149.

⁴⁶² WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., p. 522.

expropiaciones sin indemnización pueden ser típicas. Un ejemplo lo encontramos en los ataques sistemáticos a las propiedades y patrimonio judíos en la época nacionalsocialista⁴⁶³. Estos hechos pueden tener las mismas consecuencias inhumanas como el traslado ilegal o la deportación [art. 8.2.a) vii)]. La Sala de Primera Instancia de ese Tribunal llegó a la conclusión de que actos de esta naturaleza pueden constituir una negación grave o flagrante de los derechos humanos fundamentales, y, si se cometen por motivos discriminatorios, pueden constituir un crimen de persecución.

Apropiándonos de los argumentos del Tribunal para la antigua Yugoslavia, no resulta difícil sostener que cuando los ataques a la propiedad o riqueza son tan graves que destruyen la base económica de la existencia de una parte de la población determinada, y, si no se cometen por motivos discriminatorios ni destructivos contra un grupo poblacional, sino que se cometen por motivos puramente desposesorios, pueden constituir un crimen de expolio. No cabe duda que estos actos tienen una gravedad similar a otras acciones que constituyen crímenes de lesa humanidad⁴⁶⁴. Sobre los aspectos concretos de los elementos del “modelo tipo” de expolio volveremos en el próximo capítulo.

En esta línea, retomando el criterio de “suma gravedad”, la CDI lo identificó como el elemento esencial de un delito contra la paz y seguridad de la humanidad⁴⁶⁵. Sin embargo, “se señaló, no sin razón, que dicho criterio era demasiado subjetivo y vago”⁴⁶⁶. Según el Informe del Relator Especial, la gravedad debe ser calibrada en función de la conciencia pública, es decir, la desaprobación que genera, la conmoción que provoca, el grado de horror que

⁴⁶³ *Ibidem*.

⁴⁶⁴ En TPIY, sentencia de 29 de julio de 2004 (Blaškić, AC), parág. 149, la Cámara de Segunda Instancia se plantea la cuestión si esos actos tienen una gravedad similar a otras acciones que constituyen crímenes de lesa humanidad.

⁴⁶⁵ Anuario 1983, vol. II (segunda parte), pp. 47 y 48.

⁴⁶⁶ Anuario 1985, p. 71.

despierta en el seno de la comunidad nacional e internacional⁴⁶⁷. De acuerdo con esto, el reconociendo de una conducta como crimen internacional estriba fundamentalmente sobre la base de consideraciones *subjetivas*. En el referido informe se intenta mejorar el criterio de gravedad en función de varios elementos, algunos de los cuales son *subjetivos* y otros *objetivos*⁴⁶⁸.

En el primer caso, se extraen cuatro requisitos para determinar el contenido de lo *subjetivo*:

- 1) la naturaleza del acto, es decir, su crueldad, monstruosidad, y barbarie;
- 2) La extensión de sus efectos, o sea, la masividad, cuando las víctimas son pueblos, poblaciones o grupos étnicos;
- 3) su comisión de una manera tan planificada y sistemática que constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, y;
- 4) los motivos del autor⁴⁶⁹. De modo que, la gravedad de un crimen se deduce de las circunstancias en que se comente y de los sentimientos que impulsaron a su autor.

Junto a esto, también se identifican algunos factores *objetivos* que contiene el contenido de la gravedad, estos están en función del interés o del

⁴⁶⁷ El tercer informe sobre el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el relator especial Sr. Doudou Thiam, en el Anuario de la Comisión de derecho internacional 1985, vol. II, 1ª parte (Documento A/CN.4/387), señala: "El elemento subjetivo y el elemento objetivo se hallan, pues, indisolublemente unidos en la definición de todo acto delictivo. Esto es verdad en el derecho interno como en el derecho internacional y los hechos considerados delitos de derecho internacional son con frecuencia igualmente sancionados por las legislaciones nacionales, sobre la base de los mismos criterios y de las mismas definiciones.

Aprécia la gravedad de una infracción tanto en función de un elemento subjetivo (el hecho de que la violación esté *reconocida* como delito por la comunidad internacional) como de un elemento objetivo (*el objeto de la obligación* violada): debe tratarse de un objeto cuya salvaguardia sea esencial para la comunidad internacional".

⁴⁶⁸ Anuario 1985, p. 72, comentario 51.

⁴⁶⁹ *Vid.*, los comentarios al Proyecto de Código..., en especial el tercer comentario a los arts. 3 y 5.

bien jurídicamente protegido. Básicamente se refieren a atentados contra las *personas* o contra *bienes*. En los primeros, lo que está en juego es directamente la vida y el bienestar físico de los individuos y grupos. En cuanto a los bienes, estos últimos factores están referidos directamente a la propiedad, pública o privada, de patrimonios culturales de intereses históricos, etc.⁴⁷⁰, e indirectamente a la vida y el bienestar físico de los individuos y grupos.

El Sr. Doudou Thiam, Relator Especial sobre el Proyecto de Código, en su tercer informe a la Asamblea General, expuso:

“Cuanto más importante es el objeto, más grave es su violación. El delito contra la paz y la seguridad de la humanidad abarca las infracciones que nacen de la violación de una obligación cuyo objeto es de especial importancia para la comunidad internacional. En realidad, todos los delitos internacionales se caracterizan por la violación de una obligación internacional esencial para salvaguardia de intereses fundamentales de la humanidad. Pero hay algunos intereses que deben colocarse al frente de la jerárquica. Se trata de la paz y la seguridad internacionales, el derecho de los pueblos a libre determinación, la salvaguardia del ser humano y la preservación del medio humano. Estos son los cuatro puntos cardinales alrededor de los cuales gravitan las preocupaciones más esenciales. Estos puntos constituyen la cima de la pirámide, en virtud de su importancia primordial”⁴⁷¹.

Desde el camino argumental hasta ahora recorrido, puede afirmarse que la expoliación a gran escala de las riquezas nacionales de un Estado es un ataque planificado o a gran escala que viola gravemente los derechos humanos al atacar las condiciones esenciales de vida de la población, creando sentimiento general de frustración, derrota, desorden o decadencia, empobrecimiento sin

⁴⁷⁰ *Vid.*, Anuario 1985 p. 75. También, Convención para a Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, adoptado en La Haya, el 14 de mayo de 1954; y, Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, del 9 de septiembre de 1886 y con la enmienda más reciente del 28 de septiembre de 1979.

⁴⁷¹ Anuario 1985 p. 72-73.

perspectiva de superación, abatimiento, pesimismo. El expolio al desbaratar el Estado de bienestar es hoy día una de las principales fuentes de inseguridad existencial y de violencia difusa. Es una simiente de masacre de cuya crueldad no cabe duda⁴⁷².

Como hemos podido observar en el capítulo primero de este trabajo, los nexos entre las amenazas a los derechos de la humanidad y la gran corrupción son sumamente estrechos. Cuando las bases económicas de una sociedad son atacadas de forma grave, sus efectos comportan una agresión sistemática y masiva a los derechos humanos de la población. El expolio, en cuanto hecho global, pone en cuestión a la humanidad como tal, en el sentido de un “estándar mínimo de las reglas de la coexistencia humana”⁴⁷³. La gran corrupción coadyuva a muchas de las más graves amenazas a la paz y la seguridad internacionales, como son la exclusión social, la pobreza extrema, las epidemias de enfermedades infecciosas y la degradación del medio ambiente, que, evidentemente, son amenazas en sí mismas, pero que además, son el caldo de cultivo en el que aumentan las probabilidades de que surjan otras amenazas, como los conflictos civiles, con las cuales se refuerzan mutuamente en un ciclo mortífero. El evitar estas trágicas consecuencias es una función político-criminal esencial del DPI que ya no puede ser más soslayada.

Con todo, la apropiación a gran escala del patrimonio de una nación es un ataque que puede conllevar a la imposición de condiciones de vida con capacidad para producir sufrimientos graves y/o la extinción de una parte de esa población. El expolio de las riquezas de una nación es un conjunto de acciones contra las condiciones esenciales de vida de la población, acciones que privan del mínimo vital y de la procura existencial a los grupos que la sufren, los cuales son excluidos de la vida económica y cultural en el Estado donde

⁴⁷² ZAFFARONI, “Masacres: Larvas y semillas...”, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁷³ WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 468-469.

habitan. Por ende, el expolio debe ser criminalizado como uno de los crímenes más grave de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

En consecuencia, en primer lugar, el expolio de las riquezas de las naciones es un acto inhumano cometido por los gobernantes contra la población que provoca un extremo daño social al afectar el desarrollo de los pueblos y la soberanía que estos tienen sobre sus riquezas nacionales. A nuestro modo de ver, no puede afirmarse seriamente que desposesiones individuales y a pequeña escala del patrimonio público puedan causar daños similares. En segundo lugar, un daño de tal magnitud realizado mediante ataques masivos o a gran escala va mucho más allá de una simple lesión al patrimonio público, con estas conductas se conculcan los fundamentos esenciales de la vida económica de una sociedad. Un bien jurídico distinto es lesionado: *la base económica de una sociedad*. Cuando la magnitud y gravedad del daño causado por la conducta es suficientemente relevante, y además responde a una política de quien ejerce el poder político, o es tolerada, o simplemente no puede ser controlada por éste, la misma adquiere relevancia en el orden jurídico internacional. Contamos así con parámetros suficientes para otorgar racionalidad a una norma que fundamente una punibilidad de forma directa del expolio en el derecho internacional.

VI. Algunas observaciones de conjunto

Tras la exposición contenida en los capítulos precedente y presente, resulta claro que la apropiación de las riquezas nacionales a gran escala dista de dañar en exclusiva al patrimonio público. Esta es “otra categoría de daño” que no puede ser adecuadamente resuelta por los delitos tradicionales de apropiación del patrimonio público por funcionarios. La dañosidad de los ataques a las riquezas nacionales puede ser de tal magnitud que puede causar

un grave daño a las relaciones políticas y sociales y a los fundamentos esenciales de la economía nacional, e incluso internacional, y un ataque a los derechos humanos de la población directamente afectada y de la comunidad internacional en su conjunto.

La relación con la comunidad internacional que da al expolio el carácter internacionalmente trascendente y hace de su castigo una cuestión que atañe a la comunidad internacional, surge tanto a partir del ataque a intereses “internacionales”, como porque la manifestación transfronteriza del crimen hace aparecer como necesaria o, en todo caso, apropiada una acción interestatal coordinada.

La relación con la comunidad internacional y la necesidad de la internacionalización de los mecanismos de protección de las riquezas nacionales resulta, por una parte, de la jerarquía de los intereses afectados; cuya protección es un interés común de todos (o la mayoría) de los Estados. Las violaciones sistemáticas y masivas de los derechos humanos es el objeto de ataque que le confiere a la conducta la dimensión internacional. Por consiguiente, la apropiación masiva del patrimonio público por su gravedad amenaza a los valores fundamentales de la comunidad internacional, esto es: la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. El ataque a los intereses fundamentales de la comunidad internacional otorga al primero una dimensión internacional y lo eleva a la categoría de crimen de derecho internacional⁴⁷⁴.

Por otra parte, la internacionalización se enraíza en dos razones más bien práctica. Consideraciones de utilidad ante la naturaleza transnacional de estos delitos sugieren la internacionalización de la persecución y sanción penal de los mismos, porque su persecución por parte del Estado individual aislado no promete éxito alguno. En segundo lugar, estamos ante el típico caso de los crímenes reforzados por las estructuras estatales, que generalmente no son adecuadamente perseguidos y sancionados por el Estado víctima de los hechos

⁴⁷⁴ *Ibidem*, p. 83.

porque la persecución de los autores está en manos de los propios autores. En consecuencia, si la obligación de castigar estos hechos correspondiera sólo al Estado donde se cometen, tal situación equivaldría muchas veces a hacer de los propios autores los jueces de sus actos y hacerles entrar en una zona de auto-contradicción⁴⁷⁵.

En consecuencia, la prevención y castigo del expolio es indudablemente una tarea de la comunidad internacional y, por esta razón el Derecho Internacional, y especialmente el Derecho Penal Internacional, tiene una justificación específica en este caso para configurar una norma que le permita traspasar el "blindaje de la soberanía estatal"⁴⁷⁶.

De acuerdo con lo expuesto hasta el momento, no sería descabellado plantear la configuración del expolio como un tipo penal de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Así, el Derecho Penal Internacional coadyuvaría, como un instrumento más, al control de la gran corrupción y a evitar el descontrol del poder punitivo. El control de la gran corrupción contendría al poder punitivo.

A partir de aquí, la labor a enfrentar es esbozar los rasgos que debería presentar el tipo de expolio como crimen de Derecho Internacional. Sin embargo, para emprender el intento de elaborar un crimen de derecho internacional del expolio, hay que tener en cuenta las circunstancias de política mundial, porque, como todo el derecho internacional público, de éstas depende su aplicación eficaz.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 144.

⁴⁷⁶ *Vid.*, con referencias, *Ibidem*, pp. 82-83.

“La cuestión de la mejora de seguridad pasa por re-equilibrar el navío. Lo primero que hay que hacer es no volverse loco, y no pensar que con chorizos puedo re-equilibrar el navío. En todo caso creo que lo principal es intentar volver a un estado de derecho, reforzar el Estado de Derecho, contener el Estado de Policía y no caer en el delirio, especialmente no caer en el delirio del penalista omnipotente de que todo puede ser resuelto por el derecho penal. El poder punitivo puede resolver muy pocas cosas, no sé si puede alguna cosa. Tal vez pueda brindar alguna tranquilidad a través de suspender algún conflicto. Pero nada más”.

Raúl Eugenio Zaffaroni⁴⁷⁷

⁴⁷⁷ “La función reductora del derecho...”, *op. cit.*

CAPÍTULO TERCERO

LA CONSTRUCCION DE UN “MODELO TIPO” DE EXPOLIO DE LAS RIQUEZAS NACIONALES: BASES PARA SU DEFINICIÓN COMO UN CRIMEN DE DERECHO INTERNACIONAL

I. Algunas consideraciones previas

Como se constató en la exposición contenida en los capítulos antecedentes, la apropiación a gran escala y de forma sistemática de las riquezas de las naciones tiene gravísimas consecuencias para los derechos humanos de los habitantes de los Estados que la sufren. Este argumento, planteado desde el punto de vista de las víctimas, ha sido la punta de la cual hemos venido tirando para desovillar la madeja de variables criminológicas y jurídico-dogmáticas que ponen en claro la gravedad de la naturaleza y dimensiones que puede llegar a alcanzar un ataque masivo o a gran escala contra el patrimonio público. Así, dogmáticamente hablando, desde el punto de vista de la lesividad, en cuanto al interés jurídico lesionado o amenazado y el daño causado a otros, estos ataques exceden con mucho la órbita de los tipos penales tradicionales contemplados por el derecho interno.

Planteada la cuestión en tales términos, una vez determinado el intereses jurídico lesionado o amenazado y definido el daño potencial o causado, resulta oportuno detenernos a indagar sobre la creación de un “tipo modelo” de expoliación y discutir qué rasgos debe presentar. Un análisis completo de los rasgos que debería presentar el “tipo modelo” de expolio exige, en nuestra opinión: la definición del injusto mediante la determinación de cuáles son los elementos de ese “tipo modelo”. No obstante, antes de acometer esta tarea, debe aclararse aún una cuestión previa: ¿es verdaderamente posible y razonable

elaborar un “tipo modelo” de expolio? Para responder a esta interrogante, es imprescindible tener en cuenta tanto el contexto político mundial, como el contexto normativo internacional que envuelve este debate. Abordado el contexto político mundial en el Capítulo Primero de este trabajo, a continuación analizaremos el segundo contexto referido.

II. Contexto normativo internacional

En otro lugar de este trabajo nos hemos referido al hecho de que las primeras medidas legislativas aprobadas para controlar la corrupción más allá de las fronteras nacionales, surgieron encuadradas dentro de una óptica crematística y con una relevancia de los derechos fundamentales de los ciudadanos como sustrato fáctico de la corrupción prácticamente nula. Igualmente, se señaló cómo en las últimas dos décadas la óptica economicista y comercial que había dominado por completo el debate y las acciones internacionales en los dos decenios anteriores, sin desaparecer, ha cedido espacio a una nueva y diversa dimensión normativa de la corrupción, integradora de una dimensión publicista de los intereses en juego y de esta forma se ha dado cabida en este discurso a los derechos humanos de las poblaciones que sufren estos hechos delictivos. Esto trajo como consecuencia que parte de la omnímoda atención dedicada al soborno se trasladara a las diferentes conductas de apropiación del patrimonio público⁴⁷⁸.

En este sentido, la importancia cada vez más creciente del fenómeno de la apropiación del patrimonio público, con la consiguiente mayor preocupación que ella suscita, ha provocado la intervención en los últimos años de diversas organizaciones internacionales –como las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos, la Unión Africana, el Banco Mundial, entre otras–, con el

⁴⁷⁸ *Vid.*, Capítulo I.8.

objetivo de proteger a nivel internacional los derechos humanos de las poblaciones víctimas, así como la necesidad de establecer unas mínimas bases comunes para prevención y punición de estas conductas. Ya hemos puesto de manifiesto que esta necesidad de alcanzar puntos comunes a nivel internacional sobre la tipificación de las conductas apropiatorias se manifiesta en que el fenómeno de la corrupción implica a varios países –país víctima, países de tránsito y destino de los activos– como suele suceder con todas las manifestaciones de la macrocriminalidad. Consecuentemente, resulta casi imprescindible una armonización legislativa en el orden penal con el objetivo de alcanzar una mayor protección de las riquezas nacionales, haciendo más efectivas tanto la persecución y control de estas conductas como la recuperación de esas riquezas. Así se ha reiterado en numerosos instrumentos internacionales la necesidad que los Estados que no lo han hecho todavía, promulguen leyes nacionales y adopten medidas para prevenir y sancionar la apropiación del patrimonio público por los funcionarios, fomentando la cooperación internacional en esta materia.

A continuación, procederemos a exponer de manera sucinta cuáles son los instrumentos internacionales que tratan sobre esta cuestión tanto a nivel global como a nivel continental, regional o subregional, según sea el caso, con la finalidad de constituir un punto de referencia para abordar posteriormente las propuestas de *lege ferenda*.

1. Naciones unidas

a) Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

La UNCAC fue aprobada por la Asamblea General mediante resolución 58/4 del 31 de octubre de 2003, y, de conformidad con el art.

68 de la misma resolución, entró en vigor el 14 de diciembre de 2005. Esta convención es sin duda el instrumento jurídico a nivel internacional más destacable en esta materia. Puesto que es el primer instrumento internacional con carácter universal creado de forma específica para el control de la corrupción.

En cuanto a la apropiación de las riquezas nacionales, por lo que interesa al tema de investigación objeto de este trabajo, la UNCAC tiene entre sus declaradas finalidades la de promover la debida gestión de los bienes públicos (art. 1). Para ello, introduce por primera vez a nivel mundial la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito la malversación, peculado, la apropiación ilícita u otras formas de apropiación de bienes y/o fondos públicos o privados que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo (art. 17). De este modo las Naciones Unidas, respetando la diversidad de tradiciones jurídicas de los Estados parte, intenta adoptar una definición común de estas tipologías con el objetivo de establecer criterios comunes de prevención y punición, pero deja a los Estados parte en libertad de escoger el modelo de incriminación siempre que se adecue a las necesidades de control y persecución penal de estas conductas.

En relación con las sanciones aplicables a los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, únicamente se establece de forma genérica que deberán preverse sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos (art. 30.1).

b) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

El Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, ECPI), que entró en vigor el 1º de julio de 2002, no hace mención expresa al expolio como crimen de lesa humanidad. Aunque, según el art. 7º. k), a los efectos de dicho Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” los actos inhumanos que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física, cuando estos actos se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

La legitimidad de la intervención penal en este ámbito además de lo señalado anteriormente, depende sobre todo de que el tipo penal abarque los supuestos más graves e intolerables de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto (art. 5º ECPI). Con todo lo hasta ahora dicho en este trabajo, tanto por razones dogmáticas como de política criminal, resulta innegable que el expolio debe ser considerado como uno de estos crímenes.

Hemos dicho que no nos cabe ninguna duda que los ataques generalizados o sistemáticos y a gran escala hacia las riquezas nacionales poseen toda aptitud para causar grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud mental o física de una población civil⁴⁷⁹. No obstante, la cuestión de si dentro de los llamados

⁴⁷⁹ Aquí entendemos el término población civil en el marco de los crímenes de derecho internacional, en el cual debe tomarse en consideración el objetivo que con los tipos se persigue, esto es, la protección de los derechos humanos de todas las personas frente a cualquier forma de violación sistemática. Vid., TPIY, sentencia de 7 de mayo de 1997 (Tadić, TC), parág. 639; TPIY, sentencia de 30 de noviembre de 2005 (Limaj et. al., TC), parág. 186; TPIY, sentencia de 27 de septiembre de 2006 (Krajišnik, TC, parág. 706. Vid., también, con ulteriores referencias, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., pp. 471-472; que señala: “La jurisprudencia más antigua interpretó de forma correcta que para determinar la pertenencia a una población civil era necesario tener en cuenta la necesidad de protección de la víctima, que se deriva de su indefensión respecto a la violencia organizada, sea estatal, militar o de otro tipo. Por tanto, debe considerarse población civil aquellas personas que no forman parte del poder organizado del que proviene la violencia. Lo determinante no debe ser el estatus formal, como la

“crímenes fundamentales” (*core crimes*) sujetos a la competencia de la CPI y, en consecuencia, punibles directamente por el derecho internacional, se pueda incluir conductas como el tráfico de estupefacientes⁴⁸⁰, el terrorismo⁴⁸¹, atentados contra el medio ambiente⁴⁸² o el expolio⁴⁸³, es

pertenencia a determinadas fuerzas o unidades armadas, sino el rol efectivo en el momento de la comisión delictiva”.

⁴⁸⁰ *Vid.*, en favor de ampliar la jurisdicción de la CPI, McCONVILLE, Molly, “A Global War on Drugs: Why the United States should support the Prosecution of Drug Traffickers in the International Criminal Court”. *Am. Crim. L. Rev.*, vol. 37, 2000, pp. 75-102; GERAGHTY, Anne H, “Universal Jurisdiction and Drug Trafficking: A Tool for fighting one of the World’s most pervasive Problems”. *Fla. J. Int’l L.*, vol. 16, 2004, 371-403. *Vid.*, en contra de extender la jurisdicción de la CPI a los delitos de tráfico de drogas, por ejemplo, MICHELS, Johan David, “Keeping dealers off the Docket: The perils of prosecuting serious Drug-Related Offences at the International Criminal Court”. *Fla. J. Int’l L.*, vol. 21, 2009, pp. 449-459; KIEFER, Heather L., “Just Say No: The Case against Expanding the International Criminal Court’s Jurisdiction to Include Drug Trafficking”. *Loy. L.A. Int’l & Comp. L. Rev.*, vol. 31: 101, 2008, pp. 157-181.

Incluso la Asamblea General pidió a la CDI que, “al examinar en su 42º periodo de sesiones el tema titulado ‘Proyecto de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad’, se ocupe de la cuestión de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional que tenga jurisdicción sobre las personas que presuntamente hayan cometido crímenes que puedan ser tipificados en dicho código, incluidas las personas que participan en el tráfico transfronterizo de estupefacientes, y que dedique particular atención a esta última cuestión en su informe sobre ese periodo de sesiones”. Así, ONU Doc. A/RES/44/39 (1989). Cfr., también, ONU Doc. A/RES/47/33 (1992) y A/RES/48/31 (1993).

⁴⁸¹ *Vid.*, CASSESE, Antonio, “Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law”. *Eur J. Int. Law*, vol. 12, nº 5, 2001, pp. 993-1001; DI FILIPPO, Marcello, “Terrorist Crimes and International Co-operation: Critical Remarks on the Definition and Inclusion of Terrorism in the Category of International Crimes”. *Eur J. Int. Law*, vol. 19, nº 3, 2008, pp. 533-570; GOLDSTONE, Richard J./SIMPSON, Janine, “Evaluating the Role of the International Criminal Court as a Legal Response to Terrorism”. *Harv. Hum. Rts. J.*, vol. 16, 2003, pp. 13-26; KROHNE, Steven W., “The United States and the World need an International Criminal Court as an Ally in the war Against Terrorism”. *Ind. Int’l & Comp. L. Rev.*, vol. 159, 1997-1998, pp. 159-187; PÉREZ ZEPEDA, Ana Isabel, “Definición del delito de terrorismo como un delito internacional”. En: SERRANO-PIEDRACASAS, J. R./DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho*. Madrid: Iustel, 2010, pp. 53-79. *Vid.*, sobre una propuesta de un Tribunal Especial de Lucha contra el Terrorismo (“Draft Statute of the Special Tribunal for Counterterrorism”) que aplique de forma híbrida prohibiciones de las legislaciones nacionales e internacionales sobre terrorismo, CREEGAN, Erin, “A Permanent Hybrid Court for Terrorism”. *Am. U. Int’l L. Rev.*, vol. 26, 2011, pp. 237-314.

⁴⁸² *Vid.*, recientemente a favor de un tribunal especializado en materia de protección del medio ambiente y además proponiendo la creación de un derecho penal internacional del medio ambiente, por todos, NIETO MARTÍN, A., “Bases para un futuro Derecho...”, *op. cit.*, pp. 247-264. En contra de someter a la jurisdicción de la CPI las conductas ambientalmente destructivas, especialmente las consecuencias ambientales de los conflictos armados, *vid.*, DRUMBL, Mark A., “International Human Rights, International Humanitarian Law, and Environmental

controvertida y de gran actualidad⁴⁸⁴. En este punto, como hace ver WERLE⁴⁸⁵, el derecho internacional se encuentra en pleno desarrollo.

Independientemente de las dimensiones, en ocasiones ingentes, de los saqueos, el expolio en cuanto tal no es un crimen de derecho internacional. Aunque los delitos de expolio cumplen con frecuencia los requisitos típicos de los crímenes de derecho internacional, es el caso de los crímenes de lesa humanidad, debe siempre probarse en el caso individual la existencia de los requisitos del crimen de derecho internacional.

Así, desde el punto de vista del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* en el derecho penal internacional (arts. 22-24 ECPI)⁴⁸⁶, este comportamiento no cuenta con una segura base jurídica en el derecho vigente, por lo cual sería muy controvertido sostener la legitimidad de la competencia de la CPI en este ámbito con base en la interpretación normativa hecha en las líneas superiores. Sin embargo, por esta vía de interpretación, el ECPI abre un camino de posibilidad para perseguir a escala internacional el comportamiento que en este estudio es objeto central de atención.

Security: Can the International Criminal Court Bridge the Gaps?". *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, vol. 5, n° 2, 2000, pp. 305-341.

⁴⁸³ *Vid.*, ampliamente, KOFELE-KALE, Ndiva, "Patrimonicide: The International...", *op. cit.*, pp. 45-118.

⁴⁸⁴ Los crímenes de terrorismo y los crímenes relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas fueron incluidos en el Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional, pero no contaron con respaldo mayoritario en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios en Roma sobre el establecimiento de la Corte Penal Internacional. *Vid.*, A/CONF. 183/2/Add. 1. *Vid.*, en la doctrina, a favor de calificar los delitos terroristas como crímenes de lesa humanidad, entre otros, CASSESE, Antonio, "Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law". *Eur J. Int. Law*, vol. 12, n° 5, 2001, pp. 993-1001; VAN DER VYVER, Johan D., "Prosecuting terrorism in international tribunals". *EILR*, vol. 24, n° 2, 2010, pp. 527-547; WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 80-81, nota 167.

⁴⁸⁵ WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 80-81.

⁴⁸⁶ *Vid.*, sobre este principio, SALAND, Per, "Chapter seven: International Criminal Law Principles". En: LEE, Roy S. (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*. La Haya: Kluwer Law International, 1999, pp. 194 ss.; WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 90 ss; CASSESE/ACQUAVIVA/FAN/WHITING, *International Criminal Law: Case's and Commentary*. Nueva York: Oxford University Press, 2011, pp. 53-75.

2. África

a) La Convención de la Unión Africana sobre Prevención y Lucha contra la Corrupción (AU-CPCC)⁴⁸⁷.

En junio de 1998 en Ouagadougou, Burkina Faso, conscientes de los estragos que la corrupción ha causado en muchos países africanos, los líderes de estos Estados resolvieron durante el XXXIV período ordinario de sesiones de la Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la antigua Organización para la Unidad Africana (OAU, remplazada en 2002 por la AU) convocar, en cooperación con la Comisión Africana de Derechos Humanos, a una reunión de alto nivel de expertos para considerar los mecanismos apropiados para eliminar los obstáculos al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales –obstáculos como la corrupción y la impunidad–, y proponer medidas legislativas adecuadas y de otro tipo para iniciar el proceso de reforma. Este puede considerarse como el primer paso específico y concreto a nivel continental para hacer frente a la corrupción y preparar el escenario que precedió a la Convención de la Unión Africana sobre Prevención y Lucha contra la Corrupción (en adelante, AU-CPCC).

En la Segunda Sesión de la Asamblea de la UA, el 11 de julio de 2003 durante la Cumbre de la UA en Maputo, Mozambique, fue adoptada la AU-CPCC (a pocos meses antes de la aprobación de la UNCAC). Este instrumento es el reflejo del consenso alcanzado por los líderes del continente para formular y llevar a cabo, como cuestiones prioritarias, una política criminal y estrategias comunes y armonizadas con el fin de prevenir, detener, sancionar y erradicar la corrupción (así se

⁴⁸⁷ En vigor desde el 5 de agosto de 2006.

refleja entre los objetivos contemplados en el art. 2.3), y el establecimiento de un entorno propicio que promueva la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión de los asuntos públicos⁴⁸⁸.

La AU-CPCC criminaliza, entre otras conductas, la apropiación de bienes del Estado por un funcionario que lo recibe en su carácter oficial⁴⁸⁹ y el uso o la ocultación del producto de la corrupción⁴⁹⁰. Según la descripción de estas conductas, la AU-CPCC será aplicable a la desviación hecha por funcionario público o cualquier otra persona, con fines ajenos a los cuales estaban inicialmente destinados, para su propio beneficio o el de un tercero, de bienes pertenecientes al Estado o a sus organismos o agencias, a un organismo independiente, o a un particular, que los hubiera recibido en virtud de su posición.

En este breve párrafo se contempla una formulación típica muy amplia de apropiación. Así, aparentemente se introduce una concepción *lata* de funcionario público basada en el elemento objetivo del ejercicio de funciones públicas, sin requerirse la integración del sujeto en la organización burocrática del Estado⁴⁹¹. Pues, este precepto es aplicable tanto a los funcionarios como a cualquier otra persona que hubiera recibido los bienes en virtud de su posición.

En este breve párrafo se contempla una formulación típica muy amplia de apropiación. Así, aparentemente se introduce una concepción *lata* de funcionario público basada en el elemento objetivo del ejercicio de funciones públicas, sin requerirse la integración del sujeto en la organización burocrática del Estado⁴⁹². Pues, este precepto es aplicable tanto a los funcionarios como a cualquier otra persona que hubiera

⁴⁸⁸ Art. 2.4.

⁴⁸⁹ Art. 4. 1. (d).

⁴⁹⁰ Art. 4. 1. (h).

⁴⁹¹ Art. 1.

⁴⁹² Art. 1.

recibido los bienes en virtud de su posición. En cuanto al objeto, lo será cualquier bien, ya sea perteneciente al Estado, o ya sea un bien perteneciente a un individuo particular y que hubiera sido entregado al Estado. La conducta es la simple desviación con fines ajenos a los cuales estaban inicialmente destinados los bienes, sin importar si esos fines ajenos fuesen públicos o privados. Sobre el elemento subjetivo, basta un beneficio para el autor o un tercero, prescindiéndose de este modo de cualquier exigencia de especiales elementos subjetivos del injusto, como podría ser el ánimo de lucro, es decir, que lo relevante es la obtención de un beneficio injusto por los sujetos indicados, sin importar cuál es la motivación de su conducta apropiatoria. Esta es una interpretación muy genérica, cercana al criterio italiano del *profitto ingiusto*, comprensiva de cualquier ventaja, utilidad o disfrute.

En cuanto al enriquecimiento ilícito, no obstante, ser una de las conductas prohibidas por la AU-CPCC, esta misma convención introduce reservas a esta prohibición. De este modo, en ella los Estados Parte se comprometen a adoptar las medidas necesarias para establecer en su legislación el delito de enriquecimiento ilícito, pero sin perjuicio de las disposiciones de su derecho interno⁴⁹³. Igual que ocurre con la UNCAC, el hecho de la introducción de esta figura en el texto de la AU-CPCC ha sido inspirada por la OEA-CICC. La definición del enriquecimiento ilícito como “el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público o de cualquier otra persona que no pueda ser razonablemente justificado en relación a sus ingresos”.

Para KOFELE-KALE, esta disposición entra en contradicción con el art. 14 de la misma convención, que garantiza a todo acusado de haber

⁴⁹³ Art. 8.1 AU-CPCC. En muchos países de la AU la presunción de inocencia está consagrada en sus respectivas Constituciones. *Vid.* con ejemplos, KOFELE-KALE, N., *The International Law...*, *op. cit.*, p. 188 ss.

cometido actos de corrupción y delitos conexos a ser sometido a un juicio imparcial en los juicios penales de acuerdo con las garantías mínimas contenidas en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y cualquier otro instrumento internacional de derechos humanos relevante y reconocido por los concernientes Estados Parte. Este autor expresa que entre esas “garantías mínimas” está la del derecho a la presunción de inocencia. Además, recuerda que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, que ha sido ratificado por más de 40 Estados de África, también garantiza al acusado el derecho a ser considerado inocente hasta que no se muestre su culpabilidad⁴⁹⁴. Retomaremos oportunamente esta problemática.

Desde el punto de vista preventivo, la convención incluye una disposición que exige a todos los funcionarios públicos nombrados o elegidos a hacer una declaración patrimonial en el momento de la toma de posesión, durante y después de su mandato en el servicio público⁴⁹⁵.

Siguiendo la moderna tendencia, este instrumento también cuenta con una disposición que prevé la inaplicabilidad de las leyes de secreto bancario en lo que respecta a los actos de corrupción y delitos conexos⁴⁹⁶. Este precepto obliga a cada Estado Parte a adoptar las medidas necesarias para habilitar a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la confiscación o incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales con el fin de la aplicación de la AU-CPCC.

Las disposiciones sobre secreto bancario junto con las relativas a la financiación de los partidos políticos⁴⁹⁷ son importantes innovaciones

⁴⁹⁴ Art. 14.

⁴⁹⁵ Art. 7.1.

⁴⁹⁶ Art. 17.

⁴⁹⁷ Art. 10. “Financiación de Partidos Políticos

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole para:

introducidas por la convención. En el mismo sentido, es importante destacar el compromiso de los Estados Parte para asegurar que la inmunidad concedida a los funcionarios públicos no será un obstáculo para la investigación de las denuncias en su contra y su enjuiciamiento⁴⁹⁸. Como es por todos sabido, la concesión de inmunidad para los funcionarios de alto rango, siempre ha sido un obstáculo en para la investigación y enjuiciamiento de aquéllos. Si bien, en levantamiento de la inmunidad introducido por la AU-CPCC no es total, pues será hecha sin perjuicio de las disposiciones de las legislaciones internas, al menos abre una posibilidad a través de un aviso a los funcionarios que no pueden contar con inmunidad para protegerse de la investigación y enjuiciamiento.

Con todo, el objetivo fundamental de la convención es el de garantizar que los individuos que sean responsables por delitos especialmente graves sean llevados ante la justicia mediante una efectiva persecución y sanción por un órgano jurisdiccional competente.

En lo que atañe a las sanciones, la AU-CPCC se limita a declarar entre sus objetivos el promover y fortalecer el desarrollo por cada Estado parte de los mecanismos para sancionar la corrupción y delitos conexos (art. 2.1). De la misma forma que se propone el promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados parte para garantizar la eficacia de las medidas y acciones para sancionar dichos comportamientos (art. 2.2) y coordinar y armonizar las políticas y legislaciones para cumplir con tales propósitos (art. 2.3).

(a) Prohibir la utilización de fondos adquiridos mediante prácticas ilícitas y prácticas corruptas para financiar a los partidos políticos; y

(b) Incorporar el principio de transparencia en la financiación de los partidos políticos”.

⁴⁹⁸ Art. 7.5.

b) Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de Desarrollo del África Austral (Southern African Development Community Protocol against Corruption: SADC Protocol).

Este instrumento fue adoptado por los jefes de Estado y Gobierno de la SADC en agosto de 2001 en Malawi⁴⁹⁹, siendo así, el primer tratado subregional contra la corrupción en África. Ya entonces, los Estados Parte de este instrumento reconocieron a la corrupción como un grave problema internacional que cada país en todas las etapas de desarrollo debe abordar con carácter de urgencia.

El Protocolo SADC sigue la estela de la CICC-OEA de 1996, del Convenio Europeo sobre la lucha contra la corrupción de 1997 y del Convenio de la OCDE para combatir el cohecho de funcionarios Públicos Extranjeros en Negocios Internacionales de 1997, de los cuales deriva la inspiración del Protocolo SADC, que añade una perspectiva africana en la globalización de la lucha para el control de la corrupción. La adopción de este protocolo es una muestra del consenso existente de que la corrupción es una amenaza de extensión mundial y que es objeto de una acción concertada en casi todas las partes del mundo⁵⁰⁰.

En sede de represión, entre los actos de corrupción a los cuales se aplica el Protocolo SADC figura la apropiación de bienes públicos o privados por funcionario⁵⁰¹. Así, en virtud del protocolo se define como acto de corrupción la apropiación por funcionario, para fines ajenos a aquellos para los que fueron destinados, para su beneficio propio o de un tercero de cualquier bien mueble o inmueble, dinero o valores,

⁴⁹⁹ Entró en vigor el 06 de Julio de 2005, con 14 signatarios a julio de 2007.

⁵⁰⁰ MATSHEZA, Phil: *SADC Protocol Against Corruption: "Making it Work"*, African Workshop: Prague, The Czech Republic, 09 de octubre de 2001, p.2 (disponible en: http://iacconference.org/documents/10th_iacc_workshop_SADC_Protocol_against_Corruption.pdf).

⁵⁰¹ Art. 3 (d).

pertencientes al Estado, a un ente descentralizado, o un particular, que dicho funcionario ha recibido en virtud de su posición para fines de administración, custodia o por otras razones⁵⁰².

Además, se destaca en este instrumento la inclusión, como cajón de sastre, de un omnicompreensivo precepto que pune “cualquier acto u omisión en el desempeño de sus funciones por un funcionario público con el fin de obtener beneficios ilícitos para sí mismo o para un tercero”⁵⁰³. El protocolo introduce un concepto amplio de funcionario que no precisa la integración del sujeto en la organización burocrática del Estado siendo lo relevante el componente funcional, en cuanto a la realización de una función pública⁵⁰⁴. En lo referente a los modos de participación y grados de ejecución, este protocolo introduce de forma novedosa para este tipo de instrumento jurídico internacional la sanción expresa de quienes participen en estos actos a título de autor, coautor, cooperador, instigador, cómplice o encubridor, en cualquier asociación o confabulación, o de cualquier otra manera, en la comisión o tentativa de cualquiera de los actos sancionados por el texto del protocolo.

En cuanto a las sanciones, este protocolo se pronuncia en idénticos términos (art. 2) que la AU-CPCC.

⁵⁰² Art. 3 (d).

⁵⁰³ Art. 3 (c).

⁵⁰⁴ Art. 1. Definiciones.

c) Protocolo sobre la lucha contra la corrupción de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental [Economic Community Of West African States Protocol on the Fight against Corruption (ECOWAS Protocol)/Protocole sur la lutte contre la corruption de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (Protocole CEDEAO)]⁵⁰⁵.

El Protocolo sobre la lucha contra la corrupción de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (en adelante, Protocolo CEDEAO), fue suscrito en Dakar, el 21 de diciembre de 2001. Este instrumento también prevé la apropiación de patrimonio público, enriquecimiento ilícito, falsedades contables⁵⁰⁶, legitimación del producto de la corrupción y delitos conexos⁵⁰⁷.

El presente protocolo define la apropiación ilegal en similares términos que los instrumentos anteriores, entendiendo esta conducta como la desviación por un funcionario, de su propósito original, para su beneficio o para el beneficio de un tercero, de cualquier activo, bienes muebles o inmuebles y valores pertenecientes al Estado, a entes descentralizados o particulares, que el funcionario público ha recibido en virtud de su función y por necesidades de la Administración, para su conservación o por cualquier otra razón⁵⁰⁸.

En virtud de este protocolo las conductas que deben ser sancionadas como corrupción son: la solicitud o aceptación de sobornos por parte de los funcionarios, ofrecer o conceder sobornos a los funcionarios, tráfico de influencias, la apropiación de patrimonio público, enriquecimiento ilícito, falsedades contables⁵⁰⁹, legitimación del producto de la corrupción

⁵⁰⁵ El Protocolo CEDEAO aún no ha entrado en vigor.

⁵⁰⁶ Art. 6.

⁵⁰⁷ Art. 7.

⁵⁰⁸ Art. 6. (e).

⁵⁰⁹ Art. 6.

y delitos conexos⁵¹⁰ y, soborno de funcionarios extranjeros e internacionales⁵¹¹. La apropiación del patrimonio público se sanciona en similares términos al de los comentados en cuanto a los instrumentos anteriores⁵¹².

Asimismo, se contempla la responsabilidad penal, civil y/o administrativa de las personas jurídicas por su participación en los anteriores delitos, sin perjuicio de la responsabilidad de las personas físicas que hayan cometido el delito⁵¹³.

A propósito de las sanciones, el Protocolo CEDEAO impone a los Estados parte la genérica obligación de promover, en relación con los delitos establecidos de conformidad en su texto, sanciones y medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 10).

3. América

a) Convención Interamericana contra la Corrupción

Desde la última década del siglo pasado, la OEA ha dado ambiciosos pasos para el contraste de la criminalidad transnacional en este hemisferio. De tal suerte, se ha desarrollado toda una estrategia interamericana para controlar la corrupción. La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC-OEA) fue el primer instrumento jurídico internacional en este campo y constituye el instrumento jurídico interamericano más

⁵¹⁰ Art. 7.

⁵¹¹ Art. 12.

⁵¹² Art. 6. (e). “la desviación por un funcionario, de su propósito original, para su beneficio o para el beneficio de un tercero, de cualquier activo, bienes muebles o inmuebles y valores pertenecientes al Estado, a entes descentralizados o particulares, que el funcionario público ha recibido en virtud de su función y por necesidades de la Administración, para su conservación o por cualquier otra razón”.

⁵¹³ Art. 11.

importante para la cooperación y asistencia entre las 34 naciones del hemisferio occidental que forman parte de la misma. En diciembre de 1994, en la Primera Cumbre de las Américas (Miami Florida, 1994), los Jefes de Estado de las naciones miembros de la OEA suscribieron un Plan de Acción que declara que la corrupción es un asunto de primordial interés no solamente en ese hemisferio, sino también en todas las regiones del mundo. Mediante este plan se solicitó, entre otras cosas, el desarrollo en el seno de este órgano, teniendo en cuenta la aplicación de tratados y la legislaciones nacionales, de un enfoque hemisférico sobre los actos de corrupción en los sectores público y privado que debería incluir la extradición y el enjuiciamiento de las personas sospechosas, mediante la negociación de un nuevo acuerdo hemisférico o de nuevos acuerdos dentro de los marcos internacionales existentes para la cooperación internacional⁵¹⁴. Fue así que posteriormente se adoptó la CICC-OEA tan solo dos años después.

En relación con la apropiación ilícita y otras formas de desviación de bienes públicos, la CICC-OEA se centra en el soborno y no introduce aquélla conducta de forma taxativa dentro de los actos de corrupción a los cuales esta convención es aplicable. Sin embargo, adopta un enfoque muy amplio en las formas de corrupción, por lo que será corrupción a efectos de la presente convención, “la realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero”⁵¹⁵.

Pero además, la disposición anterior debe ser interpretada de forma sistemática con las disposiciones adicionales contenidas en el art. XI

⁵¹⁴ Para un estudio más detallado de la CICC-OEA, *vid.* KOFELE-KALE, N., *The International Law...*, *op. cit.*, pp. 184 ss.; HENNING, Peter J.: “Public Corruption: a Comparative...”, *op. cit.*, pp. 807 ss.

⁵¹⁵ Art. VI. c)

bajo el título de “desarrollo progresivo”. De acuerdo a estas últimas, las partes se obligan a considerar la tipificación en sus respectivas legislaciones, entre otras conductas, el “uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada” (art. XI.b). Asimismo, se sugiere la penalización de “la desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmueble, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubiera percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa” (XI.d).

A diferencia del tipo de soborno que contempla la CICC-OEA, las anteriores disposiciones no requieren un *quid pro quo*. La conducta delictiva consiste en la obtención ilícita de un beneficio, que puede implicar un ejercicio legítimo de autoridad, generando una ganancia para el funcionario que no tendría derecho a recibir por un beneficio atribuible a su decisión. Esta disposición marca un importante paso en el derecho internacional sobre la corrupción, pues amplió en este contexto la definición de corrupción que hasta entonces existía, incluso llegando a considerar como tal conductas que carecen de una transacción entre dos partes⁵¹⁶. De suerte que, ahí se recoge una conducta diferente más allá del soborno que podría ser comprensiva de la apropiación del patrimonio público.

⁵¹⁶ En los respectivos análisis que de este precepto realizaron tanto el Departamento de Estado, como el Senado de los EEUU, consideraron esta conducta abarca actos preparatorios para la comisión de sobornos. Al respecto, *vid.*, HENNING, Peter J., “Public Corruption: A comparative analysis of International Corruption Conventions and United States Law”. *Ariz. J. Int’l & Comp. L.*, vol. 18, n° 3, 2001, p. 809 ss.

En cuanto a las penas, la CICC-OEA no se pronuncia más allá de los propósitos generales (art. II) de promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para sancionar la corrupción; así como promover, facilitar y regular la cooperación entre los mismos a fin de asegurar la eficacia de dichas medidas.

4. Europa

a) Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

En orden cronológico, el primer instrumento que puede ser dirigido a proteger el patrimonio público –y en este caso concreto exclusivamente el patrimonio de las Comunidades Europeas– contra conductas apropiatorias, lo encontramos en el archiconocido *Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidades Europeas* (en adelante Convenio PIF)⁵¹⁷. No en vano existe una conexión directa y muy evidente entre las conductas de corrupción y el fraude⁵¹⁸. Pero aún más, el denominado fraude a los intereses de las Comunidades Europeas o eurodelito de estafa⁵¹⁹, puede ser el modo de realización de la corrupción.

En virtud del art. 1.1 del convenio en análisis, es constitutiva de fraude que afecte a los intereses financieros de la CCEE tanto en materia de gastos como de ingresos, cualquier acción intencionada relativa a la

⁵¹⁷ Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995 (DOC 316 de 27/11/1995).

⁵¹⁸ ARDITO, Francesco, “Frode ai danni dell’Unione Europea e Corruzione”. En: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos (ed.), *Fraude y corrupción en la administración pública*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, pp. 313. En el mismo sentido, siguiendo a este autor, CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, “Iniciativas internacionales contra...”, *op. cit.*, p. 16.

⁵¹⁹ VOGEL, Joachim, “Estafa en la UE”. En: ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A., *Fraude y Corrupción...*, *op cit.*, pp. 41 ss.

utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la percepción o la retención indebida de fondos comunitarios o; el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto, o; el desvío de esos mismos fondos con otros fines distintos de aquéllos para los que fueron concebidos en un principio.

Del mismo modo, el Reglamento 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las CCEE, bajo la figura genérica de "irregularidad", en su art. 1.2 sanciona toda infracción de una disposición del Derecho comunitario correspondiente a una acción u omisión que perjudique los intereses financieros de las CCEE, bien mediante la disminución o la supresión de ingresos, bien mediante un gasto indebido.

En cuanto a los sujetos activos, la expresa referencia que en la exposición de motivos del Convenio PIF se hace al importante papel que desempeñan las empresas en los ámbitos financieros de las CCEE y de que todo aquel que tenga poder de decisión en las empresas no debería quedar exento de responsabilidad penal ante la lesión de los intereses financieros de la CCEE⁵²⁰, podría conllevar a inferir en un primer momento que este instrumento ha sido dirigido únicamente a los particulares que ejerzan poderes de decisión o de control en el seno de empresas. Pero, la letra del artículo 1 no restringe su ámbito de aplicación por razón del sujeto activo a los particulares. Algo que si realiza el art. 1.2 del Reglamento 2988/95 al referirse expresa y únicamente a una acción u omisión de *un agente económico*⁵²¹.

⁵²⁰ Art. 3.

⁵²¹ La cursiva es nuestra.

b) Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión europea, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

Los Estados Parte de la Unión Europea conscientes de que los intereses financieros de la misma pueden verse afectados o amenazados por actos de corrupción cometidos por o respecto de funcionarios nacionales o comunitarios responsables de la percepción, la gestión o el desembolso de los fondos comunitarios sometidos a su control⁵²², han tratado de llenar las lagunas concernientes a la corrupción contenidas en el Convenio PIF mediante el Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión europea, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (en adelante, Primer Protocolo).

Ambiciosamente el Primer Protocolo declara “la necesidad de adaptar las legislaciones nacionales en la medida en que no tipifiquen como delito los actos de corrupción que causen o puedan causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas...” y esta adaptación “no debe limitarse a los actos de corrupción activa y pasiva, sino que debería hacerse extensiva a otros delitos que afecten o puedan afectar a los ingresos o a los gastos de las Comunidades Europeas...” Sin embargo, el texto del Primer Protocolo se limita a criminalizar únicamente la corrupción pasiva y activa (léase soborno o cohecho, según la nomenclatura en uso)⁵²³.

Por otra parte, el Primer Protocolo dispone la asimilación de las cualificaciones de las infracciones constitutivas de una de las conductas contempladas en el art. 1 del Convenio PIF y que hayan sido cometidas

⁵²² Así el preámbulo del Primer Protocolo.

⁵²³ Arts. 2 y 3.

por funcionarios nacionales en el ejercicio de sus funciones sean también aplicables de la misma forma a los casos en que las infracciones sean cometidas por funcionarios comunitarios en el ejercicio de sus funciones⁵²⁴. Con lo cual, el Primer Protocolo viene a despejar toda duda que hubiera podido existir sobre la aplicabilidad del ámbito subjetivo de la conducta prevista en el referido convenio.

En relación con las sanciones aplicables, tanto el Convenio (art. 2) como el protocolo (art. 5), establecen de forma genérica la obligación de los EEMM de tomar las medidas necesarias para que a los comportamientos típicos les sean impuestas sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, entre las que figuren, al menos en caso grave, penas privativas de libertad que puedan lugar a la extradición⁵²⁵.

En definitiva, aunque el TUE (art. 325) constriñe a la Unión y los EEMM a combatir el fraude y “toda actividad ilegal” que afecte a los intereses financieros de la Unión, y además obliga a los EEMM a brindar a los intereses financieros de la Unión una protección eficaz y equivalente a la brindada a los propios intereses financieros. No se puede afirmar sin objeciones desde el punto de vista del principio de legalidad, que la apropiación del patrimonio de las CCEE por funcionarios nacionales o por funcionarios comunitarios se encuentra prevista como un eurodelito de malversación por el Convenio PIF (art.1) en concordancia con el Primer Protocolo (arts. 4 y 7)⁵²⁶. Hasta la fecha, el término malversación, en cuanto tal, o cualquier conceptualización amplia de los conceptos de apropiación

⁵²⁴ Art. 4.

⁵²⁵ *Vid.*, sobre las sanciones en la Unión Europea, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Sobre la armonización de las sanciones en la Unión Europea”. En: ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (eds.), *Fraude y Corrupción...*, *op. cit.*, pp. 510 ss.

⁵²⁶ A favor de la inclusión en el derecho de la UE de establecer un catálogo de eurodelitos contra la Administración pública comunitaria, NIETO MARTÍN, Adán, “La lucha contra la corrupción en la Constitución Europea (art. III-274 CE)”. En: ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (eds.), *Fraude y Corrupción...*, *op. cit.*, pp. 84-85.

o desvío de fondos por funcionarios en el ejercicio de su cargo, no aparece en ninguna norma europea.

Se debe tener presente que en el seno de la UE el control de la corrupción se ha visto desde el principio estrechamente relacionado a la protección de los intereses financieros de la UE y que incluso en la actualidad, habiéndose aprobado instrumentos en los que el control de la corrupción se desprende del fin último de protección de los intereses financieros⁵²⁷, continúa primando los fines últimos de la UE (como por ejemplo son la libre competencia, el funcionamiento eficaz del mercado interior, la protección de los intereses financieros, la ayuda y asistencia exteriores y el comercio internacional abierto, libre y justo)⁵²⁸ sobre cualquier política de persecución de la corrupción⁵²⁹. En esta línea, se ha señalado que la razón de ser del *Corpus iuris* es la protección penal de los intereses financieros de la Unión Europea⁵³⁰, para lo cual entre las ocho infracciones previstas en este texto ha sido incluida la malversación (art. 6 de la versión final de 2000)⁵³¹. A la luz de tales consideraciones y la

⁵²⁷ *Vid.*, Acto del Consejo, de 26 de mayo de 1997, por el que se establece, sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea [Diario Oficial C 195 de 25.6.1997], y; Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado [Diario Oficial L 192 de 31/07/2003 p. 0054 - 0056].

⁵²⁸ *Vid.*, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo- Una Política global de la UE contra la corrupción [COM/2003/0317].

⁵²⁹ CUGAT MAURI, Miriam, "Tráfico de influencias (art. 8)". En: ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A., *Fraude y Corrupción...*, *op. cit.*, pp. 63-64.

⁵³⁰ DELMAS-MARTY, Mireille (dir.), *Corpus Juris, sobre disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*. París: 1997 (disponible en: http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/fwk-green-paper-corpus/corpus_juris_es.pdf); DELMAS-MARTY, Mireille/VERVAELE, J. A. E. (eds.), *Un Derecho Penal para Europa: Corpus Juris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*. Madrid: Dykinson, 2004, *passim*.

⁵³¹ **Artículo 6 - Malversación.** (antes artículo 4)

Constituye una infracción penal la acción de un funcionario, autorizado a disponer de fondos comunitarios, que los sustraiga o los distraiga, otorgando una subvención, una ayuda, o una exención, a favor de quien claramente no tiene derecho a dicho beneficio, o interviniendo

plasmación que de esta figura se hace en ese proyecto legislativo comunitario, la elección de castigar esta conducta se asocia a la construcción del tipo delictivo como lesivo de intereses financieros.

Por consiguiente, si bien es cierto que en este marco algunos textos adoptan un concepto amplio de corrupción equivalente a “abuso del poder para obtener ganancias privadas”⁵³², lo cierto es que hasta el momento –como muestran el Convenio del Consejo de Europa⁵³³, el Convenio PIF y sus Protocolos, el Convenio Civil sobre corrupción⁵³⁴–, el concepto que de corrupción hacen los instrumentos europeos no es tan amplio como para incluir ni siquiera un eurodelito de malversación⁵³⁵.

5. Análisis general del contexto normativo internacional

Como hemos podido observar en la exposición precedente, la creciente atención que los instrumentos internacionales dedican a la apropiación del patrimonio público se inician, en la CICC-OEA –aunque con un grado de timidez considerable–, continua con mayor notoriedad en la AU-CPCC y los respectivos protocolos de la SADC y ECOWAS, hasta llegar, finalmente, a la UNCAC donde la debida gestión de los de los asuntos y bienes públicos se constituye en uno de los objetivos principales del mismo instrumento (art. 1). Igualmente, constatamos que en la Unión Europea sólo mediante una argumentación bastante alambicada se puede mantener que en el Convenio PIF

directa o indirectamente en el otorgamiento de ayudas o de exenciones de derechos a empresas o en relación con operaciones en las que tenga intereses personales.

⁵³² Así, la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo: Una política global de la UE contra la corrupción. Bruselas, 28.5.2003. COM (2003) 317 final, p. 6.

⁵³³ Convenio penal sobre corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999. Igualmente, Protocolo adicional al Convenio penal sobre corrupción, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003.

⁵³⁴⁵³⁴ Convenio Civil sobre la Corrupción (número 174 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el cuatro de noviembre de 1999.

⁵³⁵ De otra opinión, NIETO MARTÍN, A., “La lucha contra la corrupción...”, *op. cit.*, p. 87.

se sanciona la apropiación o desvío de fondos por funcionarios a escala europea. Esto último obedece a que el Derecho Europeo ha regulado únicamente aspectos parciales relacionados con los intereses financieros: fraude fiscal y de subvenciones.

En líneas generales, *las conductas* que los diferentes instrumentos configuran son la apropiación indebida o la simple desviación con fines ajenos a los cuales estaban inicialmente destinados los bienes públicos o privados por funcionarios, sin importar que esos fines ajenos fuesen públicos o privados.

Sobre el *elemento subjetivo* que debe guiar la actividad del sujeto activo, para la totalidad de la normativa internacional basta un beneficio para el autor o un tercero, siendo irrelevante la motivación de la conducta apropiatoria. De este modo, se prescinde de cualquier exigencia de especiales elementos subjetivos del injusto, como podría ser, por ejemplo, el ánimo de lucro. Es decir, que lo relevante es la obtención de un beneficio injusto por los sujetos indicados, sin importar cuál es la motivación de su conducta apropiatoria. Esta es una interpretación cercana al criterio italiano del *profitto ingiusto*, comprensiva de cualquier ventaja, utilidad o disfrute.

En cuanto al *objeto*, lo será cualquier bien público o privado que haya sido confiado al funcionario en virtud de su cargo. En lo referente a *las penas*, además de lo ya señalado en el análisis particular de cada uno de estos instrumentos, podemos agregar, sin ánimo de adelantar contenidos posteriores de este trabajo, la mayoría de estas normativas prevén medidas y sanciones de carácter pecuniarias.

Ahora bien, como hemos referido, el ordenamiento jurídico internacional en materia de corrupción constriñe a los Estados a adoptar medidas legislativas necesarias para tipificar como delito la apropiación ilícita u otras formas de desviación o apropiación de bienes públicos. Aunque, salvo peculiaridades estructurales, más o menos importantes como ya antes se observó en este

estudio⁵³⁶, lo cierto es que estas conductas ya se encuentran recogidas por intervenciones penales específicas a lo interno de la gran mayoría de Estados.

Resulta muy llamativo e importante puntualizar que aunque estos tipos penales clásicos no abarcan la magnitud del problema que implica el expolio, éste hasta ahora no ha sido objeto de mención ni referencia por parte del ordenamiento jurídico internacional. El único instrumento internacional que apenas insinúa esta problemática es la UNCAC, en cuyo preámbulo las Naciones Unidas se declaran preocupadas “por los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados...” De esta suerte, las Naciones Unidas dan cuenta de la preocupación que suscita este fenómeno y de la necesidad de respuesta penal que se aprecia.

Sin embargo, las declaraciones sobre la gravedad del problema, estas no han sido acompañadas de las medidas correspondientes. Los Estados y las organizaciones internacionales no han reaccionado con rapidez suficiente a la amenaza que plantean la delincuencia macroeconómica y la gran corrupción.

Todo ello, representa un obstáculo básico que impide una respuesta internacional más eficaz: el abordaje por las organizaciones internacionales de la problemática de corrupción se encuentra claramente orientada a los casos de pequeña corrupción que entrañan pequeñas o medianas cantidades de activos, los cuales normalmente no constituyen una proporción importante de los recursos de los Estados, y que individualmente considerados no constituyen una amenaza a la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados, en atención a lo cual, tampoco constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.

En fin de cuentas, los Estados y las organizaciones internacionales en sus políticas criminales y construcciones jurídicas han tratado el fenómeno de la

⁵³⁶ *Vid.*, Capítulo segundo de este trabajo.

corrupción desde perspectivas “provincianas”, desde una visión del complejo entramado de hechos y relaciones de poder y dominación casi siempre observado desde una “única cara de la luna”. No nos cabe duda de la necesidad de sumar una nueva visión angular que permita acercarse más a estos hechos y relaciones a nivel planetario.

III. Necesidad dogmática y político criminal

Intentando, previamente, enmarcar el problema en su contexto, ha quedado establecido en los apartados anteriores que en las convenciones internacionales sobre corrupción, hasta ahora, sólo han aparecido obligaciones de incriminación específicas relativas a las formas clásicas de apropiación o desviación ilícita de activos por funcionarios, propias de la pequeña corrupción. Nos encontramos, en definitiva, ante el hecho de que la figura del expolio no ha sido recogida específicamente en el Estatuto de Roma, y en las convenciones internacionales sobre corrupción. Es decir que, tanto en el DPI como en el derecho internacional, no han aparecido obligaciones específicas relativas a la gran corrupción en general, ni tampoco en particular al expolio de las riquezas nacionales.

Con estos presupuestos, actualmente los tipos clásicos de apropiación ilícita por funcionarios comprenden formas de aparición de estas conductas que van desde supuestos de criminalidad de bagatela a supuestos de casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados. Generalmente, los gobernantes que comenten saqueos lo hacen mediante un plan coordinado. Es un saqueo organizado y sistemático o a gran escala de la riqueza y recursos de una nación por parte de los jefes de Estado y funcionarios

de mayor nivel. Asimismo, se ha puesto de manifiesto que los tipos penales tradicionales y los términos que les designan expresan solo el acto de depredación en sí, la acción misma, pero no su efecto, que *es la destrucción de la base económica de las víctimas de una nación*.

Un tipo clásico de malversación, peculado, apropiación indebida o cualquier otra forma de desviación del patrimonio público por funcionarios, debería ceñirse, por ello, a la protección de los recursos de los Estados cuando estos no se vean afectados en forma tan grave como para poner en peligro la estabilidad político-económica y el desarrollo sostenible de esos Estados y desvincularse de toda pretensión de tutela de intereses de relevancia para la comunidad internacional.

Hemos destacado que son los casos de apropiación de vastas cantidades de activos pertenecientes a las riquezas de una nación los que amenazan la estabilidad político-económica y el desarrollo sostenible de esas naciones. Llegando a poner en peligro u obstaculizando la consecución de la paz social cuando se ven afectados sus fundamentos, esto es, la efectiva libertad e igualdad y libre desarrollo de la personalidad de los individuos.

Las bases económicas de una sociedad no pueden entenderse como bienes jurídicos instrumentales de los protegidos por los delitos de malversación, peculado o apropiación indebida. Mediante estos tipos penales no puede establecerse una sanción lo suficientemente grave, para conseguir efectos de prevención general en casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos. Dicho de otro modo: una sanción adecuada a la magnitud del daño producido por el expolio, sería desproporcionado a la mayoría de supuestos de malversación, peculado o apropiación indebida. Es decir, un problema ulterior, específico entre estos supuestos, es la asimetría en la represión.

Desde el punto de vista jurídico, igualmente, no cabe estimar, en consecuencia, que las normas penales sancionadoras de los referidos delitos,

incluyan de forma plena en su sanción el desvalor y reproche que el ordenamiento jurídico debe atribuir al expolio. En cualquier caso, no compartimos la tesis de la consunción. Según esto, la sanción penal de los delitos de malversación o apropiación, absorbe la totalidad del desvalor y reproche que la conducta de expoliación merece y en consecuencia ha descargado sobre ella toda la pena necesaria. A nuestro modo de ver, de ser así se sancionaría penalmente hechos diversos desde una misma perspectiva, porque *no concurren identidad de hecho ni identidad de fundamento*. Sancionar el expolio como malversación (o apropiación indebida o peculado según nomenclatura en uso) resulta desproporcionado en relación a la naturaleza y gravedad del delito porque la sanción del primer delito no absorbe todo el desvalor y reproche que la totalidad que la conducta de expolio merece.

Esta bipartición, dos modelos diferentes con presupuestos de legitimidad diferentes, debe ser también, desde una perspectiva político criminal, el punto de partida de una futura regulación internacional. Donde más que ampliar los delitos tradicionales, debe apostarse por un tipo autónomo de expolio. La persecución penal de los funcionarios de alto nivel que comenten expolio, junto con la necesidad de adoptar medidas para recuperar los activos expoliados, es la manera de conseguir que la expoliación de las riquezas nacionales no se reduzca a un problema de la corrupción de bagatela o a pequeña escala y de dimensiones a lo interno de los Estados. De modo que, las iniciativas e instrumentos internacionales para controlar la corrupción se ha resentido debido a la falta de empeño y a una comprensión insuficiente de los tipos, niveles, entornos y costos de este fenómeno. Desde el punto de vista de política criminal, abordar el expolio en un marco y bajo una problemática bien distinta, propia de la pequeña corrupción, no ayuda a poner el acento en los casos de los atentados más graves a los derechos humanos. Particularmente consideramos que el expolio comparte características con estas figuras clásicas, sin embargo, el primero no es solamente una mera apropiación o desviación de bienes públicos

o privados asimilable a las segundas. La malversación, constituye únicamente la punta del *iceberg* de una problemática mucho más compleja. Creemos también que en este caso resulta conveniente mantener que se trata de tipologías delictivas diferentes. Las diferencias se sitúan en el contenido de los elementos, además, responden a necesidades prácticas distintas y se legitiman de distinto modo.

Desde la perspectiva dogmática, constatado de previo el vacío de punibilidad y delimitación del expolio respecto de los tipos tradicionales, se hace patente la necesidad de que ese vacío sea cubierto. Supondría un nivel de intervención considerablemente (menos reducido) mayor que el que existe en la mayor parte de sistemas nacionales.

Por tanto, si se considera que la legitimidad de la intervención penal internacional en este ámbito además de lo señalado anteriormente, depende sobre todo de que el tipo penal abarque los supuestos más graves e intolerables para el interés general y la comunidad internacional en su conjunto, sólo cabe incluir un tipo que los acoja distinto al de malversación, ya que este último inevitablemente se subordina al sistema de justicia nacional. Máxime, si se parte de la conciencia general que esa tarea –la efectiva protección de las bases económicas de las sociedades ante los ataques más graves–, es una tarea global que no puede dejarse en manos de un determinado Estado, principalmente cuando estos ataques provienen de quienes controlan todas o las principales instancias de poder de ese Estado. Así, ante estos hechos, que particularmente constituyen los casos más graves de los derechos humanos, las víctimas se encuentran, a menudo, efectivamente desprotegidas. En estos casos la protección estatal es inoperante, por lo cual se requiere la internacionalización de los derechos humanos para remediar esta situación⁵³⁷. Aquí, subyace una necesidad más bien práctica para la internacionalización de la sanción y persecución penal de estas conductas.

⁵³⁷ WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., p. 106.

Sobre la base de estos presupuestos generales, y debido a la falta de adecuación de las figuras jurídicas tradicionales para garantizar el grado suficiente de tutela, parece oportuno mejorar los marcos normativos internacionales y emprender esfuerzos encaminados a definir las posibles líneas maestras de un crimen de derecho internacional de expolio, y a definir los mecanismos para vigilar si los Estados Miembros cumplen los compromisos que se asuman, y determinar y remediar las deficiencias legislativas e institucionales en la materia. Esto debe constituir una prioridad en el ámbito del control de la gran corrupción, teniendo en cuenta, sin embargo, los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad que deben guiar las actuaciones del poder punitivo internacional.

En consecuencia, resulta necesario contar con una definición autónoma, propia del expolio como crimen contra la humanidad. Para construir esta definición –como la de toda conducta que se trate de definir como crimen de derecho internacional–, hay que tener en cuenta de forma determinante al derecho internacional general, siempre que sus principios rectores sean trasladables al derecho penal internacional⁵³⁸. Así, en nuestra opinión, nos resulta imprescindible la positivización del expolio como crimen de lesa humanidad y la criminalización de esta conducta directamente a partir del derecho internacional vigente para que pase irrefutablemente a constituir parte del orden jurídico penal internacional.

En esta línea, en lo que sigue en el presente capítulo, exploraremos la viabilidad de un hipotético tipo penal que brinde, tanto a nivel nacional como internacional, una protección razonable a la riqueza de las naciones y sancione eficazmente su lesión por parte de los gobernantes. O sea que, la siguiente propuesta está basada en dos columnas vertebrales, que básicamente tienen coincidencia estructural con los procesos que han impulsado el nacimiento del derecho penal internacional. En primer lugar, pasa por la necesaria creación de

⁵³⁸ *Ibidem*, p. 506, nota 1797

una normativa internacional que como fruto de ese consenso global, diseñe la conducta descrita como crimen de derecho internacional. Por otra parte, indefectiblemente esa virtual norma internacional tendría que ser incorporada al derecho interno de los Estados partes, cuando esta no esté así prevista en los mismos, mediante un proceso de armonización⁵³⁹.

Constatada la necesidad dogmática y político criminal, y tomada posición en relación a las mismas, la fase ulterior es construir técnicamente el “modelo tipo” y establecer si es posible una regulación internacional que lo formule. Por ello resulta un esfuerzo esencialmente académico investigar cómo podría formularse y que elementos contendría un tipo de expolio que aspirara a una internacionalización. A continuación se esbozan los rasgos que deberían caracterizar el comportamiento penalmente relevante del “modelo tipo básico” de expolio como propuesta de *lege ferenda*.

IV. ¿Patrimonicidio, saqueo, expoliación?: Un nuevo término y nueva concepción para la destrucción de las naciones

Aunque puede ser difícil hablar de los efectos de corrupción en términos de relación de causalidad, no cabe ninguna duda de que las prácticas de gran corrupción es un problema transversal que ha contribuido a los números problemas que los Estados víctimas han experimentado o están experimentando. Resulta evidente la vinculación entre el expolio de las riquezas nacionales con la inestabilidad política, la exclusión social y pobreza extrema. Por citar un ejemplo, hay estudios sobre Haití que han encontrado una conexión

⁵³⁹ Si bien es cierto que ni el ECPI ni el principio de complementariedad que rige la jurisdicción de la CPI establecen obligación de incorporar sus preceptos al derecho interno de los Estados parte. Sin embargo, el ECPI si anima a los Estados a que promulguen leyes internas que se correspondan con lo prescrito en el mismo Estatuto.

directa entre la depredación del Estado y la pobreza extrema que vive este pueblo de forma sistemática⁵⁴⁰.

En el mundo actual la peor forma de matar masivamente es matando de hambre. Por supuesto, estos con ser los más graves efectos de la apropiación y privatización del patrimonio público a gran escala por los gobernantes, no son los únicos, basta recordar lo descrito en el Capítulo primero de este trabajo sobre todos los efectos que este fenómeno criminal genera para los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos. Es decir, que la expoliación cuando no mata de hambre, se transforma en un mecanismo de alienación, explotación y sometimiento de los pueblos, de esta forma, también afecta al derecho de los pueblos a la libre determinación.

El fenómeno que nos ocupa y ampliamente descrito en este trabajo merece un nuevo nombre. Porque, como Rafael LEMKIN argumentó hace ya casi seis décadas cuando introdujo la palabra genocidio en el léxico del discurso político, un “nuevo” delito merece un nuevo *nomen iuris*⁵⁴¹. Así, según este autor el genocidio será el conjunto de acciones que atacan las condiciones esenciales de vida de un grupo y que van dirigidas a exterminarlo⁵⁴². Como ocurrió con el genocidio, se trata de acuñar un nuevo término o darle a uno ya existente una nueva connotación que denote una antigua práctica en su desarrollo moderno.

En este sentido, con el objeto de capturar todo el significado ominoso de la gravedad y magnitud de estos actos KOFELE-KALE prefiere llamarles como

⁵⁴⁰ DEWIND, Josh/KINLEY, David H., *Aiding Migration: The Impact of International Development Assistance on Haiti*. Nueva York: Westview Press, 1988, p. 20; DUPUY, Alex, *Haiti in the World Economy: Class, Race, and Underdevelopment since 1700*. Nueva York: Westview Press, 1989, pp. 185 ss.; KOFELE-KALE, Ndiva, *The International Law of Responsibility for Economic Crimes*. 2ª ed. Burlington: Ashgate, 2006, p. 24.

⁵⁴¹ Vid., LEMKIN, Raphaël, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* (nueva presentación de Samantha Power). Nueva Jersey: The Lawbook Exchange, 2005, pp. 79 ss.; del mismo, “Genocide as a Crime under International Law”. *Am. J. Int’l L*, vol. 41, nº 1, 1947, pp. 145-151. Tal como este autor configuró esta palabra, la misma se compone de la conjunción del griego *genos* (raza, tribu) y del latín *caedere* (matar).

⁵⁴² LEMKIN, R., *Axis Rule in Occupied...*, *op. cit.*, p. 79.

“explotación indígena” (*indigenous spoliation*)⁵⁴³ y otro autor, como es el caso de LEMKIN, les llama “patrimonicidio” (*patrimonicide*)⁵⁴⁴. Si bien, en nuestra comprensión, con el término indígena se hace referencia a la naturaleza nativa, en cuanto pertenencia a una particular región o país, de los recursos o riquezas explotados. Por nuestra parte, para evitar cualquier confusión con el significado que podría tener esta expresión en castellano, preferimos la expresión “explotación de las riquezas nacionales”, o simplemente “explotación” o “saqueo”.

Por otro lado, la expresión de LEMKIN no resulta exagerada, ni mucho menos banal ante hechos tan terribles como el *genocidio*, si, obviando los tecnicismos jurídicos, en el vocablo *patrimonicidio* incluimos la explotación como género de crimen que por la magnitud de las riquezas saqueadas someten a las poblaciones a condiciones de vida destructivas que pueden llegar a provocar *matanzas masivas* por acumulación (“masacres por goteo”)⁵⁴⁵ de miles de personas que a diario perecen por hambre crónica y extrema y por enfermedades que se pueden prevenir. Con esto, la intención que se pretende es significar un plan coordinado de diferentes acciones destinadas a la destrucción de los fundamentos esenciales de la vida de grupos poblacionales. Los efectos de dicho plan serían la desintegración de las instituciones políticas y sociales, y la existencia económica de los grupos nacionales y la destrucción de la seguridad personal e incluso la vida de los individuos que pertenecen a tales grupos.

Fue objetivo de los gobernantes alemanes durante el holocausto nazi el someter a condiciones de existencia necesarias para acarrear la destrucción física, total o parcial de los pueblos de los países ocupados, especialmente los pueblos comprendidos en los primeros planes de genocidio elaborados por los

⁵⁴³ *Vid.*, ampliamente en lo que sigue, KOFELE-KALE, N., *The International Law...*, *op. cit.*, *passim*.

⁵⁴⁴ *Vid.*, LEMKIN, R., “Genocide as a Crime...”, *op. cit.*, p. 145.

⁵⁴⁵ ZAFFARONI, R. E., “Masacres: Larvas y semillas...”, *op. cit.*, p. 12.

ocupantes: polacos, eslovenos y judíos⁵⁴⁶. Otro triste ejemplo lo constituye el *Holodomor*⁵⁴⁷. Con este nombre se conoce la hambruna que entre los años 1932 y 1933 asoló el territorio de la entonces República Socialista Soviética de Ucrania, la cual se supone que fue provocada por el régimen soviético comandado por Iósif Stalin con el objetivo de “matar de hambre” a gran parte de la población de esos territorios y donde murieron un número indeterminado de personas que según las fuentes puede oscilar entre los tres y diez millones de personas. Teniendo en cuenta numerosas evidencias sobre la naturaleza artificial de esta hambruna y sobre el objetivo de destruir en parte o totalmente un grupo poblacional, se afirma la naturaleza genocida de este hecho. Por todo, queda claro que el ataque a los fundamentos económicos de una sociedad como forma de exterminio planificado y sistemático de grupos enteros de personas es una inobjetable técnica de genocidio. En general, el uso de esta técnica de genocidio podría ser llamada patrimonicidio o una forma de genocidio económico.

Pero qué pasa cuando se ataca a los fundamentos económicos de un grupo nacional, étnico, racial o religioso y no concurre el objetivo de extinción de los mismos. Desde nuestro punto de vista, patrimonicidio hace alusión a ese patrón de destrucción del patrimonio de una sociedad con el objetivo de aniquilar a los miembros que integran los grupos poblacionales de esta misma sociedad. Por consiguiente, este término es inadecuado para significar la conducta que aquí deseamos delimitar, porque esta: 1) no necesariamente hace connotar un patrón de destrucción de las estructuras biológicas; 2) no connota una intencionalidad de destrucción ni se refiere a la intención de imposición de un patrón de opresión.

⁵⁴⁶ LEMKIN, R, *Axis Rule in Occupied...*, *op. cit.*, pp. 85-86.

⁵⁴⁷ La palabra ucraniana *holodomor* deriva de la combinación de la palabra “*holod*” (hambre) y “*mor*” (exterminar o eliminar). *Vid.*, en este sentido, NAIMARK, Norman M., *Stalin's Genocides*. Nueva Jersey: Princenton University Press, 2010, pp. 70 ss.

Pero más allá de una digresión terminológica, para la generalidad de los ciudadanos será difícil de entender que los responsables de estos delitos de expolio, cuya repercusión en la descapitalización de las economías nacionales con todas sus consecuencias directas e indirectas en el sector productivo es de enorme calado, reciban una pena similar o considerablemente menor a las que cada día se dictan respecto a delitos patrimoniales de mediana o escasa entidad. El núcleo del problema de la expoliación es la gravedad y magnitud del saqueo de los recursos nacionales.

En resumen. Desde un punto de vista objetivo, patrimonicidio y expolio contiene los elementos comunes de una noción genérica y se refieren principalmente a los aspectos culturales, económicos, sociales e incluso, el aspecto biológico, tales como causar el deterioro físico e incluso la destrucción de la población involucrada. En un plano subjetivo, patrimonicidio como forma de genocidio es un término más restrictivo para aplicar a un proceso en el cual todas las acciones típicas exigen, junto al dolo en relación con los hechos individuales, la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en su calidad de tal.

V. *El expolio: ¿crimen internacional, crimen trasnacional o ilícito internacional?*

En el capítulo precedente se observó que a nivel nacional los Estados prevén en sus legislaciones figuras penales tradicionales tales como “malversación”, “desfalco”, “peculado”, “enriquecimiento ilícito”, las cuales son utilizadas para describir las prácticas, generalizadas o no, de los funcionarios que se apropian del patrimonio público. Pero, según nuestro punto de partida, estas figuras jurídicas no resultan adecuadas para transmitir toda la carga de lesividad social que contienen los actos de saqueo masivos y

sistemáticos de las riquezas nacionales por parte de los funcionarios gobernantes y sus allegados⁵⁴⁸, ni la amenaza que estos actos suponen para la paz, seguridad y bienestar de la humanidad a partir de violaciones graves de los derechos humanos en un Estado. Sumado a esto, está la debilidad o tolerancia de los sistemas jurídicos y jurisdiccionales para sancionar a los funcionarios de alto nivel.

Estas constataciones nos hacen volver a nuestro punto de partida. Esto no es un problema local o nacional, sino una cuestión de salvaguarda de los derechos humanos y por tanto objeto de tutela del derecho internacional. Sin perder de vista que esta dinámica debe desarrollarse dentro de la lógica de la subsidiariedad y de la soberanía, en virtud de la cual: (1) en primera instancia la prioridad competencial le correspondería a los Estados víctimas del expolio; (2) en un segundo término podrían ser competentes los Estados donde se encuentren los autores y/o productos de estos crímenes, y; (3) finalmente, en virtud del principio de justicia universal, lo serían cualquier Estado o la CPI. Estas cuestiones sacan a flote la necesidad de llevar a cabo un proceso de armonización, que requiere diseñar en las legislaciones nacionales un tipo común de expolio basado en las normas de derecho internacional. De este proceso se pueden apuntar algunas advertencias y estrategias principales.

En este punto es necesario distinguir entre crímenes de derecho internacional o crímenes de *jus cogens*⁵⁴⁹ y los llamados otros crímenes de trascendencia internacional⁵⁵⁰ o también denominados delitos transnacionales o transfronterizos. Igualmente, entre otras nomenclaturas y clasificaciones⁵⁵¹, hay

⁵⁴⁸ En similar sentido, KOFELE-KALE, N., *The International Law...*, *op. cit.*, pp. 9 ss.

⁵⁴⁹ BASSIOUNI, Cherif, "The Subjects of International Criminal Law: Ratione Personae". En: el mismo (ed.), *International Criminal Law: Sources, Subjects, and Contents*. 3ª ed., vol. I. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 41.

⁵⁵⁰ Así, WERLE, *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 95 ss.

⁵⁵¹ Vid., con la referencias ahí citadas, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, p. 101: "En la doctrina se ha intentado en parte agrupar en una denominación unitaria los crímenes de trascendencia internacional que no son crímenes de derecho internacional en sentido estricto, empleando expresiones como, por ejemplo, "*delicta iuris gentium*", "ilícitos internacionales",

quienes engloban ambos grupos en una misma categoría y los distinguen solamente entre crímenes internacionales en sentido estricto, para referirse al primer grupo, y crímenes en sentido amplio en relación al segundo grupo⁵⁵².

Respecto a estos últimos, “el derecho internacional no impone directamente –como es en el caso de los crímenes de derecho internacional– una responsabilidad penal, sino que básicamente se obliga al Estado a penalizar determinadas conductas”⁵⁵³ cuya comisión traspasa las fronteras, al menos, de más de un Estado. Muchas disposiciones del derecho internacional convencional (o derecho internacional penal) muestran relación con el derecho penal al declarar expresamente una conducta como crimen transnacional y contener la obligación para los Estados de perseguir o castigar la respectiva conducta, correspondiéndole al derecho internacional únicamente aunar, coordinar y armonizar los esfuerzos de las legislaciones nacionales para conseguir una mayor efectividad de las mismas ante el desarrollo de las técnicas criminales y la internacionalización del crimen⁵⁵⁴. Las disposiciones recogidas en estos instrumentos contienen, no el mandato o la prohibición dirigida a los individuos de realizar determinadas acciones constitutivas de delitos, sino mandatos o prohibiciones dirigidas a los Estados de realizar determinadas conductas con el propósito de lograr mayor eficacia en el control de esos delitos⁵⁵⁵. El incumplimiento o infracción de dichos mandatos o prohibiciones generan como única consecuencia jurídica la responsabilidad internacional del Estado, nunca una sanción penal. Para ello, los Estados deben prever expresamente en las legislaciones internas la criminalización de las conductas consideradas delitos transnacionales. De modo que, la base para la

“crímenes universales (*Weltverbrechen*)”, o “treaty (based) crimes”. Cursivas y comillas en original.

⁵⁵² Así, por ejemplo, TRIFFTERER, Otto, “Commentaire de la Question IV. Les crimes Internationaux et le Droit Pénal Interne”. *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 60, 1989, pp. 19 ss.; WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., pp. 103 ss.

⁵⁵³ *Vid.*, con ejemplos, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., pp. 98 ss.

⁵⁵⁴ GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional...*, op. cit., pp. 43 ss.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, p. 45.

persecución y sanción de estos crímenes no es el derecho internacional, sino las normas estatales de ejecución⁵⁵⁶.

En cuanto a los crímenes de derecho internacional, la calificación de una conducta como un crimen de esta naturaleza es independiente de si el ordenamiento jurídico interno de un Estado permite a los tribunales de ese Estado la aplicación directa de las normas (penales) internacionales⁵⁵⁷. De este modo, la prohibición de esas categorías de comportamiento y su punibilidad son consecuencias directas del derecho internacional⁵⁵⁸.

Existe, entonces, como nos aclara WERLE, una separación estricta entre la punibilidad directa conforme al DIP y la admisibilidad por el sistema jurídico de un Estado de la aplicación directa de tipos penales basados en el derecho internacional consuetudinario o en tratados internacionales. Estos últimos, en contraste con los crímenes con base en una punibilidad directa conforme al DIP, pueden clasificarse como crímenes de base convencional (por ejemplo, delitos de piratería contra el tráfico aéreo⁵⁵⁹ y marítimo⁵⁶⁰, los delitos vinculados a

⁵⁵⁶ *Vid.*, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 99.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, p. 98.

⁵⁵⁸ Comentario 6) al art. 1 del Proyecto.

⁵⁵⁹ Cfr., el Convenio relativo a las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves. Firmado en Tokio el 14 de septiembre de 1963; entró en vigor el 4 de diciembre de 1969 [704 UNTS (1969), pp. 219 ss.]; el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en la Haya el 16 de diciembre de 1970; entró en vigor el 14 de octubre de 1971 [10 ILM (1971), pp. 133 ss.]; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971; entró en vigor el 26 de enero de 1973 [10 ILM (1971), pp. 1151 ss.]; Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil. Firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988; entró en vigor el 6 de agosto de 1989; Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional. Realizado en Beijing el 10 de septiembre de 2010 (DCAS Doc No. 21).

⁵⁶⁰ Cfr., El Convenio sobre alta mar de 29 de abril de 1958 [450 UNTS (1958), pp. 11 ss.]; Convenio de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar de 10 de diciembre de 1982 [ONU Doc. A/CONF. 62/122; 21 ILM (1982), pp. 1261 ss.]; Convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 10 de marzo de 1988 [27 ILM (1988), pp. 668 ss.]; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima. Hecho en Roma el 10 de marzo de 1988, entró en vigor el 1º de marzo de 1992.

estupeficientes⁵⁶¹, corrupción⁵⁶², terrorismo⁵⁶³, delito de tortura⁵⁶⁴, falsificación de moneda⁵⁶⁵, tráfico ilícito de migrantes⁵⁶⁶, trata de personas⁵⁶⁷, etc.).

Asimismo, desde la doctrina se advierte sobre cierta confusión que provoca la no siempre clara distinción entre crímenes de derecho internacional, crímenes transnacionales y delitos que, según el derecho internacional, pueden ser castigados conforme al principio de jurisdicción universal, sin que tenga que

⁵⁶¹ Cfr. La Convención Única sobre Estupeficientes de 30 de marzo de 1961 [520 UNTS (1961), pp. 151 ss.] y enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención única de 1961 sobre Estupeficientes; Convenio sobre sustancias sicotrópicas de 21 de febrero de 1971 [10 ILM (1971), pp. 261 ss.]; Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupeficientes y sustancias sicotrópicas de 30 de diciembre de 1988 [28 ILM (1989), pp. 493 ss.];

⁵⁶² *Vid.*, todos los instrumentos mencionados en el apartado II de este capítulo.

⁵⁶³ Cfr., Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973, entró en vigor el 20 de febrero de 1977; Convención Internacional contra la toma de rehenes. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979, entró en vigor el 3 de junio de 1983; Convención sobre la protección física de los materiales nucleares. Firmada en Viena el 3 de marzo de 1980, entró en vigor el 8 de febrero de 1987; Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental. Hecho en Roma el 10 de marzo de 1988, entró en vigor el 1º de marzo de 1992; Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección. Firmado en Montreal el 1º de marzo de 1991, entró en vigor el 21 de junio de 1998; Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas. Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997, entró en vigor el 23 de mayo de 2001; Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo. Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999, entró en vigor el 10 de abril de 2002; Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear. Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de abril de 2005; Convención Interamericana contra el terrorismo. Adoptada en Bridgetown, Barbados el 6 de marzo de 2002, entró en vigor el 7 de octubre de 2003.

⁵⁶⁴ Cfr. Convención sobre la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Adoptada y abierta a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984 [ONU Doc. A/39/51 (1984)], entrada en vigor el 26 de junio de 1987.

⁵⁶⁵ Cfr., Convenio de Ginebra para la represión de la falsificación de moneda, de 20

⁵⁶⁶ Cfr., El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000).

⁵⁶⁷ Cfr., El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000).

constatarse una especial relación de la conducta con el Estado concreto⁵⁶⁸. Ejemplos de estos delitos son la piratería y la falsificación de monedas⁵⁶⁹. Estos son los llamados tradicionalmente como delitos universales o *delicta iuris gentium*: delitos bajo el principio de jurisdicción universal. Estas conductas lesionan intereses comunes de la comunidad internacional, por tanto, cualquier Estado tiene jurisdicción sobre los autores del mismo sin importar su nacionalidad o el lugar de comisión⁵⁷⁰.

La configuración de una conducta como *delicta iuris gentium*, se opta por el método indirecto de punibilidad, encomendando su persecución y castigo a las legislaciones internas, optando para ello, en general, por el principio de jurisdicción universal. Por ello, el hecho de que un delito sea perseguible en virtud de este principio no lo convierte en un crimen de derecho internacional en el sentido estricto aquí asumido, en primer lugar porque esta técnica se emplea también, para la represión de los delitos transnacionales, y en segundo lugar porque la utilización de la misma responde, en muchas ocasiones, a una decisión del legislador interno, pero no viene impuesta por el derecho internacional⁵⁷¹.

En definitiva, siguiendo la postura asumida en este trabajo, el carácter internacional del delito y la responsabilidad penal directa que de él se deriva se fundamentan no sólo en la fuente internacional del mismo, sino además, y fundamentalmente, en el ataque a los intereses esenciales de la comunidad

⁵⁶⁸ *Vid.*, con ulterior referencia, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 101-102; en el mismo sentido, GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional...*, *op. cit.*, pp. 48 ss.

⁵⁶⁹ La lista de estos delitos fue establecida por la Primera Conferencia para la Unificación del Derecho Penal, reunida en Varsovia en 1927, e incluyó a saber: a) piratería, b) falsificación de monedas, c) trata de esclavos, d) trata de mujeres o niños, e) empleo internacional de todos los medios capaces de producir un daño común, f) tráfico de estupefacientes, g) tráfico de publicaciones obscenas. Esta lista ha sido completada en congresos anteriores como el Primer Congreso de Derecho Comparado en La Haya, en 1932. *Vid.*, ampliamente y con referencias, GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional...*, *op. cit.*, p. 49, cita 82.

⁵⁷⁰ *Vid.*, muy recientemente sobre el principio de justicia universal, por todos, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (coord.), *El principio de justicia universal: fundamento y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, *passim*.

⁵⁷¹ *Vid.*, en detalle, GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, pp. 49-50, nota 83.

internacional, y en la ausencia o insuficiencia de la represión interna debido a la participación o tolerancia del poder político en el hecho⁵⁷².

En este sentido, la CDI reconoció el principio general de la autonomía del derecho internacional sobre el derecho nacional con respecto a la tipificación penal de conductas que constituyan crímenes de derecho internacional contenido en el II Principio de los Principios de Núremberg que afirma lo siguiente: “El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituye un delito en el derecho internacional no exime a la persona que cometió el acto de responsabilidad en virtud del derecho internacional”⁵⁷³. La supremacía del derecho penal internacional sobre el derecho nacional en el contexto de las obligaciones, según el Tribunal de Núremberg, implica que los individuos tienen deberes internacionales.

Por todo, compartimos la opinión de quienes reservan los términos delitos internacionales o crímenes de derecho internacional para aquellas conductas que ponen en peligro los intereses jurídicos más importantes para la comunidad internacional y que pertenecen al orden jurídico internacional en el sentido ya explicado⁵⁷⁴. De modo que, delitos transnacionales y delitos internacionales son categorías diferentes y su unificación es una rémora de la confusión y carencia de una necesaria demarcación entre derecho penal internacional y derecho internacional penal⁵⁷⁵.

Finalmente, también es necesario distinguir entre delitos internacionales y crímenes de Estado. La cuestión de base que aquí se está planteando es que el

⁵⁷² *Vid.*, con amplias referencias, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, p. 99, notas 234 y 235; GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional...*, *op. cit.*, pp. 43 ss.

⁵⁷³ Comentario (12) al art. 1; art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anexo al Acuerdo de Londres relativo al procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje, de 8 de agosto de 1945 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 82).

⁵⁷⁴ *Vid.*, GIL GIL, Alicia, *El genocidio y otros crímenes internacionales*. Valencia: Centro Francisco Tomás y Valiente, 1999, p. 25.

⁵⁷⁵ GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional...*, *op. cit.*, p. 51.

DPI implica una responsabilidad penal individual⁵⁷⁶. Los sujetos del derecho internacional han sido históricamente los Estados y sujetos de derecho internacional estructurados de forma similar a los Estados⁵⁷⁷. Sin embargo, el DIP se ha alejado de esa concepción tradicional. Es decir, el DIP se dirige a cada persona individualmente considerada, no al Estado⁵⁷⁸. En cuanto al ámbito de aplicación de los crímenes de derecho internacional *ratione personae* está limitado únicamente a las personas naturales (art. 25.1 ECPI). Es preciso no olvidar que ya cuando la CDI en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad se refirió a crímenes internacionales lo hizo no para aludir a una posible responsabilidad internacional de los Estados, sino, a la responsabilidad penal individual de los gobernantes. Con anterioridad el principio de responsabilidad individual por crímenes de derecho internacional quedó claramente establecido en el estatuto y las sentencias del Tribunal de Núremberg⁵⁷⁹ y posteriormente fue reafirmado en el estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia⁵⁸⁰ y en el estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda⁵⁸¹.

Pues bien, mientras los crímenes de derecho internacional son cometidos por individuos, los llamados actos ilícitos internacionales o crímenes de Estados lo son por Estados o por sujetos de derecho internacional estructurados de

⁵⁷⁶ Vid., BROOMHALL, Bruce, *International Justice & The International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*. Nueva York (et. al.): Oxford University Press, 2003, pp. 25 ss.

⁵⁷⁷ BASSIOUNI, C., "The Subjects of International...", *op. cit.*, p. 41

⁵⁷⁸ WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, p. 95.

⁵⁷⁹ Art. 6 del Estatuto; *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international Nuremberg, 14 novembre 1945-1er octobre 1946, Nuremberg, 1947*, vol. I, pp. 234-235; comentarios del 6) al (12 del art. 1 y comentarios 1) al 4) del art. 2 ambos del Proyecto.

⁵⁸⁰ Párrafo 1 del art. 7 y párrafo 1 del art. 23 ambos del estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991.

⁵⁸¹ Párrafo 1 del art. 6 y párrafo 1 del art. 22 ambos del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables del genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y a ciudadanos de Rwanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994.

forma similar a los Estados⁵⁸². Como refiere WERLE, la responsabilidad por los llamados actos ilícitos internacionales surge a partir de todas las infracciones del derecho internacional que son imputables a Estados o por sujetos de derecho internacional estructurados de forma similar. Asimismo, agrega el antedicho autor, entre los regímenes jurídicos que regulan respectivamente ambos hechos se generan efectos jurídicos diferentes: los efectos jurídicos de un acto ilícito internacional apuntan solo a la reinstauración de una situación conforme con el derecho internacional⁵⁸³, en tanto que, los efectos jurídicos del DPI tienen un carácter punitivo y preventivo⁵⁸⁴.

Si bien la responsabilidad individual y la responsabilidad internacional del Estado por la comisión de un crimen de derecho internacional pueden coincidir muchas veces, esto no significa que sea una consecuencia automática. Sobre el particular el ECPI es tajante en su art. 25.4: “Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional”⁵⁸⁵.

En definitiva, según el derecho que regula los actos ilícitos internacionales, estos pueden ser imputados a Estados y a sujetos de derecho internacional estructurados de forma similar a los Estados. En cambio, para el derecho penal internacional que regula los crímenes de derecho internacional,

⁵⁸² Ampliamente sobre esta distinción, entre otros, BROOMHALL, B, *International Justice &...*, op. cit., pp. 14 ss.; IPSEN, Knut/MENZEL, Eberhard/EPPING, Volker, *Völkerrecht*. 6ª ed. Múnich: Beck, 2012, nnmm. 1 y ss. previos al §39; además, con ulterior referencia, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., p. 96, nota 228.

⁵⁸³ Cfr. IPSEN, K./MENZEL, E./EPPING, V., *Völkerrecht...*, op. cit., §39, nm 14.

⁵⁸⁴ WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., p. 96-97.

⁵⁸⁵ Con anterioridad, en el mismo sentido, art. 4 del Proyecto de Código: “El hecho de que el presente Código prevea la responsabilidad de las personas por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no prejuzga ninguna cuestión de la responsabilidad de los Estados en virtud del derecho internacional”. Además, existe un “Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados” preparado por la CDI, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996, vol. II, 2ª parte. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo período de sesiones. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2002. A/CN.4/SER.A/1996/Add. 1 (part. 2), pp. 62 ss.

estos últimos son imputables a los individuos. La trascendencia de la figura de crímenes de derecho internacional reside en que la importancia del objeto de la obligación violada y la gravedad de tal violación determinan un régimen de responsabilidad establecido entre el sujeto al que el ilícito es atribuible, de una parte, y de otra, la comunidad internacional en su conjunto. En otras palabras, tal régimen de responsabilidad genera nuevas relaciones jurídicas: por una parte, entre el sujeto al que el crimen de derecho internacional es atribuible y el Estado víctima del mismo; y por otra parte, entre el autor del delito de derecho internacional y la comunidad internacional.

Partiendo de las anteriores premisas, la cuestión que corresponde abordar gira en torno a cómo debe ser acometido el expolio: si su tratamiento debe ser como un crimen transnacional o transfronterizo, o como un crimen de derecho internacional.

Respecto a lo primero, según lo dicho, los Estados parte de una hipotética convención para la prevención y sanción del expolio se obligarían a penalizar el expolio como un crimen a lo interno de sus legislaciones. Lo recomendable sería elegir la forma más apropiada que garantice la más amplia aceptación posible de la comunidad internacional. Por ello, quizás la opción de que el expolio adopte en un primer momento la forma de un crimen transnacional sea la más indicada, pero considerando esto como un primer paso en la generación de un consenso general orientado a alentar a los diferentes Estados a legislar, dentro de sus respectivos sistemas nacionales, en lo referente a la tipificación y punición del expolio. Ya que, con la adopción del expolio la forma de un crimen transnacional no se resuelve el problema que en la práctica se produce cuando el Estado podría brindar un escudo a las personas que hubieran cometido este crimen y se encontraran en su territorio, absolviéndolas en un simulacro de juicio o declarándolas culpables y condenándolas a una pena no proporcional en absoluto a la gravedad del crimen, que le permitiera evitar una condena o una pena más grave en otro Estado y, en particular, en el

Estado en que fue la víctima del expolio o en el Estado donde se encuentran los activos expoliados⁵⁸⁶, e incluso, este escudo podría permitir a los autores de estos crímenes recuperar esos activos cuando los mismos hayan sido objeto de alguna medida por parte del Estado donde se encuentren.

Por consiguiente, una adecuada configuración de la expoliación tendría que estar sometida bajo el principio de jurisdicción universal y podría adoptar la forma de una convención internacional, aprobado por una conferencia de plenipotenciarios o por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En el caso de un régimen de jurisdicción universal, “sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores”⁵⁸⁷ será cada Estado que afirme su competencia el que determinará la pena aplicable y las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal⁵⁸⁸.

A la luz de lo anterior, la configuración del supuesto de expolio como un *delicta iuris gentium*, conllevaría su inclusión bajo la jurisdicción universal (frente a los criterios clásicos de territorialidad y personalidad de la jurisdicción penal de los Estados)⁵⁸⁹, por lo que todo Estado en cuyo territorio se encuentre

⁵⁸⁶ *Vid.*, en similar sentido, Comentario 2) del art. 12 del Proyecto.

⁵⁸⁷ *Vid.*, comentario 5) del art. 3 del Proyecto de Código, anuario 1996. Como se explica en el comentario 7) al art. 8 del Proyecto de código, se ha usado esta frase en la primera disposición de ese artículo para despejar toda duda en cuanto a la existencia de una jurisdicción universal respecto de los crímenes ahí contenidos.

⁵⁸⁸ Comentario 6) al art. 3 del Proyecto de Código, anuario 1996, p. 31.

⁵⁸⁹ Desde la segunda guerra mundial, los Estados han aprobado vanos convenios multilaterales para sancionar esos crímenes particularmente graves hasta llegar finalmente al Estatuto de la Corte Penal Internacional, el 17 de julio de 1998, que consagra el principio de jurisdicción universal (arts. 1 y 4.2).

Los convenios pertinentes confían, por lo menos en parte, a la jurisdicción nacional el procesamiento y el castigo de los infractores, por ejemplo la Cuarta Convención de Ginebra, de 1949, que comprende 4 convenios aprobados por la Conferencia Diplomática destinada a elaborar convenios internacionales a proteger a las víctimas de la guerra y contiene: I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (art. 49); II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (art. 50); III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (art. 129); y IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (art. 146). Además, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (artículo V), de 30 de noviembre de 1973; y la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado (artículo 14), de 9 de diciembre de 1994.

el autor de un crimen de esta naturaleza tendría el deber de someterlo a juicio o de conceder su extradición.

Como es sabido, para que un Estado extranjero ejercite el *ius puniendi* en el marco del principio de jurisdicción universal, no es exigible ningún punto de conexión interno que legitime la intromisión en la soberanía nacional de otro país; pues, como escribe AMBOS, no es viable ya en este contexto una pretensión de soberanía nacional por parte de ese otro país⁵⁹⁰. “El Estado enjuiciador no ejerce su *ius puniendi* supliendo o representando al Estado del lugar del hecho, sino legitimado de modo originario”⁵⁹¹. Al ser la expoliación de las riquezas nacionales una cuestión que afecta a toda la humanidad, “sobre tales asuntos no pueden darse derechos de soberanía nacional”⁵⁹². Por ello, éstos tampoco pueden vulnerarse y se excluye también la violación del principio de no intervención cuando un Estado, en el marco del principio de jurisdicción universal, extiende su *ius puniendi* a una expoliación cometida en el extranjero⁵⁹³.

Hasta aquí, se ha puesto en claro que la expoliación es una cuestión de protección de los derechos humanos y por tanto no es un problema local o nacional, sino que pertenece a la esfera del derecho internacional e internacional penal. Se trata de hechos que lesionan, o al menos amenazan, los intereses de seguridad no solo del posible Estado enjuiciador, sino también de otros Estados; en esta línea esto está enlazado con el principio de jurisdicción universal para la defensa de comunes intereses de seguridad de todos los Estados⁵⁹⁴.

Ahora bien, la problemática que BESNÉ MAÑERO observa en el caso de los crímenes internacionales es perfectamente extrapolable al caso de los

⁵⁹⁰ AMBOS, Kai, *Derecho y proceso penal internacional. Ensayos críticos*. México, D. F.: Fontamara, 2008, p. 66.

⁵⁹¹ *Ibidem*, p. 65.

⁵⁹² *Vid.*, de modo general, *ibidem*, p. 66

⁵⁹³ *Ibidem*, pp. 66-67.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, p. 66.

crímenes de Derecho Internacional en general y a la expoliación en particular. La problemática se plantea en los siguientes términos, si tanto la calificación del hecho ilícito como delito como la determinación de sanciones se llevan a cabo por cada Estado soberano, individual y discrecionalmente, es obvio que todo el sistema quedará debilitado por la influencia de factores políticos, económicos y subjetivismos de otra índole que se traducirían en abusos constantes por parte de los Estados más fuertes, y favorecería una especie de “doble moral” internacional⁵⁹⁵. No es improbable que el permitir actuaciones unilaterales de un Estado o grupo de Estados ante los ilícitos internacionales, favorezca la presencia de factores políticos y subjetivos innegables que contribuirán a erosionar la racionalidad, objetividad y universalidad deseables⁵⁹⁶.

Esto es, que la vieja técnica de la autoprotección no es suficiente, y es necesaria la existencia de mecanismos institucionalizados que, con criterios jurídicos, determinen cuándo existe un crimen de Derecho Internacional de expoliación y qué sanciones son aplicables al mismo, “como reacción de la comunidad internacional en su conjunto”⁵⁹⁷. Sumado a esto, Además, la adopción por parte de los Estados del principio de jurisdicción universal en las convenciones que lo contemplan, no suele ser obligatoria, sino meramente facultativa⁵⁹⁸.

La solución a las anteriores dificultades podría venir de la mano del mismo expolio, como crimen de derecho internacional, el cual así delineado constituiría sobre todo una punta de lanza, en la dirección de reclamar la competencia de la Corte penal internacional para estos asuntos y además plantear una reforma del Estatuto de este alto tribunal⁵⁹⁹. Sin embargo, en la

⁵⁹⁵ BESNÉ MAREÑO, Rosario, *El crimen internacional. Nuevos aspectos de la responsabilidad internacional de los estados*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999, p. 217. Entrecorillado en original.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, p. 22.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 53.

⁵⁹⁸ GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional...*, op. cit., p. 50, nota 83.

⁵⁹⁹ De esta opinión, NIETO MARTÍN, A., “Bases para un futuro Derecho...”, op. cit., p. 254.

práctica, como se señala con meridiana claridad en los comentarios al Proyecto de código:

“sería virtualmente imposible que un tribunal penal internacional, sin ninguna ayuda y sólo con sus medios, enjuiciara y castigara a las incontables personas que se han hecho responsables de crímenes de derecho internacional, no sólo en razón de la frecuencia con que se han cometido esos crímenes en los últimos años, sino también porque esos crímenes se cometen a menudo como parte de un plan o política general que entraña la participación de un gran número de individuos en una conducta criminal sistemática o masiva en relación con una multiplicidad de víctimas”⁶⁰⁰.

En esta línea, consideramos que la aplicación efectiva del expolio como crimen de derecho internacional conlleva un planteamiento mixto de la jurisdicción, basado en la competencia más amplia de los tribunales nacionales combinada con la competencia complementaria de la CPI. Por consiguiente, los tribunales nacionales de todos los Estados que formen parte de una hipotética convención para el establecimiento de este delito, sobre la base del principio de la jurisdicción universal, tendrían en primer lugar la jurisdicción sobre el mismo, y la CPI, siguiendo el Principio de complementariedad introducido por su estatuto (párrafo 10 del Preámbulo, arts. 1 y del 17 al 20), tendría competencia complementaria. El Principio de complementariedad descansa sobre el pilar del *ius cogens* a través del principio general del Derecho internacional contemporáneo conocido como *aut dedere aut judicare* (“extraditar o juzgar”)⁶⁰¹, cuya finalidad básica es garantizar el enjuiciamiento y castigo

⁶⁰⁰ Comentario 4) al art. 8 del Proyecto de Código, anuario 1996, p. 31.

⁶⁰¹ *Vid.*, ampliamente, BASSIOUNI, Cherif/WISE, Edward M., *Aut dedere aut judicare: the duty to extradite or prosecute in international law*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, *passim*.

efectivos de los delincuentes estableciendo la obligación para los Estados de extraditar o, en su defecto, extender su jurisdicción para juzgar estos hechos⁶⁰².

De conformidad con este principio, se impone al Estado, en cuyo territorio se hallare el presunto autor, la obligación de adoptar las medidas necesarias y razonables para asegurar que esa persona sea juzgada por las autoridades nacionales de ese Estado o por que indique que está dispuesto a juzgar el caso al solicitar la extradición o por un tribunal penal internacional⁶⁰³.

De manera que el Estado de detención pueda optar por la posibilidad de enjuiciamiento de esa persona por sus autoridades nacionales ante un tribunal nacional. Si el Estado de detención optara por esta última posibilidad con respecto al presunto autor, esta opción solo tiene sentido en la medida en que los tribunales de tal Estado tienen la capacidad necesaria respecto del crimen aquí enunciado. Ante una dificultad práctica para ejercer el *judicare*, no hay margen para la discreción y el Estado de detención se verá obligado a aceptar toda solicitud de extradición que reciba. Ante la incapacidad del Estado de detención, debe analizarse la posibilidad de que la obligación —conceder la extradición o juzgar— pierda su carácter facultativo y el Estado de detención tenga una obligación absoluta de atender una solicitud de extradición⁶⁰⁴.

A falta de una solicitud de extradición y de la jurisdicción de un tribunal internacional, el Estado de detención no tendría otra opción que someter el asunto a sus autoridades nacionales para que ejerzan la acción penal. Esta obligación residual, como es explicado en los comentarios al Proyecto de código, “asegurar que los supuestos delincuentes sean juzgados por una

⁶⁰² Comentario 6) al art. 8 y comentario 2) al art. 9, ambos del Proyecto de Código, anuario 1996 de las Naciones Unidas, pp. 31,32 y 34. Así reza en el comentario al art. 9 del Proyecto de Código; Los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 prevén expresamente «la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves» (Convenio I de Ginebra, art 49, Convenio II de Ginebra, art 50, Convenio III de Ginebra, art 129, y Convenio IV de Ginebra, art 146).

⁶⁰³ Comentario 3) al art. 9 del Proyecto de código, p. 35.

⁶⁰⁴ Comentario 6) al art. 8 del Proyecto de Código, anuario 1996, p. 31.

jurisdicción competente, es decir, la del Estado de detención, a falta de una jurisdicción nacional o internacional”⁶⁰⁵.

Mediante la fórmula que figura en el Convenio de la Haya de 1970⁶⁰⁶, la obligación de extraditar o juzgar se ve muy reforzada al combinarla con el principio de la universalidad de la represión. Sin embargo, el principio de la universalidad de la represión no debería identificarse o confundirse con el principio de la universalidad de la jurisdicción o de la universalidad de la competencia de órganos judiciales⁶⁰⁷. Universalidad de la represión, explica el relator especial de la CID Zdzislaw GALICKI, significa en este contexto que, como consecuencia de la aplicación de la mencionada obligación entre los Estados involucrados, “no hay ningún lugar en que el autor de la infracción pueda eludir su responsabilidad penal y encontrar lo que se llamado un ‘refugio seguro’”⁶⁰⁸. En este último sentido, se le exige al Estado que ejerza su jurisdicción (lo que incluiría necesariamente jurisdicción universal en determinados casos) sobre la persona sospechosa que se encuentra en su territorio, que la extradite a un Estado que sea capaz de ejercer su jurisdicción y esté dispuesto a ello o que la entregue a un tribunal penal internacional que tenga jurisdicción sobre la persona y el delito⁶⁰⁹. De modo que, siguiendo este modelo, un eventual reconocimiento del principio de jurisdicción universal de los tribunales nacionales respecto a un hipotético crimen de expolio sería sin perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional que se estableciera para este caso⁶¹⁰.

⁶⁰⁵ Comentario 7) al art. 9 del Proyecto de código, anuario 1996, p. 35.

⁶⁰⁶ Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, adoptado por la Conferencia de la Haya el 16 de diciembre de 1970. Entro en vigor el 14 octubre de 1970.

⁶⁰⁷ GALICKI, Zdzislaw, Anexo: La obligación de extraditar o juzgar (“aut dedere aut judicare”) en derecho internacional

⁶⁰⁸ GALICKI, Zdzislaw

⁶⁰⁹ CDI, Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (“aut debere aut judicare”), de 7 de junio de 2006, A/CN.4/571, p. 31.

⁶¹⁰ Sobre los regímenes jurisdiccionales respecto de los crímenes enunciados en los arts. 17 a 20 del Proyecto de código, *vid.*, arts. 8 y 9 del mismo documento, pp. 32 y 34.

Habida cuenta de la gravedad de las consecuencias que la calificación de un hecho internacionalmente ilícito como crimen internacional implica, cabía prever que muchos gobiernos subordinarían la aceptación definitiva de la expoliación como un hecho internacionalmente ilícito a la condición de que la comprobación de la existencia de este hecho como un crimen internacional la haga, en un caso concreto, una instancia internacional, ya sea el Consejo de Seguridad o la CPI⁶¹¹. Así se desvela la necesidad imperiosa del establecimiento de garantías institucionales para que la figura de expolio de los recursos nativos lejos de servir a la desestabilización de las relaciones internacionales, contribuya a la causa de la justicia y la paz en la sociedad internacional a lo que modernamente se denomina gobernanza global. Esta garantía, como no puede ser de otra manera, solo es proporcionada por las Naciones Unidas en cuanto estructura institucional de la comunidad internacional que actúan a través de sus diferentes órganos, a saber: Consejo de Seguridad, Asamblea General, Corte Internacional de Justicia, y CPI. “De ahí que a la hora de examinar la posibilidad de calificar una violación internacional como crimen internacional, dicha posibilidad deberá ser analizada atendiendo a las facultades de cada uno de estos órganos”⁶¹².

La configuración del expolio como crimen de derecho internacional llevaría a una multilateralización de la relación jurídica de responsabilidad. La regulación del expolio por el derecho penal internacional ayudaría a evitar la impunidad, prevendría futuras violaciones de los derechos humanos y posibilitaría la reparación de los daños producidos. En este último sentido, la multilateralización de la relación jurídica de responsabilidad entre la comunidad internacional, garantizaría que quienes desvíen las riquezas nacionales hacia cuentas privadas en bancos extranjeros no tendrían donde esconderse y además no podrían beneficiarse de los productos de sus delitos.

⁶¹¹ *Vid.*, en similar sentido BESNÉ MAÑERO, R., *El crimen internacional...*, *op. cit.*, p. 34-35.

⁶¹² *Ibidem*, p. 142.

Una de las cuestiones medulares planteadas por estas conductas es lo referente a la posterior colocación de las riquezas apropiadas por los funcionarios gobernantes en refugios seguros para vivir el resto de sus vidas en el lujo y la recuperación de estas riquezas por los pueblos víctimas. Ambos aspectos representan un área compleja y hacen necesario que sean objeto tanto de una cooperación interestatal como de análisis del derecho internacional.

En el actual estado del desarrollo del Derecho Internacional y de evolución de la comunidad internacional la calificación de la expoliación de las riquezas nativas por los gobernantes como un crimen de Derecho Internacional es fundamental: porque la responsabilidad del autor podrá ser exigida no sólo por el Estado víctima sino, además, por órganos judiciales de cualquier otro Estado o por tribunales internacionales, ya que en virtud de las normas de derecho penal internacional la relación jurídica de responsabilidad se establece entre el sujeto autor y la comunidad internacional en su conjunto, y no únicamente entre el Estado víctima y el sujeto autor del crimen de Derecho Internacional.

Además, se trata de que nadie actúe bajo el dosel del Estado para atentar contra intereses básicos de toda la comunidad sin incurrir en alguna sanción. En consecuencia, la sanción penal internacional del expolio impondría a los gobernantes de los Estados un régimen de responsabilidad internacional para hacer valer los intereses públicos ante la comunidad internacional. En el contexto de las obligaciones, una norma de esta naturaleza implica que los individuos gobernantes tienen deberes internacionales sobre la correcta y transparente gestión de las riquezas nacionales. Existe una necesidad generalizada y profundamente asentada en la comunidad internacional que, ante un comportamiento intolerable por los gobernantes de un Estado, el sistema jurídico internacional no debe abandonar sus víctimas, y no encontramos razones algunas para que no sea así en el caso del expolio.

Sea como fuere, el reconocimiento de que la depredación hecha por los gobernantes es lesiva de derechos fundamentales es un paso adelante en la evolución del derecho internacional en lo que respecta a una nueva configuración normativa frente a otra forma de ataque a los derechos y libertades fundamentales contemplados en el art. 1 de la Carta de las Naciones Unidas. Como ya está universalmente reconocido, los derechos humanos son expresión de la dignidad de la persona. “La obligación de los Estados de asegurar su respeto se desprende del propio reconocimiento de esta dignidad que ya proclaman la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos”⁶¹³. Estas conductas criminales tienen consecuencias micro y macroeconómicas inmediatas⁶¹⁴. Las víctimas son fácilmente identificables: desempleados, subempleados, graduados universitarios que la economía no puede absorber, inmigrantes, refugiados, ciudadanos comunes y corrientes que no pueden contar con los servicios de ninguna institución o agencia social, etc.

Ya se ha puesto de manifiesto en el primer capítulo de este trabajo, como la gran corrupción como causa generadora de exclusión social y pobreza extrema, puede lesionar la dignidad humana y la igualdad en cuanto condiciones esenciales para el ejercicio de la libertad individual. En el seno de las Naciones Unidas han sido reconocidas la trascendencia de las relaciones mutuamente complementarias entre el desarrollo, la democracia y los derechos humanos en el plano nacional, los cuales a su vez deben estar interrelacionados con el orden internacional. Por tanto, la protección de los derechos humanos a nivel internacional únicamente es posible dentro de un nuevo orden jurídico internacional que prevenga y sancione la violación de los mismos.

⁶¹³ *Annuaire de l'Institut de Droit International*, sesión de Saint-Jacques de Compostelle, vol. 63. II, Paris, 1990.

⁶¹⁴ KOFELE-KALE, N., *The International Law...*, *op. cit.*, pp. 14-15.

VI. Hacia la definición del expolio como un crimen internacional

Este Relator Especial THIAM, acaba definiendo los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad como delitos internacionales cuando resulten ya sea⁶¹⁵:

- a) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales;
- b) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos;
- c) de una violación grave y en gran escala de una obligación de importancia esencial para la salvaguardia y protección del medio humano⁶¹⁶.

Se advertirá que el expolio sistemático y masivo de las riquezas nativas de los Estados puede integrarse perfectamente en cualquiera de los apartados anteriores. Más difícil es la respuesta a la pregunta si en función del contenido de la obligación internacional violada, se justifica la tipificación de esta conducta como un crimen de derecho internacional. Como KOFELE-KALE⁶¹⁷ escribe, se puede argumentar que la expoliación tiene un menor desvalor en comparación con los crímenes de limpieza étnica ocurridos en

⁶¹⁵ Anuario de las Naciones Unidas, 1985, pp. 72-73.

⁶¹⁶ Según la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano o Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, de 16 de junio de 1972, el medio humano consta de dos aspectos: el natural y el artificial. Para las Naciones Unidas ambos elementos son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma. La Conferencia expresó la convicción común de que: cada persona “tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”.

⁶¹⁷ KOFELE-KALE, N., *The International Law...*, *op. cit.*, pp. 12-13, nota 27.

algunos países, estas últimas acciones son el tipo de destrucción física que sacude la conciencia de la humanidad y para los que LEMKIN reservó en su momento el uso del término genocidio. No obstante, *si el expolio se entiende como el saqueo deliberado, sistemático y a gran escala de las riquezas y los recursos de una nación por funcionarios en grave violación de sus obligaciones fiduciarias para con la comunidad, entonces esta conducta puede ser configurada como crimen de derecho internacional.*

Del párrafo anterior podemos extraer dos criterios generales para que el expolio constituya un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, a saber: los ataques criminales deben cometerse o bien de manera sistemática, o bien en gran escala y constituir una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Ahora bien, hemos observado que el Derecho Internacional ofrece una definición bastante flexible de crimen de derecho internacional, lo que deja un amplio margen para la inclusión de nuevos tipos de violaciones graves de obligaciones internacionales a medida que surgen y son subsecuentemente reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto. De todo lo hasta aquí dicho y siguiendo a KOFELE-KALE, es posible extraer de estos paradigmas cuatro líneas de corroboración para la inclusión del expolio entre los "crímenes de derecho internacional" cometidos por los individuos. Estos son: 1) la prueba de la esencialidad, 2) la prueba de la transnacionalidad o del "elemento internacional", 3) la prueba de reconocimiento de la comunidad internacional, y, 4) las obligaciones *erga omnes*.

1. La esencialidad de la obligación para la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional

Esta se constata con la violación de una conducta cuya responsabilidad es atribuible a un individuo, cuya criminalización debe ser indispensable para la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional. Tanto el ECPI (párrafo 4º del Preámbulo y art. 5), como en su día el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados y el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz contemplan infracciones graves cuya atención se centra en las obligaciones que van al corazón mismo de la existencia colectiva de los miembros de la comunidad internacional. En los comentarios a los artículos del Proyecto de código se reconocen las obligaciones esenciales que se identificaron en los proyectos anteriores: mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, el derecho de los pueblos a la libre autodeterminación, la salvaguardia del ser humano y preservación del medio humano⁶¹⁸. El Proyecto de código también habla de las obligaciones esenciales fundamentadas en los intereses de la comunidad y las define como un consenso según el cual el respeto de ciertos valores fundamentales no debe dejarse a la libre disposición de los Estados, individualmente o entre sí, siendo reconocida y sancionada por la ley como un asunto de interés para todos los Estados.

Se señaló anteriormente que, en su tercer informe a la Asamblea General el Relator Especial para el Proyecto de Código coloca el derecho a la libre determinación entre los intereses esenciales y fundamentales de la comunidad, su incumplimiento equivaldría a una violación grave del derecho internacional. Este derecho subsume el derecho de los pueblos a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales. Por lo tanto, sobre esta base, la expoliación podría considerarse un delito contra la paz y la seguridad de la humanidad

⁶¹⁸ Anuario 1985, pp. 72 y 73.

entendida como una violación de una obligación esencial para la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional. La prueba define un crimen contra la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad por la extensión de sus efectos, en particular, si se trata de un gran número de víctimas. Si una cosa está clara acerca de expolio, es que toda la población son sus víctimas directas e inmediatas. Una práctica cuyos efectos son tan generalizados no se puede ignorar sobre todo si se cumple plenamente lo que puede considerarse un elemento esencial de interés internacionales fundamentales, como hemos argumentado hasta aquí.

2. La internacionalidad de los efectos o el “elemento internacional”

Todos los crímenes de derecho internacional, para ser considerados como tales, requieren en su naturaleza un componente común: el denominado “elemento internacional”⁶¹⁹. Este elemento es ahora reconocido por los publicistas como la base fundamental en la transformación de una conducta prohibida en la esfera nacional a una conceptualización de lo que constituye un crimen internacional en el que la responsabilidad es asumida por el autor individual.

Este elemento común que requieren todos los crímenes de derecho internacional es el contexto de ejercicio de violencia sistemático o masivo contra derechos humanos fundamentales de la población cuya gravedad amenazan a la paz, la seguridad y bienestar de la humanidad⁶²⁰.

Si expolio se entiende como el saqueo deliberado y sistemática o a gran escala de las riquezas y los recursos de una nación por parte de funcionarios en violación de sus obligaciones fiduciarias y atentando en contra de las bases

⁶¹⁹ WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., p. 84.

⁶²⁰ *Ibidem*, pp. 84-85.

económicas de una sociedad, entonces esta práctica cumple en todos los aspectos la prueba de la internacionalidad para ser configurado como crimen de derecho internacional.

Visto desde cualquier ángulo, esta conducta afecta los intereses de más de un Estado, afecta a la comunidad internacional en su conjunto. Una enorme cantidad de riqueza nacional saqueada es chocante a la conciencia global de la humanidad, la destrucción de las economías nacionales y la inestabilidad política que en consecuencia surge, el desplazamiento de grandes cantidades de personas y la resultante problemática mundial de refugiados económicos suponen una amenaza directa o indirecta a la paz y la seguridad mundiales y, por último, la transferencia de capital expoliados a 'refugios fiscales' implica el uso de medios e instrumentos que trascienden fronteras nacionales.

3. Carácter de *jus cogens*

La expoliación de las riquezas y recursos de los pueblos violan los convenios internacionales que imponen a los Estados Parte las obligaciones de promover y proteger los derechos y las libertades fundamentales de las poblaciones. Es decir, un acto que ataque los fundamentos mismos de la existencia humana y dañe los intereses vitales de la comunidad internacional debe ser considerado como criminal por esta comunidad en su conjunto. Este delito está claramente en conflicto con la norma de *ius cogens*, que viola el principio internacionalmente reconocido de obligación fiduciaria inherente a la confianza pública depositada en los gobernantes.

La expoliación del patrimonio público cómo fenómeno criminal, no sólo tiene efectos nocivos que le son propios, sino que además produce graves consecuencias colaterales en la economía, política y desarrollo social de los Estados que resultan afectados por ésta. En consecuencia, dada la importancia

de los intereses en juego, deben reconocerse a estas obligaciones una naturaleza *erga omnes* derivadas de las normas de *ius cogens*, en virtud de las cuales, todos los Estados por la importancia de los derechos afectados tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos⁶²¹. Aun más, esto significa que estas obligaciones son exigibles a todos los Estados y por todos los Estados. Como destaca CARRILLO SALCEDO, entre los principios de Derecho Internacional que hoy tienen carácter de *ius cogens* se encuentra el de la existencia de unos derechos fundamentales de la persona humana que todo Estado tiene el deber de respetar y proteger. Así pues, todos los Estados están más que legitimados, obligado a exigir la protección de un núcleo de derechos fundamentales, derivados de normas de *ius cogens* que generan obligaciones *erga omnes*⁶²².

Teniendo presente la noción según la cual nadie puede beneficiarse ilícitamente mediante el ejercicio de funciones públicas es una idea reconocida por prácticamente todas las tradiciones jurídicas. Resulta que la consideración del expolio como un crimen grave está por encima de diferencias culturales, religiosas o idiosincráticas existentes en torno a la noción de justicia. De tal suerte, se puede afirmar que en cuanto al expolio nos encontramos en presencia de un crimen grave en contra de bienes jurídicos fundamentales de la humanidad, el cual difícilmente podría ser aceptado por cultura alguna. En efecto, el que en algunos Estados se impida el castigo de tales crímenes se encuentra más bien vinculado a consideraciones políticas de poderío nacional, que a un rechazo de determinadas concepciones valóricas⁶²³. Por lo anterior, y a pesar de las continuas e irreconciliables discrepancias existentes entre diferentes culturas, es posible afirmar que la concepción de justicia no representa en sí

⁶²¹ Vid., Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Barcelona Traction Light and Power Company Limited*, de 1970 (C.I.J., *Recueil*, 1970, p. 32, pár. 33) y el art. 53 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969. En el mismo sentido, BESNÉ MAREÑO, R., *El crimen internacional...*, op. cit., pp. 21 ss.

⁶²² BESNÉ MAÑERO, R., *El crimen internacional...*, op. cit., p. 70.

⁶²³ AMBOS, K., *Derecho y proceso penal...*, op. cit., pp. 87-88.

misma, un obstáculo insuperable para la persecución internacional por su gravedad del expolio de las riquezas nativas por las autoridades gobernantes del Estado víctima.

4. Reconocimiento internacional de la comunidad

La sensibilidad internacional ante la práctica del expolio crece cada día y confiamos en que sólo sea cuestión poco de tiempo antes que la comunidad internacional comience a traducir estas generalizadas expresiones de disgusto colectivo en una norma penal internacional que sancione a los funcionarios públicos por no proteger y preservar los recursos de sus naciones y riquezas naturales.

Con el desarrollo progresivo del Derecho Internacional cabe afirmar que se está produciendo una evolución hacia el reconocimiento de un interés jurídico respecto de ciertas obligaciones de Estados distintos al directamente perjudicado por expoliación de sus recursos naturales y riquezas nacionales. Concretar dicha evolución en un crimen de derecho internacional de corrupción por expoliación que tenga como punto de partida a la UNCAC, ya no es impensable. Al contrario, cada vez más se crean las condiciones objetivas para un probable sometimiento de estas conductas a la jurisdicción internacional. La configuración de un crimen de esta naturaleza supone que la responsabilidad del autor pueda ser exigida no solo por el Estado víctima sino, además, por cualquier otro Estado, ya que la relación jurídica de responsabilidad se establecería entre el autor y la comunidad internacional en su conjunto.

Así, empiezan a alzarse voces en la literatura especializada sosteniendo el argumento central de que la forma más eficaz para controlar la corrupción de los funcionarios de más alto nivel es elevando estos delitos a la categoría de crímenes sometidos a jurisdicción universal, es decir, configurándolos como

delitos de lesa humanidad⁶²⁴. Esto implicaría que estas conductas estarían reguladas por el derecho internacional caracterizadas por tres elementos básicos: a) la jurisdicción sobre estas conductas sería universal, b) cualquier Estado podría participar en su persecución y represión a pesar de que estos actos no se hayan cometido en su territorio o no hayan sido cometidos o participado en ellos sus nacionales; c) no prescriben.

Cuando se trata de un crimen de Derecho Internacional, en efecto, todos los Estados tienen un interés en que cese el ilícito internacional, de la misma forma, tienen legitimación internacional para exigir la responsabilidad individual que deriva de dicho ilícito⁶²⁵.

VII. Contornos de un “modelo tipo” de expolio como crimen de derecho internacional

El DPI ha experimentado una tardía codificación de las reglas generales de imputación propias. En consecuencia, hasta ahora solo se han construido los contornos de una teoría del delito específica para este ordenamiento⁶²⁶. No obstante lo anterior, actualmente la elaboración dogmática de una teoría del delito específica para el DPI se encuentra inmersa en un vertiginoso desarrollo, que tomó un impulso inicial con la instalación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y luego se ha tornado raudo con la entrada en

⁶²⁴ KOFELE-KALE, N., *The International Law...*, *op. cit.*, *passim*.

⁶²⁵ CARILLO SALCEDO, Juan Antonio, “Prólogo”. En: BESNÉ MAREÑO, R., *El crimen internacional...*, *op. cit.*, p. 16.

⁶²⁶ *Vid.*, en este sentido, por ejemplo, Antonio Cassese, conferencia inédita citada según MCDONALD, Gabrielle Kirk/SWAAK-GOLDMAN, Olivia, “Introduction”. En: ellos mismos (eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts*. Vol. I: Commentary. La Haya: Kluwer Law International, 2000, p. xiii: “...international criminal law is, in general, still quite rudimentary and lacks the specificity of most municipal criminal law”. En este sentido son seguidos por AMBOS, K., *La parte general...*, *op. cit.*, pp. 38, 48 ss, 64.

funcionamiento de la CPI⁶²⁷. Avanzar en la precisión y madurez dogmática de esta teoría que ofrezca reglas de validez general para la imputación de un injusto penal internacional, que abarque y ordene de forma sistemática los elementos estructurales comunes a todos los crímenes de forma universalmente eficiente y comprensible, es uno de los desafíos centrales para la jurisprudencia y la ciencia penal en el ámbito del derecho penal internacional⁶²⁸.

Por ende, los presupuestos fundamentales de una parte general del DPI, que deba esperar y merecer aceptación, son “apertura frente a los diferentes ordenamientos jurídicos y comprensibilidad y practicabilidad de las reglas propuestas”⁶²⁹. Esto explica que, desde la perspectiva del “*law in books*”, en el ECPI se renunciara al uso de conceptos pertenecientes a los grandes sistemas jurídicos (*civil law* y *common law*), pero sin dejar de tomar elementos propios de ambos sistemas y se trató de unificarlos en un concepto de crimen específico para el DPI⁶³⁰.

Por otro lado, desde un punto de vista del “*law in action*”, lo fundamental de una parte general del DPI, que pretende validez universal más allá de la teoría de las fuentes, es ser, también, eficiente, simple y comprensible. Como destaca AMBOS, esa necesidad de apertura, puede ser una de las explicaciones de por qué la dogmática y *ciencia jurídico penal de lengua alemana* hasta ahora ha tenido más bien escasa influencia práctica en la configuración de una parte general de derecho internacional “-¡y en absoluto del derecho penal internacional!”⁶³¹.

⁶²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, “Prólogo”; WERLE, Gerard, “Prólogo a la 2ª edición”. Ambos en: WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., pp. 31-32 y 25-26, respectivamente.

⁶²⁸ Vid., WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., pp. 245 ss.

⁶²⁹ AMBOS, K., *La parte general...*, op. cit., p. 49.

⁶³⁰ Vid., en este sentido, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., p. 247; AMBOS, K., *La parte general...*, op.cit., pp. 73 ss., 384 ss. También, previamente, CLARK, Roger S., „Subjektive Merkmale im Völkerstrafrecht”. *ZStW*, vol. 114, nº 2, 2002, pp. 372-376, nota 13.

⁶³¹ Vid., y las referencias ahí citadas, AMBOS, K., *La parte general...*, op. cit., pp. 49 ss. Cursiva y signos de exclamación en original.

En cambio, desde el ámbito del *common law* se ha impulsado un despliegue dogmático para forjar tenazmente el DPI⁶³². Así, resulta lógico que la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales muestre que el DPI “*in action*” esté orientado hacia la estructura bipartita del crimen: *offence-defence*, propia del derecho angloamericano y que desde hace tiempo domina también en el DPI⁶³³. De ello resulta una división básica de esta estructura que distingue solamente, entre los presupuestos de la *responsabilidad individual (offence)* y las posibles causas de su exclusión (*defences*) y que, por consiguiente, se diferencia fundamentalmente de la construcción del delito orientada sobre la base de una distinción entre injusto y culpabilidad, característica del sistema alemán⁶³⁴. En este sentido, desde la literatura especializada se advierte que la distinción entre causas de justificación (del hecho) y causas de exculpación (del autor) resulta, por ahora, extraña al derecho penal internacional⁶³⁵. Todo ello ha llevado a la doctrina más autorizada a concluir que en el sistema jurídico penal internacional “no se diferencia claramente entre el dolo del hecho –como parte del tipo– y la conciencia de la antijuricidad –como parte de la culpabilidad”⁶³⁶.

⁶³² Vid., y las referencias ahí citadas, *ibidem*.

⁶³³ Vid., *ibidem*, pp. 67, 73 ss., 383 ss. Además, ampliamente sobre el proceso de discusión del Proyecto del ECPI, *vid.* y las referencias ahí citadas, CLARK, R. S., „Subjektive Merkmale im...”, *op. cit.*, pp. 389 ss, ha llegado a poner en duda que alguien de quienes integraban la Comisión Preparatoria encargada de elaborar un proyecto del ECPI tuviera una idea clara de lo qué eran los “elementos del crimen (“*Elements of Crimes*”, “*Verbrechenselement*”). Dado que, agrega, este concepto en la práctica del DPI era nuevo.

⁶³⁴ Vid., en general, ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. de la 2ª ed. alemana y notas por Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/de Vicente Remesal). 1ª ed., reimp. Madrid: Civitas, 2001, §§12 y 21, pp. 414 ss, 865. En particular, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 245 ss.; AMBOS, K., *La parte general...*, *op. cit.*, pp. 67, 73 ss.; así también, anteriormente, DINSTEIN, Yoram, “Defences”. En: MCDONALD, Gabrielle Kirk/SWAAK-GOLDMAN, Olivia (eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts*. Vol. I: Commentary. La Haya (et. alt.): Kluwer Law International, 2000, pp. 371 ss.

⁶³⁵ En este sentido, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, p. 251; AMBOS, K., *La parte general...*, *op. cit.*, p. 386.

⁶³⁶ Vid., por todos, AMBOS, K., *La parte general, op. cit.*, pp. 67-68: “Con el concepto de *responsabilidad individual* se comprenden los problemas relacionados con la atribución de una determinada conducta humana a un tipo penal de derecho penal internacional. Se trata, por tanto, en primer término de reglas y posibilidades de *imputación* de una determinada conducta a un determinado resultado, y no de ‘responsabilidad’ en el sentido de una categoría delictiva

Desde un concepto amplio del elemento *defences* se incluyen tanto las causas materiales de exención de responsabilidad penal (como, por ejemplo, legítima defensa, estado de necesidad, error, capacidad mental disminuida), como los obstáculos procesales (así, por ejemplo, minoría de edad, principio de *ne bis in idem*)⁶³⁷. Con fundamento en lo anterior, y recordando el objetivo central de este trabajo, que no es otro que intentar perfilar los contornos de un “modelo tipo” de expolio, llevaremos a cabo esta tarea en el marco de los presupuestos de ese primer nivel (*offence*) y al margen de los presupuestos del segundo nivel (*defence*), teniendo en cuenta que estos últimos pertenecen a las reglas generales de imputación del DPI y rigen en general para todos los crímenes de derecho internacional (arts. 31-33 ECPI)⁶³⁸.

Para efectos de lo que aquí interesa, en cuanto a los presupuestos de la responsabilidad individual (*offence*), sin ahondar en el profundo debate en torno a las diferencias y equivalencias categoriales existentes entre las respectivas estructuras sistemáticas del delito elaboradas en ambos sistemas jurídicos, a riesgo de una excesiva simplificación, basta con decir que el *actus reus* y el *mens rea* del derecho angloamericano se equiparan, respectivamente, a las usuales formas del tipo objetivo (“*objektiver Tatbestand*”) y del dolo (“*kriminelles Bewußtsein*”) en el derecho continental europeo⁶³⁹.

independiente en lugar de la culpabilidad. Sin embargo, la responsabilidad individual tiene también un lado subjetivo y, por cierto, en un doble sentido: por un lado, en la forma de un reconocimiento fundamental del principio de culpabilidad; por el otro, como expresión de los presupuestos subjetivos de la responsabilidad individual”.

⁶³⁷ Vid., con ulterior referencia, *ibidem*, pp. 67 ss, 382 ss.. En esta línea, anteriormente, NILL-THEOBALD, Christiane, „Die Straffreistellungsdiskussion im Bereich des materiellen Völkerstrafrechts“. *ZStW*, vol. 109, n° 4, 1997, pp. 954 ss.

⁶³⁸ Vid., ampliamente y entre muchos otros sobre el concepto “*defence*”, NILL-THEOBALD, C., „Die Straffreistellungsdiskussion...”, *op. cit.*, pp. 954 ss.; DINSTEIN, Yoram, “Defences”..., *op. cit.*, pp. 372 ss.; MERKEL, Reinhard, „Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit im Völkerstrafrecht“. *ZStW*, vol. 114, n° 2, 2002, pp. 437-454; SCHABAS, William A., “Principios generales del derecho penal”. En: AMBOS, Kai/GUERRO, Óscar (comps.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Santa Fe de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 303 ss.; AMBOS, K., *La parte general...*, *op. cit.*, pp. 67 ss.

⁶³⁹ Vid., ampliamente sobre las diferencias entre ambos sistemas, *ibidem*, pp. 383 ss. También, con anterioridad, NILL-THEOBALD, C., „Die Straffreistellungsdiskussion...”, *op. cit.*, pp. 955 ss;

1. Aspecto externo del hecho (*actus reus*)

El aspecto externo de los crímenes de derecho penal internacional se configura por los elementos materiales ("*material elements*") o presupuestos que determinan la forma de aparición externa del hecho. Estos elementos objetivos, como señala WERLE, "pueden ser descriptivos o normativos, estar referidos al autor o al hecho"⁶⁴⁰.

El art. 30 del ECPI contiene en el párrafo 2 los términos conducta ("*conduct*") y consecuencias ("*consequence*") y el párrafo 3 del mismo precepto contiene el término circunstancia concomitante ("*circumstances*"). En virtud de esta norma la doctrina asume que estos son los elementos materiales del delito⁶⁴¹: el término *conducta* se refiere a una acción u omisión, generalmente los tipos penales precisan también la producción de determinadas *consecuencias* derivadas de la conducta, así como cualquier otra *circunstancia concomitante* contenida en la definición del crimen de que se trate y que no se refiere ni a la conducta ni a las consecuencias. Estos tres elementos materiales integran el *actus reus*, esto es, al tipo objetivo.

a) *Conducta (acción y omisión):*

Bajo el término "conducta" se entiende normalmente una acción u omisión en la cual se propone incurrir el autor⁶⁴². Expresado en términos dogmáticos, la letra a) del art. 30.2 se refiere a la *actividad* inmanente a todo delito⁶⁴³.

La conducta humana que presupone el expolio como crimen de derecho internacional la entendemos como cualquier *acto de sustracción de las riquezas de un Estado dirigido a la desposesión antijurídica* de la población, cometido

Vid., también previamente en el mismo sentido, VEST, H., „Humanitätsverbrechen – Herausforderung für...“, *op. cit.*, p. 472.

⁶⁴⁰ WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, p. 252.

⁶⁴¹ Por ejemplo y entre muchos otros, CLARK, „Subjektive Merkmale im...“, *op. cit.*, p. 381.

⁶⁴² *Ibidem*, pp. 380-383, nota 29.

⁶⁴³ AMBOS, K., *La parte general...*, *op. cit.*, p. 392

como parte de un ataque generalizado o sistemático o como parte de un ataque a gran escala contra esas riquezas.

El elemento “ataque” describe una línea de conducta (*course of conduct*), en la que se deben integrar los hechos individuales que integran el hecho global. Para que se produzca este elemento no es necesario el ejercicio de violencia contra la población civil. “Más bien al contrario, cualquier forma de abuso de la población civil puede ser subsumido en el término ‘ataque’”⁶⁴⁴.

b) Consecuencias

Algunos crímenes de derecho internacional prohíben la conducta, otros crímenes prohíben no sólo la conducta sino que también las consecuencias que se producen causalmente y otros crímenes prohíben la producción de las consecuencias sin especificar una conducta en particular^{645/646}. En este sentido, la mayoría de los crímenes exigen como presupuesto, además de la conducta prohibida, la producción de determinadas consecuencias. De suerte que, “por consecuencias se entienden todos los efectos de la conducta punible; incluso los delitos de mera actividad pueden tener ‘consequences’”⁶⁴⁷. De modo que, las consecuencias pueden gravitar en un resultado de lesión efectiva⁶⁴⁸ o en la mera puesta en peligro de los intereses jurídicos más importantes para la comunidad internacional⁶⁴⁹.

El párrafo 2. a) del art. 30 ECPI parte de las consecuencias conectadas a la mayoría de tipos. El término “consequence” debe ser entendido aquí en el

⁶⁴⁴ Así, con amplia reseña jurisprudencial, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., pp. 476-477, nota 1664.

⁶⁴⁵ Así, PIRAGOFF, Donald K./ROBINSON, Darryl, “Art. 30. Mental element”. En: TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome...*, op. cit., p. 859.

⁶⁴⁶ Por ejemplo, En el Estatuto CPI artículo 6 (b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.

⁶⁴⁷ *Vid.*, con ulterior referencia, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., p. 253.

⁶⁴⁸ Art. 8.2.a) iii) Del Estatuto CPI: “Infligir deliberadamente grandes sufrimientos...”

⁶⁴⁹ Art. 8.2. b) x) Del Estatuto CPI: poner gravemente en peligro la salud que estén en poder del perpetrador.

sentido del “resultado” que se produce solamente en los delitos de resultado⁶⁵⁰.

En concreto, en el caso del expolio, las consecuencias serían la destrucción de los fundamentos económicos, sociales y políticos de un Estado. Y según lo afirmado en líneas superiores, la destrucción efectiva de estos fundamentos no es necesaria.

c) Circunstancias

Normalmente, junto con los conceptos de *conducta* (“conduct”) y *consecuencia* (“consequence”), los crímenes de derecho internacional requieren además la concurrencia de otras *circunstancias* (“circumstance”⁶⁵¹) externas concomitantes⁶⁵². Aquí con el concepto de “circunstancia” se alude a las realidades descritas en los elementos del tipo. De particular importancia es la inclusión de este aspecto en los elementos materiales del crimen, lo cual ha dado lugar a acalorados debates, teniendo en cuenta que la literatura en el ámbito del *common law* apenas ayuda a aclarar este concepto⁶⁵³. En ese sistema jurídico con este concepto se entienden los hechos objetivos o normativos que resultan de los requisitos del tipo de un determinado delito según lo establecido en la letra de la ley⁶⁵⁴. Por ejemplo, en un delito sexual, el sexo y la edad de la víctima. En el expolio sería un hecho normativo la definición de qué se entenderá por bienes y recursos que integran las riquezas nacionales.

Estas circunstancias concomitantes desempeñan un rol fundamental en la calificación del expolio como crimen de derecho internacional. Esto es así, porque en este caso, las circunstancias de contexto o también llamadas

⁶⁵⁰ AMBOS, K., *La parte general...*, *op. cit.*, p. 392.

⁶⁵¹ Art. 30 (3) del Estatuto CPI.

⁶⁵² AMBOS, K., *La parte general...*, *op. cit.*, p. 394; En la misma línea, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 255-256.

⁶⁵³ *Vid.*, ilustrativamente, CLARK, „Subjektive Merkmale im...”, *op. cit.*, pp. 382-383.

⁶⁵⁴ *Vid.*, con ulterior referencia, AMBOS, K., *La parte general...*, *op. cit.*, p. 394.

elementos contextuales (“*contextual elements*”) se convierten en presupuestos objetivos que le confieren al hecho individual una dimensión internacional⁶⁵⁵. En este crimen los elementos contextuales se derivan de forma inmediata de la propia definición que del mismo aquí hacemos: el presupuesto del “modelo tipo” de expolio lo constituye el hecho de que la conducta típica se lleva a cabo en el marco de un ataque sistemático o a gran escala contra las riquezas nacionales.

d) Hecho global

La cuestión clave que define un delito como crimen de derecho internacional viene determinada por sus elementos constitutivos. El derecho penal internacional es ante todo, obviamente, “derecho penal individual”, porque siempre toma en cuenta “actos criminales individuales”⁶⁵⁶. Pero, cuando la suma de estos actos va más allá de lo individual y se cometen como parte de un ataque sistemático o en gran escala contra las riquezas nacionales, entonces, se genera un elemento contextual denominado abreviadamente como “hecho global” que da paso a un crimen de derecho internacional⁶⁵⁷. En otras palabras, como ya hemos mencionado en otro lugar de este trabajo, los crímenes de derecho internacional tienen como elemento común el denominado “elemento internacional”⁶⁵⁸.

Por consiguiente, los llamados elementos contextuales (“*context-element*”) o circunstancias de contexto, para el DIP se convierten en presupuestos objetivos que confieren al hecho individual una dimensión internacional y a la conducta que lo provoca la subsiguiente calificación como crimen de derecho internacional. En los crímenes de derecho internacional los elementos contextuales se derivan de forma inmediata de la propia definición de estos crímenes: el presupuesto lo constituye el hecho de que la

⁶⁵⁵ *Vid.*, con ulterior referencia, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 84-85, 255.

⁶⁵⁶ VEST, H., „Humanitätsverbrechen – Herausforderung für...“, *op. cit.*, p. 462.

⁶⁵⁷ WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 469-470.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, p. 84.

conducta típica se lleva a cabo en el marco de un ataque sistemático o en gran escala contra personas u objetos⁶⁵⁹.

El elemento internacional que caracteriza al expolio como un tipo de los crímenes de derecho internacional radica en la exigencia objetiva de un hecho global en el sentido de destrucción de los fundamentos esenciales de la economía de una sociedad o parte de esta.

Los hechos individuales de apropiación del patrimonio público se deben considerar crímenes de derecho internacional si se comenten en el marco de un ataque sistemático o en gran escala (hecho global). Los hechos individuales de desposesión deben, por tanto, formar parte de una relación funcional de conjunto.

A continuación se analiza el aspecto externo del hecho global del expolio, es decir, “patrimonio público” y el elemento “ataque generalizado o sistemático”. Además, teniendo en cuenta que el ECPI introduce el elemento político como aspecto externo en la definición tanto de los delitos de lesa humanidad (art. 7.2), así como en los crímenes de guerra (art. 8.1), analizaremos la oportunidad de incluir este aspecto en la definición del “modelo tipo” de expolio.

d.1) El ataque sistemático o en gran escala

Los crímenes internacionales requieren ineludiblemente de un contexto de acción colectiva (“*kollektiven Aktionszusammenhang*”). Técnicamente, esto se expresa mediante la exigencia de una comisión sistemática o en gran escala de un crimen determinado⁶⁶⁰. El contexto sistemático o comisivo en gran escala de la actividad criminal es un elemento del tipo objetivo⁶⁶¹. Como tal, tiene que ser alcanzado por el elemento subjetivo.

⁶⁵⁹ *Vid.*, en similar sentido, *ibidem*, p. 255.

⁶⁶⁰ VEST, H., „Humanitätsverbrechen – Herausforderung für...“, *op. cit.*, p. 467.

⁶⁶¹ *Ibidem*.

Así, todos los crímenes de derecho internacional requieren un contexto colectivo (*kollektive Kontext*) de ejercicio de violencia sistemática o masiva. Este contexto colectivo compone una “presunción constitutiva” (*Hintergrundannahme*) para los crímenes de lesa humanidad⁶⁶². De este modo, en estos crímenes el contexto colectivo o de violencia organizada (*Gesamtat*) que amenaza a la paz, seguridad y bienestar de la humanidad consiste en la violación sistemática o masiva de derechos humanos fundamentales de la población civil⁶⁶³.

En el caso concreto del expolio, se amenaza la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad cuando se vulneran los derechos económicos, sociales y culturales de la población civil al atacar de forma sistemática o masiva los fundamentos económicos del Estado al cual pertenece esa población. El hecho global cuestiona a la humanidad como tal, en el sentido de un “estándar mínimo de las reglas de la coexistencia humana”⁶⁶⁴.

Siguiendo el criterio introducido por ECPI para otros crímenes, en el caso del expolio proponemos que ambas características típicas sean formuladas de manera alternativa entre sí. Aunque en la práctica generalmente coinciden los dos criterios, siendo difícil separar el uno del otro⁶⁶⁵. Como criterio o “elemento internacional” el primer criterio alternativo (un ataque sistemático) requiere que los crímenes se cometan de manera sistemática, esto se refiere a la naturaleza cualitativa de los ataques. Es decir, que con ello se hace alusión a la naturaleza organizada de los actos de desposesión y sirve para excluir del ámbito del crimen los

⁶⁶² *Ibidem*, p. 462.

⁶⁶³ Así, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 84-85; del mismo, „Menscherechtsschutz durch Völkerstrafercht”. *ZStW*, vol. 109, n° 4, 1997, pp. 814 ss.

⁶⁶⁴ WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 468-469.

⁶⁶⁵ *Vid.*, en similar sentido, por ejemplo, TPIY, sentencia de 3 de marzo de 2000 (Blaškić, TC) parág. 207; TPIY, sentencia de 14 de diciembre de 1999 (Jelisić, TC), parág. 53; TPIR, sentencia de 7 de junio de 2001 (Bagilishema, TC), parág. 77.

hechos aislados⁶⁶⁶. Este criterio alternativo puede cumplirse con una serie de ataques que de hecho se lleven a cabo, con un solo ataque que se lleve a cabo como el primero de una serie de ataques proyectados, o con un solo ataque de extraordinaria magnitud. Esto último contiene el segundo criterio alternativo que requiere que los crímenes se cometan en gran escala, es decir que los actos criminales se dirijan contra un porcentaje significativo del patrimonio de un Estado como resultado de una serie de ataques o como resultado de un solo ataque masivo que cause un expolio de las riquezas nacionales.

Cuando el hecho global es producto de una serie de ataques, “el elemento “ataque” describe una línea de conducta, en el que se deben integrar los hechos individuales”⁶⁶⁷. Esta línea de conducta debe implicar la “comisión múltiple” de actos desposesorios de las riquezas nacionales.

La comisión múltiple conlleva menos exigencias que el ataque “generalizado” o una comisión a gran escala. Así, puntualiza WERLE que “una comisión múltiple existe tanto cuando se cometen en varias ocasiones una misma acción típica como cuando se comenten distintas alternativas típicas. Para ello no se requiere que un mismo autor actúe en todos los casos”⁶⁶⁸.

El carácter “generalizado” (“*widespread*” o „*Weitverbreitet*”) o “a gran escala” del ataque debe ser interpretado como un elemento cuantitativo del hecho global⁶⁶⁹. La CDI ha reconocido acertadamente no sólo los efectos acumulativos de una serie de tratos inhumanos, sino también el efecto de un único acto de extraordinaria magnitud como constitutivos

⁶⁶⁶ WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 477-478.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, p. 475.

⁶⁶⁸ *Ibidem*, p. 477.

⁶⁶⁹ VEST, H., „Humanitätsverbrechen – Herausforderung für...“, *op. cit.*, p. 468; seguido por WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, p. 477.

de un crimen contra la humanidad⁶⁷⁰. El Tribunal Internacional para Ruanda (ICTR, por sus siglas en inglés) en el caso *Akayesu* ha interpretado “generalizado” en el sentido del art. 3 del Estatuto ICRT como “masivo, frecuente, a gran escala, llevado a cabo colectivamente con gravedad considerable y dirigido contra una multiplicidad de víctimas”⁶⁷¹.

La generalidad o masividad del ataque se deriva, principalmente, a partir de la cantidad de víctimas o de las riquezas nacionales o de su extensión sobre un ámbito geográfico amplio. E incluso, un ataque generalizado puede serlo una sola acción cuando ésta tiene como víctima a un gran número de personas civiles o entraña vasta cantidad de activos⁶⁷².

La calificación del ataque como “sistemático” es de naturaleza cualitativa. Se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de su ocurrencia por mera coincidencia. Exige que las acciones individuales se deriven de un plan previo o de una política⁶⁷³. El autor debe conocer, por tanto, que se está llevando a cabo un ataque (a gran escala o sistemático) contra las riquezas nacionales y que su hecho representa una parte de este ataque.

Por su parte el ICTR definió el concepto de “sistemático” como “concienzudamente organizado y siguiendo un patrón regular sobre la base de una política común con la participación sustancial de recursos públicos o privados”. No se requiere que esta política deba ser formalmente adoptada como política de Estado o de una organización.

⁶⁷⁰ *Vid.*, con ulterior referencias, VEST, H., „Humanitätsverbrechen – Herausforderung für...“, *op. cit.*, p. 468, nota 46.

⁶⁷¹ Prosecutor v. Akayesu. Case ICTR-96-4-T. Septiembre 2, 1998.

⁶⁷² WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, p. 477-478.

⁶⁷³ Así lo interpretan tanto la Comisión Internacional y la jurisprudencia. Al respecto, *vid.*, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, p. 478-479, nota 1674.

Debe haber, sin embargo, algún tipo de plan o política preconcebidos⁶⁷⁴.
Sobre este último aspecto volveremos *infra*.

d.2) Las riquezas nacionales como objeto del hecho global

Los crímenes internacionales pueden dirigirse contra personas u objetos. En el caso de que los ataques se dirijan a objetos, estos deben tener una naturaleza colectiva. Lo que se quiere poner de relieve es el carácter colectivo del crimen y la exclusión de ataques contra personas o bienes individuales y de actos aislados.

El tipo de expolio valdría por igual para tiempos de guerra como de paz. No se protege, a diferencia de lo que sucede en los crímenes de guerra, los bienes, las propiedades y otros derechos frente al enemigo, ni se pretende proteger con esta figura los bienes pertenecientes a un Estado ocupado o plaza tomada por asalto en un conflicto armado de orden tanto internacional como interno, sino que, con esta figura se trata de proteger las riquezas nacionales frente a los propios gobernantes del Estado al cual pertenecen las riquezas.

d.3) El elemento político

El derecho internacional consuetudinario no exige ningún “elemento político” adicional al “ataque generalizado y sistemático” como condición de punibilidad que limite la definición de los crímenes. Sin embargo, los arts. 7.2. a) y 8.1, ambos del ECPI, exigen respectivamente que el ataque se lleve a cabo “de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política” o que se cometa como parte de un “plan o política o como parte de la comisión en gran escala de los crímenes de guerra”. La formulación

⁶⁷⁴ Expresamente, VEST, H., „Humanitätsverbrechen – Herausforderung für...“, *op. cit.*, pp. 468 ss.; WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, p. 484-485.

de este “elemento político” en estos crímenes fue realizada con la intención de dejar claro que no se incluían en la definición de los mismos hechos aislados cometidos por individuos⁶⁷⁵.

Asimismo, la jurisprudencia de los tribunales ad hoc ha destacado con claridad que el elemento político no es un elemento autónomo en la definición del crimen ni tampoco es necesario para probar la existencia de un ataque sistemático o a gran escala⁶⁷⁶. En este sentido, la CPI en sus primeras decisiones sobre la materia, ha señalado que el elemento político no es independiente del crimen, pero puede ser de utilidad para la constatación del hecho global⁶⁷⁷. Además, esto no convierte al elemento político en un elemento del tipo.

En concreto, la existencia de una condición de punibilidad como política de Estado, a nuestro modo de ver, no corresponde exigir en el tipo de expolio. Porque tal como aquí su configuración ha sido propuesta, los elementos “riquezas nacionales” y “sistemático o a gran escala” comprenden ya requisitos mínimos cuantitativos y cualitativos suficientes para excluir hechos aislados cometidos por individuos. El requisito de la planificación va implícito en la exigencia de un hecho global. El elemento político que en los mencionados artículos introduce el ECPI es en esencia, si se interpreta como aquí se hace de forma amplia, una ilustración de la exigencia del hecho global. Esta interpretación amplia no es más que una elaboración de lo que ya se incluye en el

⁶⁷⁵ Proyecto de Código de 1996, comentario al art. 18, parág. 5. Es en este proyecto donde la formulación hecha del “elemento político” encontró inspiración. *Vid.*, además, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, p. 480.

⁶⁷⁶ Así, por ejemplo, TPIY, sentencia de 12 de junio de 2002 (Kunarac et al., TC), parág. 98; TPIY, sentencia de 19 de abril de 2004 (Krstić, AC), parág. 225; TPIY, sentencia de 29 de julio de 2004 (Blaškić, AC), parág. 120; TPIY, sentencia de 17 de diciembre de 2004 (Kordić y Čerkez, AC), parágs. 98 y 120; TPIY, sentencia de 10 de mayo de 2005 (Semanza, AC), parág. 269.

⁶⁷⁷ CPI, decisión de 27 de abril de 2007 (Harun y Kushayb, PTC), parág. 62; CPI, decisión de 10 de junio de 2008 (Bemba Gombo, PTC), parág. 33.

elemento contextual del crimen, del “ataque sistemático o a gran escala sobre las riquezas nacionales”⁶⁷⁸.

La política del Estado o de la organización puede consistir, como acertadamente subraya WERLE, “en la adopción de una función directiva en la comisión del crimen o en un apoyo activo del hecho global o incluso en su tolerancia”. Así lo ha considerado la jurisprudencia internacional en múltiples decisiones, para quien es suficiente con la tolerancia para cometer el delito⁶⁷⁹. En todo caso, el espíritu de una norma del tipo de expolio hace lógico incluir la tolerancia: precisamente el “mirar a otro lado” por parte de los funcionarios, la negación de medidas de protección para las riquezas nacionales o la no persecución de los autores pueden ser medios efectivos de una política de venalidad y saqueo⁶⁸⁰.

2. Aspecto interno del hecho (*mens rea*)

a) Principios y consideraciones generales

Que los elementos que integran el aspecto externo (“*material element*”) de un hecho constituyen, a su vez, los puntos de referencia del aspecto interno (“*mental element*”; o, *elements of culpability, subjektiven Merkmalen, Schuldmerkmalen*⁶⁸¹) del mismo es ampliamente reconocido como principio general de derecho. Así, la punibilidad, según el DPI, exige como presupuesto de la responsabilidad penal una determinada actitud interna del autor al momento de realizar los elementos materiales del crimen⁶⁸².

⁶⁷⁸ Vid., en similar sentido, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., p. 483.

⁶⁷⁹ *Ibidem*, p. 483, nota 1693.

⁶⁸⁰ *Ibidem*, p. 482.

⁶⁸¹ CLARK, R. S., „Subjektive Merkmale im...”, op. cit., p. 377.

⁶⁸² Werle, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., p. 257.

Como hace ver la doctrina especializada, la distinción prevista en el sistema germánico y su área de influencia entre *dolo* como elemento del tipo y conocimiento de la *antijuridicidad* como elemento de la *culpabilidad*, no existe en el DPI ni en el desarrollo de la jurisprudencia penal internacional. Por ello, desde la doctrina alemana se advierte que la equivalencia entre “*mental element*” con su traducción oficial a lengua germana como “*subjektive Tatbestandsmerkmale*” (elementos subjetivos del tipo) no es del todo exacta, ya que según esta última comprensión existen elementos subjetivos especiales del tipo independientes del dolo. Los cuales, sin embargo, pueden ser extraídos de las configuraciones concretas de los tipos hechas por el ECPI (arts. 6-8)⁶⁸³.

A partir de esa premisa, y en el sentido frecuentemente recurrido de *guilty mind*, se sostiene de modo preponderante la idea de que el *mens rea* conllevaría a la vez el reproche de culpabilidad, porque el aspecto interno del hecho abarca no solo el dolo sino también el conocimiento de la antijuridicidad⁶⁸⁴. Así, hay autores que utilizan el término “dolo” en un sentido que abarque los conceptos de “intención y conocimiento”⁶⁸⁵. Pero, esta opinión no está libre de objeciones. Desde un sector doctrinal se llama la atención sobre el hecho de que en el derecho angloamericano no se diferencia en principio entre dolo (genérico) y elementos subjetivos especiales del tipo, ni se reconoce a la conciencia de la antijuridicidad como elemento integrante del *mens rea*⁶⁸⁶.

En definitiva, como señala AMBOS⁶⁸⁷, está claro que con el concepto de *mens rea* se entiende en el *common law* el aspecto interno del hecho, subjetivo, en

⁶⁸³ Por todos, AMBOS, K., *La Parte General...*, *op. cit.*, p. 385.

⁶⁸⁴ WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, p. 250. Cursiva en original. También, CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*. 2ª ed. Oxford/Nueva York (et. Alt.): Oxford University Press, pp. 137 ss.

⁶⁸⁵ WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 262-263.

⁶⁸⁶ *Vid.*, y la bibliografía ahí citada, AMBOS, K., *La Parte General...*, *op. cit.*, pp. 385-386.

⁶⁸⁷ *Ibidem*, pp. 385 ss, especialmente notas 16, 21 y 24.

oposición al aspecto externo, objetivo (*actus reus*). Asimismo, de hecho y predominantemente la *mens rea* es equiparada a las usuales formas de dolo del *civil law*. Más allá de esto, poco es pacífico.

b) Intención en relación a la conducta típica

Ahora bien, si recurrimos al ámbito normativo, el art. 30 (2) y (3) del ECPI contiene las disposiciones generales en lo que respecta a los presupuestos subjetivos de punibilidad que básicamente rigen para todos los crímenes de derecho internacional. Este precepto prevé como regla general que el autor haya realizado los elementos objetivos del hecho con *conocimiento y voluntad* (“*with intend and knowledge*”)⁶⁸⁸. Esto ha de entenderse en el sentido de dolo (genérico). Desde un punto de vista subjetivo, el tipo debe exigir que el autor realice intencionalmente (*wilfulness*) los elementos externos.

Con los elementos “*intent*”⁶⁸⁹ y “*knowledge*” se establece la distinción entre los presupuestos *cognitivos* (saber) y *volitivos* (querer) de la punibilidad, “cuya concurrencia cumulativa en el momento de la comisión del hecho es, por regla general, el fundamento de la punibilidad”⁶⁹⁰. De esta forma se establece como norma general que el autor debe actuar con intención (*intend*) y conocimiento (*knowledge*) en relación a los aspectos materiales del

⁶⁸⁸ Así, por ejemplo entre muchos otros, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, p. 250. previamente, AMBOS, K., *La parte general...*, *op. cit.* pp. 384 ss. Con anterioridad a este último, VEST, H., „Humanitätsverbrechen – Herausforderung für...“, *op. cit.*, p. 473.

⁶⁸⁹ *Vid.*, y toda la bibliografía ahí citada, AMBOS, K., *La parte general...*, *op. cit.*, pp. 387-389, nota 26; como bien refiere este autor, según el punto de vista tradicional, en el derecho angloamericano el término “*intent*” significa conocimiento y voluntad de realización del tipo y representa, por tanto, el dolo. Por el contrario, con frecuencia se utilizan los términos “*specific intent*” o “*intention*” para el concepto de intención (“*Absicht*”). Como concluye AMBOS, de acuerdo al uso que hace el ECPI de los términos “*intent*”, “*intention*” o “*intentional*”, estos no tienen un significado preciso y seguro, sino que ellos deben ser interpretados en su contexto sistemático, teniendo en cuenta consideraciones históricas y teleológicas.

Vid., también, CLARK, R. S., „Subjektive Merkmale im...“, *op. cit.*, pp. 379-381.

⁶⁹⁰ *Vid.*, con ulteriores referencias, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 262 ss. Para este autor “el contenido básico de las circunstancias objetivas exigidas debe reflejarse en la representación del autor”. Además, PIRAGOFF, D. K./ROBINSON, D., “*Article 30...*”, *op. cit.*, pp. 854-855.

hecho, es decir, la *conducta* típica, sus *consecuencias* y las *circunstancias* concomitantes, pero no la antijuridicidad⁶⁹¹.

En concreto, la imputación de responsabilidad en el DPI requiere de una conducta con dolo (*mens rea*), esto es, saber *positivo* y *voluntad* incondicionada de realización de la conducta. La realización de la conducta debe haber sido la meta de la acción u omisión del autor⁶⁹². No tiene importancia que el autor se proponga además una determinada consecuencia o un determinado resultado⁶⁹³, “pues lo único que es determinante es que él se haya propuesto la actividad en cuestión”⁶⁹⁴. En todo caso, las distintas exigencias referidas al aspecto interno del hecho en cada tipo delictivo precisan una cuidadosa diferenciación entre la conducta y consecuencias⁶⁹⁵.

Como hace ver CLARK⁶⁹⁶, en cuanto al concepto “*intent*” el ECPI distingue dos situaciones, a saber: “*intent*” con respecto a una conducta (“*conduct*”) y con respecto a una consecuencia (“*consequence*”). Por un lado, “*intent*” en relación a una (o varias) conducta del autor, existe si éste tiene la intención de realizar la conducta. Por otro lado, él tendría “*intent*” con respecto a una

⁶⁹¹ Vid., con ulteriores referencias, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., pp. 262 ss. Para este autor “el contenido básico de las circunstancias objetivas exigidas debe reflejarse en la representación del autor”. Previamente, AMBOS, K., *La parte general...*, op. cit., pp. 384 ss.

⁶⁹² Así, por ejemplo, CLARK, R. S., „Subjektive Merkmale im...”, op. cit., pp. 382, nota 29, ilustra: “Cuándo se acciona el gatillo de una pistola, esto es seguro la “conducta”. Pero ¿esa “conducta” también comprende el hecho de que la bala impactó en la víctima y esta murió? ¿es la muerte de la víctima parte de la “conducta” o de la “consecuencia”?

Por su parte, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., pp. 263-264, nota 867, responde que en el caso de un asesinato como crimen contra la humanidad [art. 7. I. a)] llevado a cabo mediante el disparo de armas de fuego, el art. 30.2 del ECPI solo precisa como conducta voluntaria la de apretar el gatillo. Por el contrario el que las víctimas sean alcanzadas por las balas y mueran se consideran como consecuencia (“*consequence*”), para la que rigen otros requisitos subjetivos.

Vid., también, con abundantes ejemplos, ROXIN, C., *Derecho Penal...*, op. cit., §12, nn.mm. 7 ss., pp. 417 ss

⁶⁹³ VEST, H., „Humanitätsverbrechen-Herausforderung für...”, op. cit., pp. 480-485.

⁶⁹⁴ Vid., sobre las problemáticas de la comisión intencional de delitos de (pura) actividad y delitos de resultado, AMBOS, K., *La parte general...*, op. cit., p. 395. Vid., sobre la intención (o propósito) en general, ROXIN, C., *Derecho Penal...*, op. cit., §12, nn.mm. 7 ss., pp. 417 ss.

⁶⁹⁵ WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., pp. 264 ss.

⁶⁹⁶ Así, CLARK, R. S., „Subjektive Merkmale im...”, op. cit., pp. 379.

consecuencia si tiene la intención de causarla o sabe que esta va a ocurrir en el curso normal de los acontecimientos. Por tanto, según la definición que del crimen se haga, si la punibilidad del mismo exige una consecuencia, la intencionalidad del autor respecto a esta consecuencia ha de probarse.

El *knowledge* debe ser idéntico respecto a las consecuencias. Mientras que en relación a las circunstancias es suficiente la conciencia de que esta se producirá⁶⁹⁷.

Por tanto, según el art. 30 ECPI, la intención se exige respecto a la conducta y a la consecuencia, mientras que el conocimiento (también) se aplica sobre las circunstancias. El autor de un crimen de derecho internacional, por consiguiente, lo será solo cuando exista una conexión entre su intención y su propia conducta y sus consecuencias⁶⁹⁸.

Desde las anteriores reflexiones cabe entender que se plantee la cuestión sumamente controvertida sobre si la “*intent*” siempre ha de ser interpretada como *dolus directus* de primer grado o si con este concepto no se aludiría también al entero ámbito del dolo directo, es decir, si también podría ser suficiente el *conocimiento positivo*. La respuesta que desde algún sector se le ha dado a este planteamiento se hace depender de si la exigencia de intención en algunos casos tiene o no un significado caracterizador del tipo delictivo⁶⁹⁹.

⁶⁹⁷ De esta opinión, VEST, H., „Humanitätsverbrechen – Herausforderung für...“, *op. cit.*, p. 473.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, p. 474.

⁶⁹⁹ Según AMBOS, K., *La parte general...*, *op. cit.*, p. 396-397, 420, “si la ‘intención’ se debe entender siempre como *dolus directus* de primer grado o si con este término no puede aludirse también al entero ámbito del dolo directo, depende de si ella tiene o no un significado caracterizador del tipo delictivo. ...En el ECPI, tal comprensión amplia de la intención encuentra un sostén en el art. 30, el cual entiende al “*intent*” también de manera cognitiva (art. 30 (2)(b)), reconociendo, así, también un elemento cognitivo en los “(especific) intent crimes”. En conclusión, esto significa que, por lo general, respecto a una actividad es suficiente el dolo en el sentido de *dolus directus* (de primer o segundo grado. Pues, difícilmente se podrá decir que la exigencia de la intención en los pocos delitos de actividad de los arts. 6-8 asume un significado caracterizador del tipo delictivo”

Relacionado con esto último está el polémico asunto que gira en torno al hecho de que si al autor de un crimen de derecho internacional debe imponérsele la sanción penal cuando lleva a cabo todos los elementos objetivos del delito *contando con la posibilidad, pero no con la seguridad*, de que con su conducta se materializaran todos los elementos del tipo penal⁷⁰⁰. En concreto, como advierte WERLE, el quid de la cuestión está en determinar si basta para la imposición de la sanción con que el autor actúe con dolo eventual o con *recklessness*⁷⁰¹.

El art. 30 del ECPI exige la realización a sabiendas y voluntaria de los elementos objetivos del tipo de los arts. 6-8 del mismo estatuto en el sentido del *dolus directus*. El autor debe actuar con *voluntad* en cuanto a la *actividad típica*, con *voluntad* y *conocimiento* en cuanto al *resultado* y con *conocimiento* en cuanto a las *circunstancias del hecho*".

El dolo en el sentido del art. 30 se debe referir a todos los elementos objetivos del tipo. Esto incluye también las circunstancias (especiales) del hecho contenidas en los arts. 6-8 ("contextual elements"); al respecto, el autor debe tener conocimiento *fáctico*; especialmente, él debe tener conocimiento del contexto sistemático o a gran escala de comisión. De manera similar, también en cuanto a los elementos normativos del tipo el autor debe ser consciente de los hechos necesarios para el conocimiento del significado. Por el contrario, no es necesario que él comprenda el significado o la valoración jurídica de tales conceptos. Dicho de modo corto y simple: el autor debe poseer conocimientos fácticos, pero no jurídicos.

⁷⁰⁰ Vid., ampliamente sobre este debate y bibliografía tanto a favor como en contra, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 281-282, nota 613.

⁷⁰¹ La figura de la *recklessness*, propia del *common law*, se sitúa entre el dolo (*intention*) y la imprudencia (*negligence*). Respecto a equivalencias y diferencias entre *dolus eventuales* y *recklessness*, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 281-282. Además, ampliamente y en general, WEIGEND, Thomas, "Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit". *ZStW*, vol. 93, nº 2, 1981, pp. 657-700.

No obstante lo anterior, a la par de los presupuestos subjetivos generales, el art. 30 permite la existencia de reglas divergentes. Así, esta misma disposición preceptúa que los requisitos del aspecto interno del hecho ahí establecidos regirán “salvo disposición en contrario”⁷⁰². En las configuraciones que el propio Estatuto hace de cada uno de los crímenes se introducen “disposiciones en contrario” en el sentido del art. 30 que pueden ampliar o reducir la punibilidad respecto a los presupuestos subjetivos generales.

c) Intención y conocimiento en relación con las consecuencias

En todas las situaciones en las cuales la “consecuencia” es parte de la definición del crimen, se exige que esta consecuencia sea realizada intencionalmente⁷⁰³. Es decir, que en estos casos se exige que entre la conducta del autor y la “consecuencia” exista una relación que permita imputar a éste el resultado concretamente producido (exigencia de causalidad).

Según el párrafo 2. b) del art. 30 del ECPI, el conocimiento (“conciencia”, “awareness”) que tiene el autor de la previsible producción de una “consecuencia” derivada de su conducta, se estima suficiente para satisfacer los elementos volitivos de imputación. De modo que si el autor “sabe” que su conducta producirá un determinado efecto o prevé que se producirá “en el curso normal de los acontecimientos”, estará actuando con la “voluntad” que se exige⁷⁰⁴. El conocimiento necesario para la imputación es objetivado por medio del criterio del “curso normal de los acontecimientos”. Tales

⁷⁰² WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., pp. 269 ss; “La ‘disposición en contrario’, en el sentido del art. 30, puede derivarse del propio Estatuto, de los Elementos de los Crímenes o de cualquier otra fuente del derecho internacional, en el sentido del art. 21 del Estatuto de la CPI...”

⁷⁰³ Art. 30, párrafo 2 (b) del Estatuto CPI.

⁷⁰⁴ AMBOS, K., *La parte general...*, op. cit., pp. 397-399; WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., pp. 264 ss.

“consecuencias” pueden considerarse como “queridas”, porque el autor tiene seguridad en su producción salvo que concurran circunstancias excepcionales.

Sin embargo, WERLE advierte que esta interpretación mayoritaria en los comentaristas⁷⁰⁵, conlleva un efecto negativo: porque el estándar exigido en relación con el aspecto interno del hecho por el art. 30 del ECPI excluye el *dolus eventualis* y la *recklessness* respecto a las consecuencias de la conducta y establece, en consecuencia, un umbral en el aspecto interno del hecho que es más elevado que el que se aplica tanto por los tribunales nacionales como internacionales⁷⁰⁶. Ya que bajo los conceptos *indirect intent*, *dolus eventualis* o *recklessness*, el conocimiento del autor de la existencia de una alta probabilidad o incluso de la mera posibilidad de que una consecuencia pueda producirse es, por lo general, suficiente para la imputación penal de la producción del resultado⁷⁰⁷. Si no está previsto expresamente en otro lugar, concretamente en los Elementos del Crimen y en otras disposiciones del derecho consuetudinario, el art. 30.2.b) no deja espacio al *dolus eventualis* o la *recklessness* cuando exige el requisito de que el autor tenga conocimiento de que el resultado se producirá en el desarrollo normal de los hechos o que tenga intención de producirlo. En todo caso, esta discusión merece un detenido examen que sobrepasa los límites de este trabajo.

⁷⁰⁵ Vid., por ejemplo, AMBOS, K., *La parte general...*, op. cit., pp. 397-399, 419-420; CASSESE, A., *International Criminal...*, op. cit., p. 74; ROXIN, C., *Derecho Penal...*, op. cit., §12, nm 14, cita 11. A contrario sensu y a favor de la inclusión del *dolus eventualis*, entre otros, JESCHECK, Hans-Heinrich, “The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute”. *JICJ*, vol. 2, nº 2, 2004, p. 45; KNOOPS, Geert-Jan Alexander, *Defenses in Contemporary International Criminal Law*. 2ª ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 5; MANTOVANI, Ferrando, “The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer”. *JICJ*, vol. 1, nº 1, 2003, p. 32; OLÁSOLO, Héctor, *Unlawful Attacks in Combat Situations: From the ICTY’s Case Law to the Rome Statute*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 207 ss.; PIRAGOFF, D. K./ROBINSON, D., “Article 30...”, op. cit., p. 860; GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional...*, op. cit., pp. 231 ss, 236, ss, notas 124, 127, 136, 239,241,260-262.

⁷⁰⁶ WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., pp. 265 ss, 281.

⁷⁰⁷ *Ibidem*, pp. 265 ss.

d) Conocimiento en relación con las circunstancias concomitantes

Por otra parte, en virtud del art. 30 (3) ECPI, la clasificación de un elemento determinado como “circunstancia” implica la necesidad de su conocimiento (“conciencia de que existe una circunstancia”). De modo que, si un elemento determinado es considerado por los presupuestos normativos como “circunstancia”, entonces el autor deberá haberlo conocido⁷⁰⁸. En breve, en términos de las circunstancias (“*circumstances*”) el conocimiento (“*knowledge*”) es suficiente para la punibilidad⁷⁰⁹. Por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia (art. 30.3 del ECPI).

Resulta importante tomar nota de la distinción señalada por la doctrina, en cuanto la punibilidad presupone el conocimiento de un elemento característico. Así, en lo que se refiere a elementos descriptivos del crimen, el conocimiento significa su aprehensión sensorial por parte del sujeto activo. En lo que se refiere a elementos normativos, básicamente, con que el autor conozca las circunstancias que les sirven de base y que la significación social que involucra el elemento le sea comprensible⁷¹⁰. Prácticamente, resulta irrelevante si la valoración jurídica del sujeto activo es errónea o no⁷¹¹.

Entorno a todos los crímenes de derecho internacional, no sin controversia, se ha asentado consenso en lo que se refiere a que en estos el contexto de violencia organizada debe ser abarcado por la representación del autor⁷¹². La literatura especializada manifiesta que “es suficiente con que el autor conozca el contexto del crimen; no es preciso que llegue a la conclusión normativa de que el ataque era en efecto generalizado o sistemático”⁷¹³.

La relación entre la conducta individual del sujeto activo y el ataque generalizado no puede ser determinada, sin embargo, de modo meramente

⁷⁰⁸ Ambos, p. 394.

⁷⁰⁹ CLARK, R. S., „Subjektive Merkmale im...”, *op. cit.*, pp. 379.

⁷¹⁰ WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 268-269.

⁷¹¹ Así, señalando excepciones a este principio, *ibidem*, p. 269, nota 885.

⁷¹² *Vid.*, sobre esta polémica, *ibidem*, p. 278.

⁷¹³ *Vid.*, con ulterior referencia, *ibidem*, p. 279.

objetivo, sino que resulta de la *actitud interna* del autor hacia el hecho. Si el autor actúa de manera completamente independientemente del ataque generalizado, entonces su conducta no está en relación con ese ataque, sino que tiene lugar por casualidad, en ocasión del ataque. En cambio, si el autor actúa con conciencia de que está teniendo lugar un ataque generalizado, aprovechándose posiblemente de éste, esta conciencia construye la relación entre su conducta y el ataque generalizado. La relación con el ataque se construye por tanto por medio de la *representación* del autor y no sin embargo con base en meras realidades objetivas⁷¹⁴. Únicamente se exige el conocimiento de las circunstancias del hecho que hayan tenido lugar en el contexto de un ataque generalizado y que haya estado relacionada con él. Esta es una posición clara del art. 7.1 del ECPI, según la cual, en los crímenes de lesa la humanidad el sujeto activo debe actuar “con conocimiento” del ataque generalizado o sistemático. O sea, es suficiente la presencia objetiva de un hecho global y no se exige que el dolo del autor abarque este requisito⁷¹⁵.

Por otra parte, Con respecto a los elementos de intencionalidad relacionados con elementos que entrañan juicios de valor, como los que emplean los términos ‘a gran escala’ o ‘graves’, por ejemplo, no es necesario que el autor haya procedido personalmente a hacer un determinado juicio de valor”.

e) Especial conocimiento e intención en relación a la conducta de expolio

En cuanto a un hipotético tipo de expolio, la conducta en cuestión sería la desposesión a un pueblo de sus riquezas nacionales, el autor de esta conducta se debe proponer incurrir en ella [art. 30. 2 (a)]. La realización de esta conducta debe haber sido la meta de la acción u omisión del sujeto

⁷¹⁴ AMBOS, K., *La parte general...*, op. cit., p. 410.

⁷¹⁵ Vid., en este sentido y con amplia reseña jurisprudencial, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., pp. 274, 278-279, nota 929.

activo. Asimismo, el elemento intencional siempre se cumple cuando la desposesión depende del autor. No tiene importancia que éste se proponga además una determinada consecuencia o un determinado resultado, pues lo único determinante es que él se haya propuesto la conducta en cuestión. De esto se desprende que, respecto del expolio es suficiente el dolo en el sentido de *dolus directus* (de primer o segundo grado).

A partir de lo anterior, respecto al aspecto interno del expolio se deduce que esta conducta además del dolo directo no exige un dolo más intenso. En este caso la "*specific intent*", entendida en el sentido de una voluntad orientada a un fin, no es otra que la intención de desposesión de los bienes públicos. Es suficiente con que la intención de desposesión del autor esté presente en el momento de la ejecución de la acción típica con conocimiento de que su acción es parte de una agresión generalizada o sistemática contra los fundamentos esenciales de la economía de una sociedad o de una parte de ésta. Siempre debe de poder determinarse que el propio autor en su acción ("*conduct*") ha actuado con la intención de desposesión ("*specific intent*") y con el conocimiento ("*knowledge*") de que dicha conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático ("*circumstance*"). Este argumento sigue una posición clara del derecho internacional consuetudinario, según la cual, en los crímenes contra la humanidad es suficiente la presencia objetiva de un hecho global y no se exige que el dolo del autor abarque este requisito⁷¹⁶.

Igual que ocurre con el crimen de guerra de enajenación forzosa⁷¹⁷, no es necesario que el autor del crimen de expolio además transfiera la cosa apropiada a su patrimonio o por lo menos tenga el dolo para ello. Por el contrario, el crimen de guerra de saqueo se distingue de la apropiación y de la confiscación en cuanto a la intención del autor de apropiarse del bien

⁷¹⁶ Vid., en este sentido y con amplia reseña jurisprudencial, *ibidem*, pp. 436 ss, notas 1520 y 1521.

⁷¹⁷ 8.2 a) iv), 8.2. b) xiii). Vid., WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 652 ss.

para su uso privado o personal⁷¹⁸. En relación al expolio, no es necesaria la persecución de un fin, más allá de la mera desposesión al pueblo de las riquezas nacionales. Por tanto, la definición de expolio aquí contenida renuncia a los elementos subjetivos adicionales como pueden ser la intención de apropiación, la intención de destrucción parcial o total de las bases económicas de una sociedad o la intención de dominación de un pueblo.

Lo anterior se explica porque las distintas exigencias referidas al aspecto interno del hecho en cada caso precisan una cuidadosa diferenciación entre la conducta y sus efectos y consecuencias. Así, por ejemplo, en el caso del expolio como crimen de derecho internacional, según lo aquí propuesto, solo requeriría como conducta voluntaria la de sustraer los bienes. Por el contrario, el que se destruyan los fundamentos económicos de un Estado y a su población se cause graves sufrimientos o se atente gravemente contra la integridad física o la salud mental o física de la misma, se entiende como consecuencias (“consequence”), para la que rigen otros requisitos subjetivos⁷¹⁹.

Esto es así porque la conducta típica, tal como aquí la definimos, es la mera desposesión de las riquezas y, la destrucción total o parcial de las bases económicas será, en cualquier caso, consecuencias de la conducta. Lo contrario supondría una restricción excesiva del ámbito de punibilidad al exigirse un ánimo apropiatorio o un ánimo destructivo o un ánimo de dominación (“*specific intents*”) entendido como una voluntad dirigida a un fin. Este ánimo sería el objetivo (mediato o inmediato) del autor. De esta fuerte, sería preciso que el sujeto activo se representara la acción individual como un paso para la consecución de la apropiación o destrucción de las bases económicas de una sociedad o de la dominación de un pueblo. Solo

⁷¹⁸Arts. 8. 2. b) xvi) y 8. 2.e) v). *Vid.*, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 652-653.

⁷¹⁹ WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 262 ss., nota 867.

una vez probada cualquiera de esas circunstancias el hecho aparecería como una amenaza para la paz, la seguridad y bienestar de la humanidad y adquiriría la consecuente dimensión internacional. Claro está que, de exigirse esa intención, siempre debe poder determinarse que el propio sujeto activo ha actuado con esa intención⁷²⁰.

Se podría argumentar, por ejemplo, que la intención de destruir las bases económicas existe cuando el autor sabe que se intenta desposeer masiva o sistemáticamente las riquezas nacionales. Esta interpretación podría estar fundamentada, sobre todo, en las particularidades de la comisión sistemática del hecho típico de expolio. Igual que en el resto de delitos de sistema, el argumento sería que no es posible separar los objetivos de la acción, las condiciones previas y los efectos colaterales⁷²¹. Por eso, según esto, “en estos casos sería suficiente para poder afirmar la existencia del aspecto interno del hecho con el conocimiento certero por parte del autor de la intención destructiva del autor principal o del autor de la organización”⁷²².

Esta interpretación, no se corresponde con el sentido que aquí se le otorga al tipo. Porque, el conocimiento del autor de que participa en una agresión masiva o a gran escala no puede sustituir la intención destructiva, apropiatoria o dominante, por mucho que ese conocimiento pueda ser un indicio de la existencia de esa intención. Lo contrario, conduciría a una notable extensión de la punibilidad por expolio, pues en definitiva se consideraría suficiente cualquier grado de dolo. Rechazada esa posibilidad, solo podrían ser considerados típicos los supuestos en los que el autor tiene la intención de apropiación y/o destrucción total o parcial de las bases económicas.

⁷²⁰ Así, aproximadamente en relación al genocidio, TPIY, sentencia de 2 de agosto de 2001 (Krstić, TC), parág. 549.

⁷²¹ WELE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., p. 443.

⁷²² *Ibidem*.

Un enfoque basado en el conocimiento, igual que ocurre con el genocidio, mezcla tres aspectos diferentes: en primer lugar, la definición de la intención específica de destruir; en segundo lugar, la cuestión de si todos los intervinientes en la empresa expoliadora debe compartir la intención específica de destruir para poder castigarles de expolio⁷²³, y por último, aspectos de prueba⁷²⁴.

Por todo lo anterior, consideramos que la intención característica del aspecto interno del expolio es la intención de desposesión (“specific intent”) y es suficiente con que esta intención esté presente en el momento de ejecución de la acción típica.

Finalmente, si a la par de la intención de desposesión coexistiera la intención de destruir un grupo o causar la muerte de sus miembros, las conductas de desposesión se corresponderían con las denominadas “*slow death measures*”⁷²⁵, que se encuentran recogidas por el art. 6.c) del ECPI⁷²⁶. Es decir, acciones de sometimiento a condiciones de vida destructivas, las cuales no matan de manera inmediata, pero que a la larga pueden producir la muerte de miembros de un grupo de la población y cumplen con los requisitos de punibilidad del genocidio. Por tanto, estaríamos en presencia de un concurso de un crimen de expolio y un crimen de genocidio. Es la finalidad de la intención lo que nos permite hacer una delimitación entre el expolio y otros tipos. Salvo que las acciones de genocidio puedan ser

⁷²³ Vid., AMBOS, K., *La parte general...*, op. cit., p. 421 ss.; “En este contexto debe recordarse que para la jurisprudencia penal internacional no es una cuestión en absoluto aclarada si –además del autor individual- también los otros intervinientes en el delito deben poseer la intención genocida especial de destrucción. Mientras, como es conocido, en *Akayesu* se diferenció entre la intervención en el delito en sentido general conforme al art. 6 (1), EICTR y la participación específica (*complicity*) según el art. 2 (3)(e), EICTR, en *Musema* se considero suficiente, más bien, respecto de los otros intervinientes (estos es, aquellos que no son autores individuales) el conocimiento, e incluso la ignorancia negligente, de la intención genocida o de los autores principales”.

⁷²⁴ Vid., aproximadamente en similar sentido sobre el genocidio, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., pp. 443 ss.

⁷²⁵ SELBMANN, F., *Der Tatbestand des...*, op. cit., 2003, p. 161.

⁷²⁶ Vid., sobre el particular, Capítulo Tercero de este trabajo.

subsumidas en el tipo de expolio cuando exigida la prueba del ánimo de exterminar total o parcialmente un grupo como tal no haya sido satisfecha fehacientemente. Así pues, si hay elementos subjetivos adicionales se configurara concurso con otras modalidades de crímenes de lesa humanidad: si se imponen con intención condiciones de vida destructivas, será exterminio [arts. 7.1. b) y 7.2. b), ambos del ECPI].

f) Especial conocimiento e intención en relación con las consecuencias de la conducta de expolio

Ahora bien, ocupándonos de la configuración de los presupuestos subjetivos de punibilidad de un hipotético tipo de expolio, a nuestro modo de ver, la conducta tendría que contemplar la punibilidad de la realización consciente del riesgo referido a la materialización de los elementos externos del hecho.

Hemos dicho que la definición del crimen de expolio exige que la conducta del autor dé lugar a una determinada consecuencia que puede gravitar en un resultado de lesión efectiva o en la mera puesta en peligro de los intereses jurídicos más importantes para la comunidad. Como hemos dicho *supra*, en el caso que nos ocupa la consecuencia sería la destrucción de las bases económicas, sociales y culturales de una sociedad. En cuanto al aspecto interno, el autor debe, en el momento de la comisión, o bien proponerse causar dicha consecuencia o bien, en cualquier caso, ser consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos⁷²⁷. Relacionado con esto último está la ya aludida polémica sobre la cuestión de que si al sujeto activo de un crimen de derecho internacional debe imponérsele la sanción penal cuando lleva a cabo todos los elementos

⁷²⁷ WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., p. 264, nota 869; AMBOS, K., *La parte general...*, op. cit., p. 397 ss)

objetivos del delito *contando con la posibilidad, pero no con la seguridad*, de que con su conducta se materializaran todos esos elementos.

A la luz de la idea precedente, en los casos de expolio, actuaría con dolo eventual o *recklessness* quien cuenta con la posibilidad cierta de que con la sustracción masiva o a gran escala de los bienes públicos va a causar grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud mental o física de la población y se conforma con ello. Es decir, que el autor al atacar las riquezas de una nación, actúa con conciencia del peligro de *destrucción de los fundamentos esenciales de la economía de una sociedad* pero abandona al desarrollo de los hechos el que este peligro se materialice.

El ánimo de destrucción no constituye un elemento subjetivo del tipo sino que sería un elemento de la culpabilidad. Así como en el caso de genocidio o el crimen de persecución fundado en determinados motivos discriminatorios este constituye un requisito subjetivo del tipo y no un elemento de la culpabilidad. El genocidio se trata de delito de intención.

g) Elementos contextuales como objeto del aspecto interno del expolio

Ha sido dicho en otra sede de este trabajo, en cuanto al aspecto interno en relación a las circunstancias, que es suficiente para la punibilidad con que el autor tenga conocimiento de la existencia de las mismas (*"awareness that a circumstance exists"*)⁷²⁸ como otros elementos característicos de naturaleza objetiva. No se exige que estas circunstancias concomitantes sean abarcadas por la voluntad⁷²⁹.

Ahora bien, la relación entre la conducta individual de desposesión del sujeto activo y el ataque generalizado o sistemático sobre las riquezas nacionales no puede ser determinada, sin embargo, de modo meramente objetivo, sino que resulta de la *actitud interna* del autor hacia el hecho. Solo

⁷²⁸ Art. 30.3 del ECPI.

⁷²⁹ WERLE, G., *Tratado de derecho...*, op. cit., pp. 268-269.

cuando el autor se representa la acción individual como parte de una serie de actos que tiene lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar, en un marco de ataque generalizado o sistemático contra las riquezas nacionales, esos hechos individuales se consideraran crímenes de derecho internacional. Sería suficiente con que el conocimiento del hecho global de expolio esté presente en el momento de la ejecución de la acción típica; no se exigiría la planificación previa por parte del autor⁷³⁰.

Por tanto, una primera conclusión de esto sería: el aspecto interno del expolio exige dolo respecto del hecho individual y conocimiento del contexto funcional.

VIII. Hacia la ampliación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional para la inclusión del expolio

...y Kampala y Nueva York y La Haya y Tokyo y Ginebra y Nuremberg y... Son algunos de los puntos que trazan los caminos geográficos físico y metafísico del DIP. Camino, este último, que para algunos es lineal y para otros es un interminable camino circular entre los puntos del idealismo y de la *realpolitik*⁷³¹. En la narrativa dominante del derecho internacional, los acontecimientos históricos en el espacio y el tiempo transcurren a lo largo de una línea invisible de progreso, desde (La Paz de) Westfalia en 1648 pasando por (las instituciones de) Bretton Woods en 1944 y (La Conferencia de) San Francisco en 1945, hasta la actualidad y continuando⁷³².

Kampala en 2010 es uno de los puntos más recientes de esa línea de desarrollo. En este punto fue celebrada la Conferencia de Revisión del Estatuto

⁷³⁰ *Vid.*, en general, WERLE, G., *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, p. 442 nota 1542.

⁷³¹ *Vid.*, por todos, KOLLER, David, "...and New York and The Hague and Tokyo and Genova and Nuremberg and...: The Geographies of International Law". *Eur J. Int. Law* (2012), vol. 23, nº 1, pp. 97-119.

⁷³² *Ibidem*, pp. 97 ss.

de Roma de la Corte Penal Internacional con el fin de ampliar la competencia sustantiva del ECPI limitado actualmente a los “*core crimes*” (o delitos esenciales o crímenes más graves) como una especie de estándar mínimo para el derecho internacional penal contemporáneo⁷³³. Actualmente, la jurisdicción de la CPI incluye genocidio (art. 6), crímenes de lesa humanidad (art. 7), crímenes de guerra (art. 8) y crímenes de agresión (art. 5). Sin embargo, el contenido del Estatuto no es inamovible. Él, incluida sus disposiciones jurisdiccionales, puede ser modificado mediante la proposición de enmiendas por cualquier Estado de acuerdo a lo previsto en el art. 121 del mismo Estatuto.

Indudablemente, la ampliación de la competencia material de la CPI a través de la inclusión de algunos delitos definidos en tratados, se está convirtiendo, sino es que ya lo es, en uno de los temas centrales de atención de la academia⁷³⁴, aunque, por otra parte, la actividad política internacional hasta ahora se ha limitado a dar contenido al crimen de agresión⁷³⁵.

Finalmente, la Conferencia decidió mantener el art. 124 del ECPI tal como estaba redactado y revisar nuevamente sus disposiciones durante el decimocuarto período de sesiones de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma⁷³⁶. Con la definición del crimen de agresión en 2010, el cual ha estado en la agenda internacional desde los Juicios de Núremberg y Tokio donde fue establecido como el crimen supremo contra la paz, podría cerrarse el

⁷³³ AMBOS, K., *Derecho y proceso penal...*, op. cit., p. 78, nota 18.

⁷³⁴ BOISTER, Neil, “Teatry Crimes, International Criminal Court?”. *New Crim. L. Rev.*, vol. 12, nº 3, 2009, pp. 341-365. También, en este trabajo y la bibliografía ahí citada, Capítulo Tercero.II.1.b).

⁷³⁵ La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobó la Resolución RC/Res.6, mediante la cual enmendó el ECPI a fin de incluir una definición del crimen de agresión. En la misma resolución, la Conferencia aprobó las enmiendas a los elementos de los crímenes relativos al crimen de agresión y también los entendimientos al crimen de agresión y también los entendimientos al respecto. *Vid.*, además, la Declaración de Kampala (Declaración RC/Decl. 1), aprobada por el consejo en la cuarta sesión plenaria el 1 de junio de 2010; Corte Penal Internacional, *Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. RC/11* (disponible en: http://212.159.242.181/iccdocs/asp_docs/ASP9/OR/RC-11-SPA.pdf).

⁷³⁶ Resolución RC/Res.4.

ciclo Núremberg-Roma iniciado en 1945. Este ciclo fue dilatado a partir de 1954 con la decisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas de suspender los trabajos del proyecto de la Corte Penal Internacional⁷³⁷. La tensión entre los dos bloques hacía imposible progresar. En 1989, tras el fin de la Guerra Fría, la Asamblea General decidió retomar el proyecto de creación de la CPI⁷³⁸. En la década de 1990 con la creación de los Tribunales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, la justicia internacional tomó un nuevo impulso hasta alcanzar en 1998 la aprobación por parte de la comunidad internacional del Estatuto de Roma y su entrada en vigor en 2002⁷³⁹.

Ahora bien, alcanzado este punto y otorgado contenido material al delito de agresión ¿cuál es la vía a seguir después de Kampala? Podría darse por superada la barrera de punición material impuesta desde Núremberg⁷⁴⁰, o mejor dicho, podría darse por cerrado el ciclo Núremberg-Roma-Kampala y plantearse una reforma estratégica que aúne esfuerzos académicos y políticos para superar los límites sustantivos de los “*core crimes*” con vistas a la próxima revisión de las disposiciones del Estatuto⁷⁴¹.

La posible competencia de un tribunal penal internacional respecto al expolio como crimen contra la paz y la seguridad y bienestar de la humanidad enlaza con la segunda fase de nuestra propuesta: plantear una reforma estratégica del ECPI. Hoy día, los responsables por corrupción en general y la expoliación en particular no pueden ser enjuiciados por la CIP. Como es sabido, la CIP no es una corte con jurisdicción general. Su jurisdicción se limita a los delitos enumerados en el Estatuto de Roma y de forma particular la corrupción no está incluido en este estatuto.

⁷³⁷ GA Res. 879 (x) (1954).

⁷³⁸ GA Res. 44/89.

⁷³⁹ *Vid.*, sobre la evolución de la justicia internacional, por todos, SCHABAS, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*. 4^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. ix ss., pp. 1-60.

⁷⁴⁰ *Vid.*, expresamente en este sentido, NIETO MARTÍN, A., “Bases para un futuro Derecho...”, *op. cit.*, p. 254.

⁷⁴¹ Resolución RC/Res. 4.

Por otra parte, la CDI, en su versión definitiva del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad⁷⁴², incorporó una lista de crímenes⁷⁴³ y evitó una definición general de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, estimando que debía dejarse a la práctica la determinación de los límites exactos de este concepto⁷⁴⁴. Como los mismos comentarios hechos a este proyecto aclaran, la limitación del alcance y aplicación del Proyecto a una lista de crímenes no pretende sugerir que éste abarque de manera exhaustiva todos los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, sino indicar que el ámbito de aplicación del código se limita a los crímenes tratados en este documento⁷⁴⁵. Así, cabe señalar que el proyecto de código fue aprobado con la siguiente declaración:

“Con el fin de llegar a un consenso, la Comisión ha limitado considerablemente el alcance del proyecto de código... Algunos miembros han manifestado su

⁷⁴² Texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996 (A/51/10, reproducido en el Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1996, vol. II, Segunda Parte, capítulo II, párr. 50).

⁷⁴³ Se tipifican en el Proyecto de código como crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad: crimen de agresión (art. 16), crimen de genocidio (art. 17), crímenes contra la humanidad (art. 18), crímenes contra el personas de las Naciones Unidas y el personal asociado (art. 19) y crímenes de guerra (art. 20).

⁷⁴⁴ Una explicación del origen de esta expresión y las cuestiones que plantea la búsqueda de una definición de la categoría especial de delitos internacionales que se denominan “delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad”, puede verse el Tercer Informe del Relator Especial en el Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1985, vol. II, primera parte (A/CN.4/SER.A/1985/Add. 1 (Part. 1), pp. 68 ss.

⁷⁴⁵ Anuario de la CDI 1996 vol. II, parte 2, p. 19.

En el comentario 17) del art. 18, la Comisión reconoció que era imposible hacer una lista exhaustiva de todos los actos inhumanos que podían constituir crímenes contra la humanidad. Hay que observar que el concepto de otros actos inhumanos queda circunscrito por dos requisitos. En primer lugar, esta categoría de actos tiene por objeto incluir sólo otros actos que sean de gravedad similar a la de los enumerados en los apartados anteriores. En segundo lugar, el acto debe lesionar realmente al ser humano en lo que se refiere a su integridad física o mental, su salud o su dignidad. Los apartados ofrecen dos ejemplos de actos que satisfarían esos dos requisitos: la mutilación y otros tipos de lesiones graves.

El estatuto del Tribunal de Nuremberg (apartado *c* del artículo 6), la Ley n.º 10 del Consejo de Control Aliado (apartado *c* del artículo II), el estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (art. 5) y el estatuto del tribunal Internacional para Rwanda (art. 3) y los Principios de Nuremberg (principio VI) incluyeron también «otros actos inhumanos».

pesar por esta limitación del alcance del código. La Comisión ha tomado esta medida para que el código pueda ser aprobado y obtenga el apoyo de los gobiernos. Queda entendido que la inclusión de ciertos crímenes en el código no modifica la calificación de otros crímenes en el derecho internacional, y que la aprobación del código no prejuzga en modo alguno el ulterior desarrollo de esta importante esfera del derecho”⁷⁴⁶.

De cuanto, se lleva expuesto podemos afirmar que existe el grado de conciencia y desarrollo normativo suficientes para alcanzar el consenso de la comunidad internacional para la construcción de un crimen de expolio que entre a formar parte del *core delicta iuris gentium*, es decir, del cuerpo fundamental de “graves crímenes” cuya comisión se reconozca como un lesión a toda la humanidad y como una ofensa a la conciencia y el derecho de todas las naciones.

El mandato del art. 17 de la UNCAC debe ser el punto de partida para alcanzar ese consenso general en la comunidad de Estados que permita declarar para el expolio un carácter de *delicta iuris gentium* y construir un precepto internacional adecuado para abarcar todo el desvalor y dañosidad social del saqueo y consecuente destrucción de los fundamentos esenciales de la vida socioeconómica de una sociedad.

IX. Epílogo

No es posible concluir en este trabajo un análisis acabado sobre un tema con tantas aristas como el que nos ocupa. Pero de todo lo hasta aquí dicho podemos extraer algunas conclusiones en consonancia con el propósito que nos hemos planteado: sentar las bases para la construcción de un futuro crimen de expolio de las riquezas nacionales como crimen de derecho internacional.

⁷⁴⁶ P. 19 de los comentarios al Proyecto de código.

En nuestra opinión y a la luz de los argumentos expuestos *supra*, nada obsta para que sea reconocido el expolio de los recursos naturales y riquezas nacionales como un grave crimen que constituye una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. Así, se protegería a las poblaciones frente a estos hechos macrocriminales cometidos desde las estructuras estatales u organizaciones con estructuras similares a los Estados.

Sin embargo, no puede obviarse que la creación del crimen de expolio como un crimen de derecho internacional suscita problemas complejos. Así, se desvela la necesidad imperiosa del establecimiento de garantías institucionales para que la figura de expolio de las riquezas nacionales lejos de servir a la desestabilización de las relaciones internacionales, contribuya a la causa de la justicia y la paz en la sociedad internacional a lo que modernamente se denomina *gobernanza global*. Esta garantía, como no puede ser de otra manera, solo es proporcionada por las Naciones Unidas en cuanto estructura institucional de la comunidad internacional. De ahí que a la hora de examinar la posibilidad de calificar el expolio como crimen de derecho internacional, dicha posibilidad deberá ser analizada atendiendo a las facultades de la CPI y considerar seriamente la pertinencia de modificar el Estatuto de Roma para incluir expresamente el expolio de las riquezas nacionales dentro de la jurisdicción de la CPI.

Llegados a este punto, podemos concluir que la protección del patrimonio de los Estados contra ataques graves, sistemáticos o masivos es una tarea global, cuya efectiva tutela no puede depender de la capacidad del Estado víctima para sancionar eficazmente estos ataques y recuperar las riquezas expoliadas. A luz de esto, se hace necesaria la regulación del expolio por el derecho penal internacional para castigar internacionalmente esta conducta y recuperar las riquezas saqueadas. De modo que, paralelamente al enjuiciamiento y represión de los funcionarios culpables se debe prestar especial atención al origen de los bienes resultantes de ese tipo de delitos,

cuando son bienes de los pueblos, de las comunidades, despojados por los políticos y funcionarios corruptos, ha sido aceptada la hipótesis de beneficiar una rápida y sencilla solución de retorno, recuperación o repatriación de los bienes. El principal problema que se plantea es cuáles deben ser las estrategias a seguir.

SEGUNDA PARTE

“Vivimos en un orden mundial criminal y caníbal, donde las pequeñas oligarquías del capital financiero deciden de forma legal quién va a morir de hambre y quién no. Por tanto, estos **especuladores financieros deben ser juzgados y condenados**, reeditando una especie de Tribunal de Núremberg”.

Jean Ziegler

CAPÍTULO CUARTO

LA RECUPERACIÓN DE LAS RIQUEZAS NACIONALES COMO PUNTO DE PARTIDA HACIA UNA EFECTIVA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

I. Introducción: La recuperación de activos y sus efectos sobre las víctimas y comunidades afectadas

Hasta aquí, a lo largo de este trabajo nos hemos ocupado en tratar de justificar la necesidad y razonabilidad de criminalizar la expoliación de las riquezas nacionales como un crimen internacional. Pero la tipificación de esta conducta como crimen de derecho internacional, con ser necesario, no es suficiente. Ya que la dimensión de las problemáticas generadas por el expolio plantean la importancia de abordarlas desde un enfoque holístico. Esto es así porque la manera más efectiva de resolver el conflicto en la comunidad internacional que ha generado la violación masiva de derechos humanos es compeler a los autores a reparar el daño material y moral que han causado esas violaciones, particularmente porque se tomaría en cuenta el interés de las poblaciones directamente afectadas⁷⁴⁷.

De esta forma lo ha entendido la Asamblea General de los Estados Parte del Estatuto de Roma cuando en el año 2009 decidió, en su octavo período de sesiones, que el tema “El efecto del sistema del Estatuto de Roma sobre las víctimas y las comunidades afectadas” sería uno de los cuatro ítems a debatir en el marco de la Conferencia de Revisión en Kampala, cuyo propósito principal fue efectuar un “balance de la justicia penal internacional”⁷⁴⁸. Así, la

⁷⁴⁷ Cfr. ZAFFARONI, E. R., En busca de las penas perdidas..., *op. cit.*, p. 86.

⁷⁴⁸ *Documentos Oficiales, octavo período de sesiones, 2009* (ICC-ASP/8/20), vol. I, parte II, ICC-ASP/8/Res.6, párr. 5 y anexo IV.

quinta sesión plenaria de la Conferencia de Revisión, celebrada el 2 de junio de 2010 en Kampala, estuvo dedicada al balance del impacto del sistema del Estatuto de Roma sobre las víctimas y las comunidades afectadas⁷⁴⁹.

El Estatuto de Roma, que establece los fundamentos jurídicos de la Corte, otorga a las víctimas, entre otras, una función innovadora como beneficiarios de reparaciones. De esa manera, la Corte reconoce que su función “no es sólo punitiva sino también de recuperación” y que, como consecuencia de ello, “es cada vez mayor el consenso internacional acerca de la importancia que tienen la participación y la reparación en el logro de la justicia para las víctimas⁷⁵⁰.”

Asimismo, el Estatuto de Roma en el artículo 75 establece el sistema de reparaciones y permite a la Corte “dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación”⁷⁵¹.

Es importante poner de relieve que en los debates celebrados dentro del proceso preparatorio para la Conferencia de Revisión se destaca entre las principales conclusiones sobre los desafíos para la CPI y los Estados Partes, en cuanto a la participación de las víctimas y reparaciones, la celebración de acuerdos de cooperación entre los Estados Partes y la CPI para rastrear,

⁷⁴⁹ Si bien ni el Estatuto de Roma ni las reglas de procedimiento de la Corte definen de forma explícita el término “comunidades afectadas”, se entiende que dichas comunidades comprenden víctimas directas de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, así como una mayor población o grupo que haya sido objetivo colectivo de cualquier ataque que concuerde con la definición de los crímenes que son competencia de la Corte, y puedan tener en común una misma experiencia como víctimas. Así, el Documento de debate para la Conferencia de Revisión con signatura RC/ST/V/INF.4.

⁷⁵⁰ Documentos oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, RC/9/11, Apendice III: Documento de debate, p. 104; *Informe de la Corte sobre la estrategia en relación con las víctimas*, documento ICC-ASP/8/45, 10 de noviembre de 2009, introducción, disponible en la dirección http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP8/ICCASP-8-45-SPA.pdf (en adelante “Estrategia en relación con las víctimas”).

⁷⁵¹ Esta línea los Estados Parte en la Resolución sobre el impacto del sistema del Estatuto de Roma sobre las víctimas y las comunidades afectadas (Resolución RC/Res.2, aprobada por consenso en la novena sesión plenaria el 8 de junio de 2010) reconocen “que entre los componentes esenciales de la justicia se cuentan el derecho de las víctimas al acceso equitativo y eficaz a la justicia, a gozar de protección y apoyo, a reparaciones prontas y adecuadas por los daños sufridos y al acceso a la información pertinente sobre violaciones de las normas y mecanismos de reparación”.

bloquear y embargar los bienes de los condenados cuando se emita una orden de reparación⁷⁵².

Igualmente, entre las conclusiones y recomendaciones resultantes de los actos paralelos realizados por la sociedad civil durante la Conferencia de Revisión en Kampala dentro de las recomendaciones a los Estados en el apartado referido a “Reparaciones y acceso a la justicia” se señala: “se necesitan programas nacionales de reparaciones, incluso programas de rehabilitación a largo plazo para cumplir la responsabilidad primaria de los Estados de proporcionar reparaciones a las víctimas; deberían aprobarse leyes de aplicación adecuadas sobre el rastreo y el bloqueo de bienes...” En consonancia con esto último, en los referidos documentos de debate, habida cuenta de la magnitud y la naturaleza de las reparaciones que son necesarias, se recuerda que la función de la Corte puede únicamente ser complementaria a una respuesta nacional.

Por todo lo dicho hasta aquí, en cuanto a las víctimas y comunidades afectadas por el expolio, se podría afirmar que a nivel mundial existe consenso en cuanto a que la recuperación de las riquezas nacionales es uno de los elementos fundamentales del proceso de restablecimiento de las personas y las sociedades. De este modo, debe considerarse la recuperación de las riquezas expoliadas como parte necesaria de la evolución de la justicia internacional y una contribución importante en la lucha contra la impunidad, e igualmente en la materialización del deseo de que la justicia tenga significado, por ser un medio que contribuye a un fin, que son las personas⁷⁵³.

Por ende, en lo atinente a la recuperación de las riquezas expoliadas, este enfoque de la justicia internacional dentro del sistema del Estatuto de Roma y el

⁷⁵² Documento de debates, publicado anteriormente con la signatura RC/ST/V/INF.4. Publicado posteriormente como anexo III del documento “Balance de la justicia penal internacional: El impacto del sistema de Roma sobre las víctimas y las comunidades afectadas”, con signatura RC/11 (disponible en <http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/ReviewConference>).

⁷⁵³ *Ibidem*.

programa para la recuperación de activos robados (*Stolen Asset Recovery-StAR*) puesto en marcha por el Banco Mundial y las Naciones Unidas⁷⁵⁴, se complementan entre sí. Cuando los países víctimas de expolio carezcan de un marco jurídico para su devolución, tanto el Sistema del Estatuto de Roma como la iniciativa StAR, de forma complementaria a la respuesta nacional, pueden actuar sincronizadamente para ayudar a estos países a ejecutar sus planes de recuperación de activos dentro de sus fronteras y bajo las directrices del marco para la recuperación de activos establecido por la UNCAC.

Con la recuperación de las riquezas se posibilita la restitución, la indemnización y la rehabilitación de las víctimas del expolio y demás crímenes de derecho internacional creando, mejorando y fortaleciendo los proyectos y programas que integran los sistemas de reparaciones u otras prioridades importantes, como erradicar la pobreza extrema y garantizar los derechos sociales, económicos y culturales de todos los habitantes de los países víctimas⁷⁵⁵.

Ahora, lo que queremos destacar aquí es que la simple restitución de las riquezas al país de origen, no puede ser considerada como una reparación del daño a efectos de las víctimas de crímenes de derecho internacional, sino que en este caso estamos ante un mero restablecimiento del *statu quo* patrimonial previo a la comisión del delito. No existiendo aún una plena reconciliación con el Derecho, para ello precisa una intervención constructiva de reparación del daño mediante la ulterior satisfacción indemnizatoria o rehabilitadora en el modo que corresponda a cada caso⁷⁵⁶. Es decir que, cuando se produce una repatriación y restitución de las riquezas expoliadas, más que una reparación

⁷⁵⁴ Vid., United Nations. Office on Drugs and Crime/ The World Bank , *Stolen Asset Recovery (StAR): Initiative: Challenges Opportunities, and Action Plan*. Washington, DC: The World Bank, 2007 (disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/Star-rep-full.pdf>).

⁷⁵⁵ Vid., respecto a la asignación de los activos devueltos, StAR Initiative, *Stolen Asset Recovery. Management of Returned Assets: Policy Considerations*. Washington, DC.: Banco Mundial, 2009, pp. 7 ss.

⁷⁵⁶ Vid., sobre la reparación del daño, por todos, PALERMO GALAIN, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, *passim*;

del daño, estamos ante una restitución de las cosas al estado anterior al de la comisión de la conducta delictiva. La restitución tan sólo interrumpe los concretos efectos desestabilizados desencadenados⁷⁵⁷. Pero, para que haya reparación del daño, se requiere una contribución posterior en la reducción de este⁷⁵⁸. A lo expuesto se añade que la expoliación de las riquezas nacionales, desde una concepción funcional del bien jurídico “bases económicas de una sociedad”, el daño causado es siempre algo más que un perjuicio patrimonial o meramente evaluable económicamente. De modo que, no puede traducirse en mero restablecimiento del *statu quo* patrimonial la reparación del daño a los intereses colectivos o supraindividuales.

En efecto, recuperar los activos derivados de la corrupción es una línea político criminal que gira en torno a la idea de que el Estado cuyo patrimonio ha sido víctima de la gran corrupción tiene derecho (y obligación) de repatriar este patrimonio y sus productos que hayan sido transferidos, invertidos, colocados y legitimados en el exterior⁷⁵⁹. Según estimaciones de costo de la Iniciativa StAR, cada US \$ 100 millones recuperados permitirían financiar la inmunización completa de 4 millones de niños, brindar tratamiento de primera línea por VIH/SIDA a más de 600.000 personas durante un año, administrar de 50-100 millones de Tratamientos Combinados con Artemisinina (ACT), proporcionar conexiones de agua para aproximadamente 250.000 hogares, o financiar 240 kilómetros de carretera asfaltada de dos carriles⁷⁶⁰.

⁷⁵⁷ Con otra opinión, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la Teoría del delito”. En: WOLTER, Jürgen/FREUND, Georg (eds.), *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 20; ASUA BATARRITA, Adela, “Atenuantes postdelictivas: necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena”. En: GARRO CARRERA, Enara/ASUA BATARRITA, Adela, *Atenuantes de reparación y de confesión: Equívocos de la orientación utilitaria (a propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, p. 165.

⁷⁵⁸ ASUA BATARRITA, A., “Atenuantes postdelictivas...”, *op. cit.*, pp. 175-176.

⁷⁵⁹ JORGE, G., “Introducción...”, *op. cit.*, p. XV.

⁷⁶⁰ *Vid.*, United Nations. Office on Drugs and Crime y The World Bank, *Stoles Asset Recovery (StAR) initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan.*, Washington, D.C.: The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2007.

El Banco Mundial (WBG, por sus siglas en inglés) y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen (UNODC, por sus siglas en inglés)⁷⁶¹, estiman que las sumas de dinero de origen ilícito que se legitiman en todo el mundo van desde el 2 al 5 por ciento del producto interno bruto mundial, que asciende entre US \$ 800 mil millones a US \$ 2 billones. El flujo transfronterizo de ingresos globales procedentes de actividades delictivas se estima entre el \$ 1 billón y \$ 1,6 billones por año. El 25 por ciento del PIB de los países africanos se perdió cada año por actos relacionados con la corrupción, que asciende a US \$ 148 mil millones⁷⁶². Estas estimaciones, aunque imprecisas, dan una idea de la gran magnitud del problema y la necesidad de acciones concertadas urgentes para resolverlo. No sorprende, entonces, que en las últimas décadas la reacción internacional ante la criminalidad macroeconómica, se haya centrado en los enormes beneficios obtenidos mediante ésta actividad. Esta nueva estrategia se basa en la idea expresada con la frase inglesa *follow the money*, que consiste en seguir y decomisar el dinero de origen delictivo, impidiendo de este modo que el delito sea una actividad provechosa⁷⁶³.

Si bien, la recuperación de activos transnacional no es nada nuevo⁷⁶⁴. Sin embargo, este moderno enfoque político-criminal relativo a la tutela y recuperación sistemática de las riquezas nacionales o al conjunto patrimonial que la integran es muy reciente. Las medidas de naturaleza patrimonial que integran los sistemas de recuperación de activos: embargo preventivo o incautación y decomiso, si bien han tenido su propia evolución, esta ha estado condicionada, por la evolución del derecho internacional penal, la cual a su vez –como se pondrá de manifiesto en apartado siguiente–, ha estado jalonada por

⁷⁶¹ Sin perjuicio de reconocer las graves deficiencias en las técnicas de evaluación y recomendar tener varias estimaciones que proporcionen rangos máximos y mínimos, *Vid., ibidem*.

⁷⁶² U4 Anti-corruption Resource Centre 2007.

⁷⁶³ *Vid.* con ulteriores referencias, BLANCO CORDERO, I., “Eficacia del sistema de prevención...”, *op. cit.*, p. 118; del mismo, “Armonización-aproximación de la legislación...”, *op. cit.*, p. 352.

⁷⁶⁴ Así, PIETH, Mark, “Prólogo”. En: JORGE, G. (dir.), *Recuperación de activos...*, *op. cit.*, p. I.

las llamadas luchas contra el tráfico de drogas, primero, contra el terrorismo, posteriormente y, finalmente, contra la corrupción.

Por tanto, Antes que nada, haremos un breve reherimiento al devenir histórico que ha experimentado el discurso político criminal de la recuperación de activos que inescindiblemente corre a la par de la evolución del concepto de propiedad. Esto con el objeto de alcanzar un mejor entendimiento del estado actual de este discurso político-criminal y las respuestas que al mismo desde aquí modestamente podamos brindarle.

II. La (re)aparición de las medidas patrimoniales en el discurso político criminal

Ya ha sido dicho que en el escenario mundial actual, las sociedades contemporáneas viven en una continua y acelerada transformación hacia una *sociedad mundial del riesgo*⁷⁶⁵. Nos viene a la mente una de las principales ideas que en ese espacio discursivo quedaron patentes, que de forma general el control penal de la delincuencia organizada se ha convertido hoy en una prioridad del derecho penal moderno tanto a nivel nacional, como a nivel internacional.

De modo general, en la búsqueda de respuestas a esta problemática emerge recientemente como aspecto crucial de represión de la criminalidad organizada, el aspecto económico. En concreto, mientras que en países como

⁷⁶⁵ Vid., BECK, Ulrich: *Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*. Fráncfort de Meno: Suhrkamp, 2007, *passim*; también del mismo autor su paradigmático *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Fráncfort de Meno: Suhrkamp, 1986, *passim*. Véase, en el mismo sentido y con ulteriores referencias, PÉREZ CEPEDA, A., *La seguridad como fundamento...*, *op. cit.*, pp. 22 ss. En efecto, como señala esta última autora, el uso del concepto de riesgo "a nivel de fenómeno creciente en nuestras sociedades postmodernas es imprescindible para comprender la evolución de la seguridad y del denominado Derecho penal moderno".

Estados Unidos de América del Norte⁷⁶⁶ e Italia⁷⁶⁷, tal prioridad data de hace mucho tiempo, en cambio, en otros países, como es el caso de España⁷⁶⁸, solo en los últimos años este problema ocupa un lugar central de atención⁷⁶⁹.

La idea que subyace en esta estrategia es que las respuestas tradicionales al delito, tales como la pena privativa de libertad y la de multa, no resultan muy eficaces contra el crimen organizado⁷⁷⁰. Esta estrategia se marca un doble objetivo que ya no solo busca el castigo del autor como estrategia clásica de carácter represivo. El hecho de que el autor de este tipo de delitos sea generalmente una pieza fácilmente reemplazable dentro del engranaje de las estructuras criminales, ha llevado a que político-criminalmente la persecución de este sujeto haya pasado a un segundo plano⁷⁷¹. En consecuencia, en los últimos años se vienen poniendo a disposición de las autoridades competentes una serie de medios materiales y legales para la localización, identificación, incautación, comiso y repatriación de los activos ilícitos.

Así, existe un consenso global puesto de manifiesto en diversos instrumentos internacionales y nacionales, de cual se hace cada vez más eco la literatura especializada, en que el principal objetivo de la delincuencia organizada es el beneficio económico, incluso cuando el motivo final de estos

⁷⁶⁶ *Racketeers Influenced and Corrupt Organizations Act- RICO*. Ley promulgada el 15 de octubre de 1970 y codificada bajo el Capítulo 96 del Código de los Estados Unidos (the United States Code), 18 USC § 1961-1968. El decomiso del producto del delito como sanción penal se encuentran en el § 1963.

⁷⁶⁷ Legge 31 maggio 1965, n.º. 575. "*Disposizioni contro la mafia*".

⁷⁶⁸ Art. 515 del CPE.

⁷⁶⁹ La LO 15/2003, de 25 de noviembre de 2003, por la que se modifica el CPE de 1995, en su exposición de motivo expresa: "Se modifica el ámbito y alcance del comiso, con el fin de evitar que la comisión del delito pueda producir el más mínimo enriquecimiento para sus autores y partícipes, así como mejorar la represión de los delitos, en especial de narcotráfico y blanqueo de dinero".

⁷⁷⁰ BLANCO CORDERO, I., "*Armonización-aproximación de la legislación...*", *op. cit.*, p. 351.

⁷⁷¹ MANSO PORTO, Teresa, *La lucha contra el blanqueo de capitales en el marco internacional y europeo: resultados desde una perspectiva de derecho comparado*, p. 1 (disponible en: www.alfonsozambano.com/conferencias_congreso/conf-lucha_blanqueo_capitales.doc).

grupos es de otra naturaleza (ideológico, político, etc.)⁷⁷². En consecuencia, desde el plano internacional se aconseja o exige a los legisladores nacionales intervenciones contundentes sobre los activos de los responsables de los delitos y sus allegados⁷⁷³. De esta forma, el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo preventivo o incautación y decomiso⁷⁷⁴ de los productos del delito es objetivo prioritario para conseguir un eficaz control de este tipo de criminalidad.

Teodoro MOMMSEN nos ha hecho recordar que según la concepción romana, “no era admisible que nadie recibiera recompensa alguna por cumplir las altas obligaciones de ciudadano”⁷⁷⁵. Agregando que, como quiera que en la época de Catón el Viejo se hubiera debilitado esta noble costumbre antigua, la cual, si no llegó a quedar abolida, fue decayendo poco a poco, las leyes trataron de impedir que nadie se enriqueciera escandalosamente con el ejercicio de funciones públicas⁷⁷⁶. Tal fue el punto de partida del *Crimen pecuniarum repetundarum* para castigar la aceptación de dádivas y extorsiones ejecutadas por agentes y funcionarios públicos.

La concepción anterior sirve para ejemplificar que la noción según la cual nadie debe beneficiarse o enriquecerse ilícitamente y menos aun con el ejercicio de funciones públicas, es una idea reconocida por todas las tradiciones jurídicas. De ahí que, el vocablo latino *commisum*, en el Derecho Romano antiguo significaba la pena de perder los objetos que se utilizaban en las

⁷⁷² Vid., MORÁN MARTÍNEZ, Rosa Ana, “El decomiso: regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España”. En: ARANGÜENA FANEGO, Coral (dir.), *Espacio europeo de libertad...*, op. cit., p. 380.

⁷⁷³ QUINTERO OLIVARES, G., “Sobre la ampliación del comiso...”, op. cit., p. r2: 02.

⁷⁷⁴ Como señala QUINTERO OLIVARES, la palabra “decomiso” es más usual en el régimen administrativo del contrabando, sin embargo, “comiso” y “decomiso” son usados indistintamente por diversos instrumentos internacionales y por el Código penal español. Vid., QUINTERO OLIVARES, “Comiso”. En: BOIX REIG, Javier (dir.), *Diccionario de derecho penal económico*. Madrid: Iustel, 2008, 165-168; del mismo: “Sobre la ampliación del comiso...”, op. cit., p. r2: 1, nota 1.

⁷⁷⁵ MOMMSEN, T., *Derecho penal romano...*, op. cit., p. 441.

⁷⁷⁶ *Ibidem*.

actividades ilícitas⁷⁷⁷. En la antigüedad, paralelamente a los comisos ligados a las ideas religiosas expiatorias, usualmente los delitos cometidos con fines de lucro eran castigados con comisos proporcionales al enriquecimiento producido. Así, en esta época el comiso de bienes a favor del Estado cumplió un papel importante⁷⁷⁸.

En Roma la propiedad aparece en la primera época como una institución religiosa, en la segunda asume una naturaleza aristocrática y, en una última, llega a adquirir un carácter individual o privado. En el transcurso de los siglos fueron surgiendo diferentes formas de propiedad hasta llegar a Justiniano, que unifica todo el sistema, dando lugar, con ello, a la propiedad privada romana-bizantina, que asignó al dominio o señorío sobre la cosa los caracteres de absoluto, general, pleno, universal, ilimitado, exclusivo, perpetuo, etc.

Durante la Edad Media, con la impronta del derecho germánico, que admitía formas de propiedad colectiva, en las cuales el titular era un grupo social (familiar o tribal) y no un individuo, la propiedad individual de corte romano va progresivamente siendo objeto de limitaciones.

Con la Revolución Francesa surge una nueva concepción individualista de propiedad, en este sentido, significa en cierta medida un retorno del ordenamiento jurídico a la concepción romana relativa a la propiedad individual.

Con el Nuevo Régimen la propiedad se convierte en un derecho “sagrado e inviolable”, otorgándosele un rango político nunca antes alcanzado que coloca a este derecho al mismo nivel del derecho a la libertad personal. Impera la idea de que la propiedad es otro aspecto de la libertad y que solo se es verdaderamente libre cuando al propietario se le reconoce un señorío absoluto sobre sus propiedades. Así, la libertad personal y la libertad patrimonial gozan del carácter común de ser “derechos naturales e imprescriptibles de la persona”.

⁷⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁷⁸ *Vid.*, con referencias, JORGE, G., “el decomiso del producto...”, *op. cit.*, p. 67.

De este modo se explica que el derecho de propiedad pasa a ser protegido por el sistema jurídico con especial vigor. La noción de propiedad propia de la nueva ideología económica liberal-individualista viene a transformarse en la piedra angular sobre la que se asienta la organización social, el sistema jurídico y el ordenamiento económico del modelo capitalista. La propiedad individual se transforma en instrumento para alcanzar el poder. Desde entonces surgen una serie de privilegios que hasta hoy han vuelto desigual el ejercicio de la justicia⁷⁷⁹.

Por todo lo anterior, la propiedad privada será encumbrada como el instrumento por antonomasia de la libertad y garantía de la dignidad, con calidad de institución fundamental y como cimiento del orden social. En este contexto aumentó la desconfianza, sobre todo de la ascendente burguesía, en el comiso, en cuanto era considerado una sanción penal. Los abusos en la transferencia de propiedad de los particulares hacia el Estado dieron lugar a fuertes limitaciones en el uso del derecho penal para tales fines. Limitaciones que son parte de las formas en las que se manifestó en occidente la protección de la propiedad privada que defendió la doctrina liberal del llamado Siglo de las Luces. En consecuencia, el decomiso como sanción penal quedó limitado a los instrumentos y objetos del delito⁷⁸⁰. En cuanto a las transferencias de propiedad de los particulares hacia el Estado, estas quedaron restringidas a la expropiación basada en una norma que la declarara la utilidad pública de la propiedad.

⁷⁷⁹ FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar...*, *op. cit.*, pp. 80 ss, 91 ss, 277-278; como ha descrito este autor, a lo largo del siglo XVIII se comprueba una agravación de la justicia. Con la reforma penal que deja atrás el Antiguo Régimen, la justicia se volvió más severa con la “pequeña delincuencia” (ilegalismo de los bienes), pero por otro lado surgen “delitos privilegiados” y que quedan fuera del derecho común (ilegalismo de los derechos). En fin, el ejercicio de la justicia adopta en adelante unos aires burgueses que perviven hasta hoy.

⁷⁸⁰ JORGE, G., “el decomiso del producto...”, *op. cit.*, p. 68.

La breve reseña que acabamos de hacer de la mano de NOVOA MONREAL⁷⁸¹, nos revela de forma meridiana por que actualmente es más fácil privar de la libertad a una persona, que privarla de sus bienes. Esta es la paradoja del sistema penal contemporáneo, en el cual los bienes están más protegidos que la libertad personal⁷⁸². Por ello, en muchos sistemas la recuperación de activos dista mucho de ser considerada como una forma de hacer frente a la delincuencia. En estos sistemas la formación jurídica, el derecho y las agencias de control fueron establecidos para arrestar personas y no para incautar y decomisar bienes⁷⁸³. Con carácter general, en el plano de la cooperación judicial internacional es más fácil entregar a una persona, que sus bienes; es más fácil extraditar, que pedir los bienes o levantar el secreto bancario. A su vez, en el actual panorama mundial, la política criminal evoluciona imparablemente hacia una cada vez mayor restricción de derechos y libertades fundamentales. Aquí emergen como instrumento más importante para hacer frente a la criminalidad macroeconómica las medidas tendentes a atacar “el patrimonio de origen criminal”.

Sin pretensiones de trivializar, podría decirse que estamos ante un tema de “moda” en la moderna política jurídica española, comparada e internacional. Asistimos, pues, a un fenómeno cíclico en el cual los teóricos jurídicos intentan reflotar modelos hasta ese momento considerados “anacrónicos” o reciclar elementos que se hallaban en ellos y aplicarlos a los “nuevos problemas”. En realidad, lo que se está haciendo, en gran medida, es desempolvar los modelos que han presidido el conocido como derecho penal clásico y volver a proponerlos como esquemas interpretativos del ejercicio del control en la

⁷⁸¹ NOVOA MONREAL, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*. 4ª ed. México: Siglo veintiuno, 1980, pp. 25 ss.

⁷⁸² *Vid.*, en el mismo sentido, MADRUGA, Antenor, “Sesión especial: la experiencia brasilera en la recuperación de activos”. En: AA. VV., *La cooperación internacional en contra de la corrupción...*, pp. 90-91

⁷⁸³ *Ibidem*.

sociedad actual. Es una reiteración histórica de estructuras discursivas idénticas, aunque los contenidos y las tecnologías varían culturalmente⁷⁸⁴.

Con el objeto de demostrar lo dicho *supra* hemos acudido al origen mismo de los primeros discursos sobre el comiso, cuya primera elaboración sistemática hecha con cierto grado de desarrollo teórico, como hemos podido observar, se remonta a la Roma antigua. Del mismo modo, con total acierto ZAFFARONI escribe que “los historiadores no tienen menos razones para extrañarse de nuestra ingenuidad al considerarnos descendientes del Iluminismo e ignorar casi todo el derecho penal y la criminología de los siglos anteriores”⁷⁸⁵. En consecuencia se produce la pérdida del saber anteriormente acumulado y el desaprovechamiento de la experiencia práctica del ejercicio del poder punitivo.

En este nuevo ciclo, existe tanto a nivel nacional como internacional, un renovado interés sobre el comiso hasta el punto de constituir uno de los temas estrella de la política criminal de los albores del Siglo XXI. Sin duda, con el moderno discurso que rodea la recuperación de bienes producto de la corrupción, se ha iniciado una dinámica cíclica concreta. Ya a finales de la década de los ochenta del siglo pasado se ha sostenido por algún autor la necesidad de estimular la repatriación del producto de la corrupción⁷⁸⁶. Así, en los últimos años se han desarrollado ampliamente este aspecto sectorial en los instrumentos jurídicos internacionales. Los recientes convenios internacionales en materia de criminalidad organizada inciden en dos aspectos que han adquirido importancia fundamental en la política criminal internacional: la

⁷⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “El derecho penal liberal y sus enemigos”. En: *Ceremonia del acto extraordinario de solemne investidura como Doctor “Honoris Causa” del Excelentísimo Sr. D. Eugenio Raúl Zaffaroni* (Laudatio por J. R. Serrano-Piedecabras). Ciudad Real: Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, p. 26 y ss. Si bien, el autor con esta expresión se está refiriendo concretamente a los autoritarismos históricos, consideramos trasladables los argumentos que ahí a utilizado para un fenómeno cíclico general de las estructuras discursivas del derecho penal.

⁷⁸⁵ *Ibidem*, p. 27.

⁷⁸⁶ REISMAN, Michael, “Harnessing International Law to restrain and recapture indigenous spoliations”. *Am. J. Int’l L.*, vol. 83, n.º 1, 1989, pp. 56-59.

responsabilidad de personas jurídicas y la recuperación de los bienes a través de figuras como el secuestro, confiscación y comiso⁷⁸⁷.

Como consecuencia de los factores acabados de enunciar, a partir de 1994 la campaña contra la corrupción se traduce en múltiples programas para el desarrollo centrados en reformas legales e institucionales⁷⁸⁸, generando una auténtica eclosión de instrumentos nacionales pero principalmente internacionales⁷⁸⁹, que como gráficamente PIETH ha afirmado, en este particular sector los instrumentos internacionales “aparecen como setas”⁷⁹⁰. A lo que agregamos, continuando la metáfora, que esta abundancia de setas no han resuelto el problema de exclusión y hambre en los pueblos empobrecidos por la corrupción.

Concretamente, en los últimos años surgen diversas propuestas desde los diferentes sectores involucrados en dar respuestas a los excesos, abusos y arbitrariedades realizadas al amparo de la detentación del poder. Los Estados miembros de diferentes comunidades de naciones y organismos internacionales

⁷⁸⁷ Así, NIETO MARTÍN, A., “La corrupción en las transacciones...”, *op. cit.*, p. 90.

⁷⁸⁸ Una síntesis de los programas y sus resultados puede consultarse en Directorate of Assistance Committee: *Synthesis of Lessons Learned of Donor Practices in Fighting Corruption*, OCDE, 2003 (disponible en <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/untc/unpan016841.pdf>).

⁷⁸⁹ Entre 1996 y 2003 se adoptaron siete convenios fundamentales de carácter regional o internacional relativos a la corrupción: La convención Interamericana Contra la Corrupción de 29 de marzo de 1996 (CIC-OEA); Convenio de la OCDE sobre la lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 17 de diciembre de 1997; Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de la Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea del 26 de mayo de 1997; Convenio penal sobre corrupción del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 (COE-Crim); Convenio Civil sobre corrupción del Consejo de Europa de 04 de noviembre de 1999 (COE-Civil); Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 15 de noviembre de 2000 (UNTOC por su siglas en inglés o Convención de Palermo); Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción (UA-CPCC); y, Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 31 de octubre de 2003 (UNCAC); Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo de la Unión Europea relativa a lucha contra la corrupción en el sector privado de 22 de julio de 2003.

Una visión general sobre estos instrumentos internacionales puede verse en HÜBER, Bárbara, “La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional”. *RP*, nº 11, 2003, pp. 42-52. También, MANACORDA, S., *La corruzione internazionale...*, *op. cit.*, pp. 182-183.

⁷⁹⁰ PIETH, M., “La armonización del Derecho...”, *op. cit.*, pp. 299 ss. En el mismo sentido, de forma general, MANACORDA, S., *La corruzione internazionale...*, *op. cit.*, pp. 38 ss, 148 ss.

han suscrito importantes instrumentos jurídicos y coordinado equipos policiales multinacionales para enfrentar la problemática de la corrupción mediante una estrategia global. Estas acciones tienen como objetivo procurar una incriminación y persecución homogénea en el plano internacional para contrarrestar las mayores oportunidades de corrupción e impunidad propiciadas por relaciones jurídicas asimétricas entre distintas naciones⁷⁹¹. Esto ha generado, por un lado, un vasto e intenso debate dentro de las ciencias penales⁷⁹². Por otro lado, como ya hemos dicho, una inédita y abundante

⁷⁹¹ Por ejemplo, como ya se ha dicho, lo que constituye delito en un país puede ser calificado como un gasto deducible de impuestos en otro. Así, MALEM SEÑA, J., *La corrupción. Aspectos...*, *op. cit.*, pp. 12-13.

⁷⁹² *Vid.*, entre las obras más recientes y representativas y la bibliografía en ellas citada, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., "De la sociedad del riesgo...", *op. cit.*, *passim*; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, "El Derecho penal y procesal penal del 'enemigo'. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos". En: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 693 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *La expansión del derecho...*, *op. cit.*; del mismo, "Retos científicos y retos políticos...", *op. cit.*, p. 38 y ss.; GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha...*, *op. cit.*, *passim*; BARQUÍN SANZ, Jesús/OLMEDO CARDENETE, Miguel, "Conversaciones: Dr. Enrique Gimbernat Ordeig". *RECPC*, nº 03-c2, julio 2001 (disponible en <http://criminet.ugr.es>); MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*. Valencia: Tirant lo blanch, 2002, pp. 110 y ss; *Vid.*, RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, "El quehacer criminológico, ¿devaluado? En: GARCÍA RAMÍREZ/ISLAS DE GONZÁLEZ: *Panorama internacional...*, *op. cit.*, pp. 235-236; JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel, *El Derecho penal del enemigo*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2006, *passim*; ZAFFARONI, E. R., "El derecho penal liberal...", *op. cit.*, pp. 19-46; ASÚA BATARRITA, Adela, "Terrorismo y conductas periféricas. La tensión de los principios penales en los límites del derecho". En: GARCÍA RAMÍREZ/ISLAS DE GONZÁLEZ, *Panorama internacional...*, *op. cit.*, p. 39 y ss.; MORENO HERNÁNDEZ, M., "Estado de derecho...", *op. cit.*, pp. 82 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.-M., "Retos científicos y retos políticos...", *op. cit.*, pp. 25 y ss.; CEREZO MIR, José, "La actual orientación político-criminal del Código Penal español". En: GARCÍA RAMÍREZ/ISLAS DE GONZÁLEZ, *Panorama internacional...*, *op. cit.*, p. 519 y ss.

Con amplios ejemplos legislativos, JAKOBS, Günther: "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo". En JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *El Derecho penal...*, *op. cit.*, pp.39-40, notas. 29-33; ROXIN, Claus, *La evolución de la Política criminal, el derecho penal y el proceso penal* (trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García). Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 26, notas. 20-24; PORTILLA CONTRERAS, G., "El Derecho penal y procesal...", *op. cit.*, pp. 712 y ss.; GRACIA MARTÍN, Luís, "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho penal del enemigo'", *RECPC*, nº 07-02, 2005, p. 10, ns. 52 y 54 (disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc>); CEREZO MIR, J., "La actual orientación político-criminal...", *op. cit.*, pp. 519 y ss.; GARCÍA ALBERO, Ramón, "Libro I: Título III (art. 78)". En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.)/MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*. 6ª ed. (1ª con este título). Navarra: Aranzadi, 2011, pp. 562-579; RODRÍGUEZ, V./

creación normativa de instrumentos nacionales, regionales e internacionales hasta llegar a la aprobación en 2003 de la UNCAC y su entrada en vigor en 2005.

No obstante lo anterior, antes de la UNCAC, que incluye un capítulo exclusivamente dedicado a la recuperación de activos, la apropiación ilícita de activos públicos y su recuperación se habían perdido hasta entonces en las lagunas del sistema de prevención y control de la corrupción, porque todos los esfuerzos se ponían en la prevención y control del soborno de funcionarios públicos⁷⁹³. En el año 2000 las Naciones Unidas dan el primer paso encaminado a impulsar la cooperación internacional para evitar y combatir la transferencia de fondos derivados de la corrupción y remover los obstáculos legales que impedían repatriar a sus países de origen los fondos transferidos ilícitamente⁷⁹⁴. Dando un paso más adelante, con la UNTOC en 2000 se amplía la obligación de las partes de adoptar las medidas que sean necesarias para la identificación, la detección, el embargo preventivo o la incautación y el decomiso del producto, los bienes y los instrumentos a todos los delitos considerados graves⁷⁹⁵ y tipifica expresamente como tales, la legitimación de capitales ilícitos y la corrupción (en particular el soborno de funcionarios).

Si bien la CIC-OEA con anterioridad establecía algunas “medidas”⁷⁹⁶ sobre la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de activos derivados de la comisión de los delitos englobados dentro

CUÉLLAR, R., “El fenómeno de las maras en Centroamérica: Un estudio penal con un enfoque de derechos humanos”. En: GARCÍA RAMÍREZ/ISLAS DE GONZÁLEZ, *Panorama internacional...*, *op. cit.*, pp. 187-215.

⁷⁹³ Así se puede observar que, si bien, ya en el Convenio de la OCDE se introduce el comiso como sanción, ésta se contempla exclusivamente para los productos derivados de la transacción obtenidos a través del cohecho.

⁷⁹⁴ *Vid.*, Asamblea General. Naciones Unidas, A/RES/54/205, del 27 de enero de 2000. Prevención de las prácticas corruptas, incluida la transferencia ilícita de fondos.

⁷⁹⁵ Art. 2. Definiciones. b) “Por ‘delito grave’ se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave”.

⁷⁹⁶ Más que medidas son tímidas recomendaciones con carácter general.

de la corrupción⁷⁹⁷, hasta fechas muy recientes estas acciones estaban asociadas únicamente a dos de las consideradas formas graves de delincuencia, a saber: En primer lugar, al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas⁷⁹⁸, enfocada desde la campaña conocida con el combativo eslogan de “guerra contra las drogas”. En segundo lugar, a la financiación del terrorismo.

El inicio de la campaña “contra las drogas” se remonta a los años ochenta, época en la cual los agentes de la autoridad comenzaron a darse cuenta de que uno de los peligros del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas era que las enormes sumas de dinero derivadas de estas actividades ilícitas y de otros delitos se habían infiltrado profundamente en muchos aspectos de las actividades financieras y comerciales legítimas⁷⁹⁹. La respuesta internacional a esta problemática ha dado como resultado un nivel sin precedentes de cooperación en el marco penal entre la inmensa mayoría de países del mundo en el control de la macrocriminalidad y especialmente en el control del patrimonio de origen delictivo. Un hito se produce en diciembre de 1988 con la aprobación de la “Convención de las Naciones Unidas Contra el

⁷⁹⁷ **Artículo XV.** Medidas sobre bienes.

1. De acuerdo con las legislaciones nacionales aplicables y los tratados pertinentes u otros acuerdos que puedan estar en vigencia entre ellos, los Estados Partes se prestarán mutuamente la más amplia asistencia posible en la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la presente Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes. 2. El Estado Parte que aplique sus propias sentencias de decomiso, o las de otro Estado Parte, con respecto a los bienes o productos descritos en el párrafo anterior, de este artículo, dispondrá de tales bienes o productos de acuerdo con su propia legislación. En la medida en que lo permitan sus leyes y en las condiciones que considere apropiadas, ese Estado Parte podrá transferir total o parcialmente dichos bienes o productos a otro Estado Parte que haya asistido en la investigación o en las actuaciones judiciales conexas.

⁷⁹⁸ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, en especial arts. 1.f) y 5.

⁷⁹⁹ BASSIOUNI, M. C./GUALTIERI, D. S., “Mecanismos internacionales de control...”, *op. cit.*, p. 56.

Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas”⁸⁰⁰. Esta convención impone por primera vez a nivel mundial la obligación a las partes de adoptar las medidas que sean necesarias para la identificación, la detección, el embargo preventivo o la incautación y el decomiso del producto, los bienes y los instrumentos derivados de delitos, pero relacionados únicamente a la fabricación y tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Por otra parte, en la última década del siglo pasado la financiación del terrorismo se vuelve motivo de profunda preocupación para toda la comunidad internacional. Las Naciones Unidas comprenden que el número y la gravedad de los actos de terrorismo dependen de su financiación. En esta tesitura, adoptan en 1999 el primer instrumento jurídico multilateral para la represión de la financiación del terrorismo⁸⁰¹. Empero, es luego de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington, DC, que se pone en marcha una campaña combativa denominada por los dirigentes de Estados Unidos y varios miembros de la OTAN como “guerra contra el terrorismo”, para, como su expresivo nombre lo indica, combatir el terrorismo por todos los medios⁸⁰², ocupando en ello un lugar destacado lo que respecta a su financiación. Los actores internacionales impulsan con gran fuerza esta campaña ante el convencimiento que el terrorismo internacional se financia por un sinnúmero de conductas criminales y la subsiguiente legitimación de los capitales ilícitos y de las ganancias obtenidas. Para lo cual, dichos actores han

⁸⁰⁰ En su preámbulo afirma: “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 a todos sus niveles,

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...”

⁸⁰¹ Así es reconocido por las Naciones Unidas en el propio preámbulo del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, Nueva York, 1999.

⁸⁰² En similar sentido, PÉREZ CEPEDA, A., *La seguridad como fundamento...*, op. cit., pp. 33 ss., 55 ss., 130 ss.; AGAMBEN, G., *Stato di eccezione...*, op. cit., p. 12-13, tanto en la “orden militar” emanada del presidente de Estados Unidos de Norteamérica el 13 de noviembre, como en la *USA Patriot Act*, emanada del Senado el 28 de noviembre, ambas de 2001, encuentra el significado inmediatamente biopolítico del Estado de excepción.

desarrollado a nivel nacional, regional, transnacional e internacional una política de férreo control y regulación de los sistemas financieros, poniendo mucho énfasis en los marcos legislativos a diferentes escalas para controlar la legitimación de capitales o activos ilícitos. De este modo se configura uno de los rasgos fundamentales de la política criminal contemporánea, la “lucha” contra el patrimonio criminal⁸⁰³.

De forma general, la legitimación de capitales ilícitos era, hasta la fecha de los ataques referidos, principalmente sancionada por sus vínculos con el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, pero a partir de ese momento se aprueban un gran número de disposiciones normativas que vienen a ampliar los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de sanciones penales a la legitimación de capitales o ganancias ilícitos por asociación con las conductas criminales más graves, principalmente con el terrorismo y los crímenes que pueden servirle como afluentes económicos⁸⁰⁴. En general, como ha sido

⁸⁰³ NIETO MARTÍN, A., “La corrupción en las transacciones...”, *op. cit.*, p. 143. Entrecorrido en original.

⁸⁰⁴ A modo ilustrativo y sin ánimo de exhaustividad podemos citar como ejemplos de estos instrumentos jurídicos, a saber:

Estados Unidos:

Título III-Ley de 2001 para la Supresión Internacional del Lavado de Dinero y de la Financiación de Actividades Terroristas (*Title III-International Money Laundering Abatement and Anti-Terrorist Financing Act of 2001*), comprendido dentro de los artículos 301 al 377 de la *USA Patriot Act*, del 24 de octubre de 2001.

España:

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal;

Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo;

Decreto 54/2005, por el que se modifican el Reglamento de la Ley 19/1993, sobre determinadas Medidas de Prevención del Blanqueo de Capitales;

Ley 19/2003 sobre el Régimen Jurídico de los Movimientos de Capitales y de las Transacciones económicas con el Exterior. Ley que modifica la Ley 19/1993, para adaptarla a la Directiva comunitaria 2.001/97 (que a su vez había modificado la Directiva 91/308 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales).

Italia:

Ley del 14 de diciembre 2001, n. 431, de “Medidas urgentes para reprimir y contrastar el financiamiento del terrorismo internacional (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 ottobre 2001, n. 369, recante misure urgente per reprimere e contrastare il finanziamento del terrorismo internazionale*), publicada en la *Gazzetta Ufficiale* n. 290 del 14 diciembre 2001.

subrayado, las actividades consideradas más redituables para contribuir económicamente con el terrorismo son: los tráfico de personas, órganos, armas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas; secuestros; extorsión; contrabando (de diamantes por ejemplificar); y por supuesto, corrupción.

Por otra parte, como expresa PIETH, los esfuerzos internacionales destinados a hacer frente a los riesgos de la macro-delincuencia conducen de manera casi inevitable a la expansión del Derecho penal. Las críticas a estos esfuerzos, agrega este autor, se producen por su cuasi-exclusivo interés en la eficacia (o en la sensación de eficacia percibida gracias al aumento de la

Unión Europea:

Directiva 2006/70/CE de la Comisión;

Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo;

Decisión 2005/930/CE del Consejo, de 21 de diciembre de 2005, relativa a la aplicación del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 2580/2001 y por la que se deroga la Decisión 2005/848/CE (DO L 340, p. 64);

Posición Común 2005/936/PESC del Consejo, de 21 de diciembre de 2005, por la que se actualiza la Posición Común 2001/931/PESC, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo y se deroga la Posición Común 2005/847/PESC (DO L 340, p. 80);

Posición Común 2002/340/PESC del Consejo, de 2 de mayo de 2002, por la que se actualiza la Posición común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo (DO L 116, p. 75);

Posición común 2002/462/PESC del Consejo, de 17 de junio de 2002, por la que se actualiza la Posición común 2001/931 del Consejo, relativa a la aplicación de medidas específicas con el fin de luchar contra el terrorismo, y se deroga la Posición Común 2002/340 (DO L 160, p. 32);

Decisión 2002/460/CE del Consejo, de 17 de junio de 2002, relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 2 del Reglamento (CE) nº 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo y por la que se deroga la Decisión 2002/343/CE (DO L 160, p. 26);

Reglamento (CE) nº 881/2002 del Consejo por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes (modificado por centésimo decimosexta vez por el Reglamento (CE) Nº 1102/2009 de la Comisión, de 16 de noviembre de 2009).

Naciones Unidas:

Además de los instrumentos aludidos en la nota 64 de este trabajo, es destacable como en el marco del sistema de las Naciones Unidas se han elaborado dieciséis instrumentos internacionales (trece instrumentos y tres enmiendas) contra el terrorismo internacional y referidos a actividades terroristas específicas, entre los que se pueden señalar los siguientes:

- Resolución aprobada por la Asamblea General. Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo [A/RES/62/272] 5 de septiembre de 2008;

- Resolución aprobada por la Asamblea General. Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo [A/RES/60/288], 8 de septiembre de 2006;

- Resolución 1373 (2001), Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001.

represión), su simplista concepción de la elaboración de instrumentos jurídicos (normalmente ignorando la tradición nacional) y la tendencia a limitar los derechos del acusado. Normalmente esos ajustes de los sistemas de control del delito no se limitan en su alcance a la macro-delincuencia, sino que penetran por completo en el Derecho penal de un Estado⁸⁰⁵.

En términos estrictos, si reciente ha sido el interés por el comiso de las riquezas producto del delito, aún lo es más respecto de la reintegración de las mismas al país víctima. Así, hasta hace pocos años la recuperación del producto de la corrupción era realizada, con mucho esfuerzo y pocos resultados. Se hacía de forma unilateral a través de la diplomacia o a través de mecanismos jurídicos como la asistencia mutua legal en asuntos penales, ya que la posibilidad de repatriar activos ha sido tradicionalmente decidida de acuerdo al principio *locus regit actum*, conforme al cual es la ley del lugar en el que se produce la localización y secuestro de los activos la aplicable en la determinación del destino final de los mismos⁸⁰⁶.

Naturalmente, la vigencia del citado principio no ha impedido nunca la entrega de bienes decomisados a otros Estados o, incluso, a organismos intergubernamentales especializados en el tratamiento de delitos. Con todo, “tal decisión ha quedado subordinada a la voluntad soberana de las Partes que, de estimarlo oportuno, siempre han podido incorporar legítimamente la totalidad de los bienes incautados a sus arcas, a modo de ‘botín de guerra’ compensar sus desvelos en la lucha contra el delito”⁸⁰⁷.

En concreto, los países que tratando de repatriar las fortunas acumuladas por dirigentes y funcionarios mediante el saqueo de las arcas estatales han

⁸⁰⁵ PIETH, M., “La armonización del Derecho...”, *op. cit.*, p. 294.

⁸⁰⁶ En este sentido, JORGE, G., *Recuperación de activos...*, *op. cit.*, pp. XVI-XVII.

Así se prevé en el ámbito de las Naciones Unidas, por ejemplo, en la Convención de Viena de 1988 [art. 5.5, a)] o en la UNTOC (art. 14.1), y, en el contexto de la OEA en la CICC-OEA (art. XV.2).

⁸⁰⁷ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *Estrategias internacionales desarrolladas en la recuperación de activos*. Ponencia inédita brindada en la República Plurinacional de Bolivia en el marco del Diplomado en investigación penal de hechos de corrupción.

enfrentado enormes obstáculos políticos y barreras ideológicas, además de problemas jurídicos y dificultades prácticas.

III. Obstáculos políticos y barreras ideológicas en la recuperación internacional de activos producto de la expoliación

Podríamos decir con cierta ingenuidad que la novedad en los caracteres estructurales del moderno discurso de la recuperación de activos, está en el actual enfoque dirigido a reducir los *espacios vacíos de derecho* y comprimir las zonas de inmunidad de las élites dominantes, brindando desde diferentes órdenes respuestas uniformes, o al menos armónicas, a la delincuencia transnacional. El discurso actual contra la gran corrupción requiere para ser llenado de contenido y pierda su halo demagógico, que el poder punitivo pierda su carácter selectivo estructural y someta a su control las conductas criminales cometidas desde el mismo poder estatal, los denominados crímenes de los poderosos.

Con este objetivo manifiesto, son sumamente conocidos los riesgos distorsivos que acechan este tortuoso camino que puede conducirnos a la parodia. Sin ir más lejos, basta pensar en la deposición del Presidente de Túnez, Zine el Abidine Ben Ali, desde el día 14 de enero de 2011 tras las protestas generalizadas de la población contra la crisis económica y la corrupción en dicho país. A raíz de estos hechos, en Francia las ONGs de lucha contra la corrupción y contra la opacidad financiera reclamaron a la fiscalía de este país que abriera una investigación para localizar, embargar, confiscar y repatriar la fortuna estimada en \$ U.S. 5. 000 millones que, bajo diversas formulas financieras, bienes y haberes pertenecientes al erario público de Túnez, se supone que Ben Ali tiene investidos y depositados en Francia. El 19 de enero

recién pasado, el Gobierno Suizo en la voz de la propia Presidenta, Micheline Calmy-Ry, decidió congelar todos los bienes del “democráticamente destituido” presidente. Evidentemente, el abultamiento de la fortuna de Ben Ali solo ha sido posible con la complicidad de intermediarios financieros, testaferros o denominados hombres de paja y de las mismas instituciones financieras y por décadas de complacencia y pasividad de los diferentes gobiernos franceses y suizos.

Al parecer, los derechos humanos de algunos pueblos son moneda de cambio ante determinados intereses geopolíticos. Por ello no es ocioso repetir que, desde ningún punto de vista puede ser aceptable basar la estabilidad a largo plazo de un Estado en un sistema autocrático por muy favorable que este pueda resultar a la inversión empresarial y a los intereses económicos de otras naciones.

He aquí la *Realpolitik*, que hace una parodia del denominado discurso de “lucha contra la corrupción”, que desacredita y convierte en papel mojado todo el sistema jurídico nacional e internacional creado para la recuperación de activos. La infraestructura legal, que permite investigar, localizar, inmovilizar y decomisar el producto de estos delitos ha quedado manifiestamente reflejada como mero instrumento simbólico ante estos hechos descritos u otros tantos como el de Teodoro Obiang en Guinea Ecuatorial. Ante lo cual solo cabe preguntarse parafraseando a ZAFFARONI ¿es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los delitos de la gran corrupción?

Si se tiene derecho al pesimismo ante estos hechos, también se tiene derecho al optimismo ante hechos como la reciente decisión del Gobierno Suizo de bloquear los haberes bancarios del presidente saliente de Costa de Marfil, Laurent Gbagbo. Es menester mantener la ilusión y preguntarse si existe alguna vía de prevención de estos crímenes explorable por el derecho penal. “Para ello

es necesario escudriñar las raíces profundas de esos crímenes, con lo que llegamos al *Kernel* o núcleo del problema”⁸⁰⁸.

Nos desplazamos, como escribe ZAFFARONI, hacia un terreno mucho más complejo. Aunque las aguas sean procelosas, el penalismo y la criminología deben navegar hacia ellas porque de lo contrario naufragarían en la tempestad. Las principales problemáticas en la persecución de este tipo de criminalidad se centran en dos factores estrechamente interrelacionados. Por un lado, en las exigencias de responsabilidad a los funcionarios, algo que, como hemos puesto de manifiesto, si bien es un problema de evidentes implicaciones penales su solución es principalmente de contenido político, y, por otro lado, en los medios probatorios.

IV. Problemas jurídicos y dificultades prácticas en la recuperación de activos producto de la corrupción

La recuperación de activos producto de actividades criminales, además de los obstáculos políticos y barreras ideológicas –o seguramente a causa de las mismas–, debe superar una serie de limitaciones que comienzan con desafíos de naturaleza técnica en el país víctima. En muchos países, las capacidades para comenzar los procedimientos legales de rastreo de bienes son insuficientes. Las autoridades del país víctima carecen de los recursos necesarios y el entrenamiento y la experiencia de sus funcionarios son usualmente inadecuados para enfrentar las complejidades de una investigación transnacional. Muchas veces las debilidades institucionales cumplen un papel importante en dificultar la iniciación –y más aún la conclusión– de procedimientos contra ex funcionarios políticos de alto rango⁸⁰⁹.

⁸⁰⁸ ZAFFARONI, E. R., *Crímenes de masa...*, *op. cit.*, p. 39.

⁸⁰⁹ PIETH, M., “Prólogo”, *op. cit.*, p. II.

Las dificultades que hay que afrontar en los centros financieros donde se ocultan los bienes sólo aumentan la complejidad. El dinero ilícito es usualmente transferido a centros financieros cuyas complejas leyes restringen la cooperación y la condicionan al cumplimiento de procedimientos y de estándares de prueba más altos que los requeridos en los países víctima. La imposibilidad de alcanzar estos estándares ha frustrado muchos intentos de países víctima por recuperar activos. Los centros financieros deben batallar contra sus ritualismos formales, lentos procedimientos y elevados estándares sustantivos para cooperar con los países víctima. Típicamente, les cuesta encontrar una posición equilibrada que compatibilice los legítimos derechos del imputado y de los terceros afectados con la necesidad de contar con procedimientos sin tantos obstáculos⁸¹⁰.

En concreto, estos obstáculos se materializan en: ausencia de una política integral de recuperación de activos; insuficiencia en los recursos para la prestación de asistencia a las solicitudes de recuperación de activos; la colocación de los bienes en centros financieros *offshore* con estrictas leyes sobre secreto bancario que representan una infranqueable barrera a las investigaciones judiciales; la exigencia de una condena penal mediante sentencia firme impuesta a los titulares de los bienes en las leyes internas de los países en los que estos se encontraban, tradiciones jurídicas diferentes con procedimientos incompatibles, y; aun en el caso que los activos procedentes de corrupción localizados y decomisados, es aun común que no exista una norma legal que obligue al país donde se encuentren los bienes a devolverlos al país de origen, entre muchos otros⁸¹¹.

⁸¹⁰ *Ibidem*.

⁸¹¹ *Vid.*, sobre las barreras para la recuperación de activos, por todos, *Ibidem*, pp. XVI-XVIII; STEPHENSON, K. M./GRAY, L. et alt., *Barriers to Asset Recovery: An Analysis of the Key Barriers and Recommendations for Action*. Washington, DC.: Banco Mundial, 2011, *passim*.

V. La recuperación de activos y las técnicas de cooperación interestatal e internacional

En términos generales, la recuperación de activos es una norma históricamente enraizada en el derecho anglosajón y hecha en función de acciones, que independientemente de su conexión con infracciones o delitos, implicaba la entrega de los bienes a la corona; así en la edad media, igual destino tenían todos los bienes de quien se suicidaba, incluso los de su familia. Las infracciones aduaneras implicaban la pérdida de las mercancías también a favor de la corona, de modo que este principio ha regulado hasta hoy el modo en que los países anglosajones tratan el tema. En cambio, en los países de tradición latina las normas ablatorias han tenido lugar desde el proceso penal y a favor de la víctima⁸¹².

Hoy día la recuperación de activos constituye uno de los proyectos jurídico-políticos más complejo y ambicioso, porque además de las necesarias estructuras jurídicas y cooperación judicial, usualmente requiere la colaboración de investigadores financieros para rastrear los activos, contadores y auditores para desentramar complejas transacciones y abogados con destrezas para litigar en diferentes sistemas jurídicos⁸¹³.

1. Moderno enfoque político-criminal relativo a la gran corrupción: La estrategia de la recuperación de activos

Pasando del balance histórico y los obstáculos en la persecución de activos en general y centrándonos en el producto de la corrupción y en las razones del actual interés internacional en la recuperación de los mismos, este creciente interés se explica, por un lado, porque están en juego los fondos de las

⁸¹² DAVID, Pedro: "Recuperación de activos". En: AA. VV., *La cooperación internacional en contra de la corrupción...*, *op. cit.*, p. 87.

⁸¹³ PIETH, M., "Prólogo", *op. cit.*, p. II

organizaciones internacionales y de los países cooperantes en programas de desarrollo⁸¹⁴, quienes tienen especial interés en recuperar los activos robados y que sean utilizados finalmente para financiar programas de desarrollo que, por ejemplo, faciliten el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio establecidos en la Declaración del Milenio. Por otra parte, las evidencias demuestran que es mucho más rentable y efectivo como estrategia anticorrupción, propiciar la restitución de las riquezas expoliadas al país víctima que financiar las carencias al desarrollo, sobre todo si esas carencias han sido efecto de la expoliación misma. Finalmente, por el interés en controlar el flujo de fondos que tienen una fuente ilícita y como finalidad financiar actividades ilícitas, entre estas principalmente el terrorismo, la compra de armas, y en menor medida, la financiación de partidos políticos y otras.

Todo lo anterior explica porque actualmente la persecución de la corrupción suscita la atención mundial desde una línea político criminal que tiene como eje principal “el control del patrimonio criminal”. Son muestra palmaria de ello, ya no solo el consenso internacional plasmado en la UNCAC, sino el desarrollo posterior a esta de iniciativas como las desarrolladas, por un lado, por el Grupo del Banco Mundial (WBG por sus siglas en inglés) en asociación con la Oficina de las Naciones Unidas sobre Droga y Crimen (UNODC) hayan puesto en marcha en septiembre de 2007 la mencionada iniciativa StAR, y por otro lado, el Consejo Europeo haya aprobado el Programa de Estocolmo de la Unión Europea, del dos de diciembre de 2009, ambos con el propósito de desarrollar estrategias para que los activos lícitamente apropiados retornen a sus legítimos dueños mediante la cooperación entre los países y organismos que trabajan sobre temas relacionados (punto 4.4.5).

⁸¹⁴ ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los gobiernos...*, *op. cit.*, p. 269; “Algunos proyectos del Banco Mundial han sido retirados por la existencia de pruebas de corrupción, aunque generalmente sin mucha publicidad. El FMI está exigiendo a los países que quieren un préstamo que consientan en reformas de gobierno e incluyen políticas para reducir la corrupción”.

Si bien, como acabamos de referir, la fundamentación teórica del comiso ha girado en torno a fines preventivos y el injusto enriquecimiento de los infractores, modernamente, como reseñamos al inicio de este capítulo, la justificación político criminal de estas medidas, en lo que a la expoliación de las riquezas nacionales se refiere, encuentra su fundamento más allá del hecho de ese injusto enriquecimiento, fijando así la atención en que éste se produce a costa de los derechos y del empobrecimiento de otros. De esta forma se da una nueva dimensión a esta estrategia político-criminal que va orientada hacia las víctimas, hacia la tutela, restitución y reparación de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos⁸¹⁵. La finalidad y fundamento del sistema de recuperación de las riquezas nacionales expoliadas, y por supuestos de las medidas en él comprendidas, no es tanto represivo como reintegrador de la situación existente antes de la perpetración del delito. En tal sentido, los actos de expoliación revelan un perjuicio grave, directo e inmediato perfectamente determinado, toda vez que suponen una reducción de los activos a disposición del Estado víctima. “Ante la corrupción, la reparación del daño ha de partir de un presupuesto indiscutible: los bienes deben retornar al Estado –y, con ello, al pueblo, si es que partimos de unas bases democráticas- del que fueron arrebatados”⁸¹⁶. Por todo lo anterior, la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación del producto de la corrupción, con miras a su eventual comiso y repatriación de esos fondos a su país de origen son un eje transversal de las actuales tendencias de política criminal nacional e internacional.

2. Iniciativas internacionales para facilitar la recuperación de activos

⁸¹⁵ *Vid.*, CASTILLO MONTERREY, M. A., “La corrupción y sus efectos...”, *op. cit.*, pp. 83-102.

⁸¹⁶ FABIÁN CAPARRÓS, E., *Estrategias internacionales desarrolladas...*, *op. cit.*

Tras la apertura a firma de la UNCAC en 2003, y a lo largo de toda la pasada década, se han puesto en marcha múltiples iniciativas internacionales con el fin de facilitar, en el complejo terreno de la recuperación de activos, la cooperación mutua entre Estados. Sin ánimo de exhaustividad, a continuación se reflejan las más importantes.

a) *Stolen Asset Recovery Initiative (StAR Initiative: Iniciativa para la recuperación de activos robados)*

El 17 de septiembre de 2007, el Banco Mundial y las Naciones Unidas aúnan esfuerzos en un nuevo programa de amplio alcance destinado a ayudar a los países víctimas a recuperar los fondos de que hayan sido despojados. Este programa es la Iniciativa StAR, la cual es una asociación entre el Grupo del Banco Mundial y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito que respalda los esfuerzos internacionales por terminar con los paraísos para los fondos provenientes de actos de corrupción. En ese marco, colabora con los países en desarrollo y los centros financieros para evitar el lavado de esos fondos y facilitar una restitución más sistemática y oportuna de los activos apropiados⁸¹⁷.

Esta iniciativa surge tanto por la magnitud de los activos expoliados y su impacto devastador para los derechos económicos, sociales y culturales de las poblaciones afectadas, como ante el hecho de que solo una porción de los activos recuperados puede prever financiación para programas sociales e infraestructura que se necesita con urgencia, ello ha conllevado a que la recuperación de activos producto de la corrupción constituya una prioridad en el plano internacional⁸¹⁸. La recuperación del producto de la corrupción debe ser una parte integral de todos y cada uno de los casos de corrupción. Con la Iniciativa StAR estas instituciones se proponen intensificar los esfuerzos encaminados a recuperar las riquezas robadas para sus legítimos

⁸¹⁷ Vid., http://www1.worldbank.org/finance/star_site/.

⁸¹⁸ GREENBERG, T. S./SAMUEL, L. M./GRANT, WINGATE, G./GRAY, L., *Recuperación de activos robados...*, op. cit., p. xi.

propietarios, y poner freno al flujo de riquezas expoliadas. Así, la Iniciativa StAR desarrolló un plan de acción para apoyar la localización e implementación de provisiones de recuperación de activos bajo la UNCAC, el cual está destinado tanto a los países en desarrollo que sufren en mayor medida los efectos de la expoliación de las riquezas por efecto de la corrupción de sus gobernantes como a los países desarrollados y las instituciones financieras receptoras de esas riquezas. Todo ello con el fin de facilitar el esfuerzo de los países para recuperar los activos apropiados ilegalmente y que se han encubierto en jurisdicciones extranjeras y, en última instancia, contribuir a disuadir tales flujos y eliminar refugios seguros para el ocultamiento de productos obtenidos mediante corrupción⁸¹⁹.

La función principal de la iniciativa StAR es contribuir a:

- Crear capacidad de atender y presentar solicitudes de asistencia jurídica recíproca internacional;
- Adoptar y aplicar eficaces medidas de confiscación, incluidos los mecanismos legales de confiscación no basados en declaraciones de culpabilidad;
- Aumentar la transparencia y la rendición de cuentas en los sistemas de gestión de las finanzas públicas;
- Crear y fortalecer los organismos nacionales de lucha contra la corrupción;
- Ayudar a realizar el seguimiento de los fondos recuperados, si los países afectados lo solicitan.

⁸¹⁹ GREENBERG, T. S./SAMUEL, L. M./GRANT, WINGATE, G./GRAY, L., *Recuperación de activos robados...*, *op. cit.*, pp. xx y 7; “La Iniciativa StAR contribuirá a:

- Generar y difundir conocimiento sobre recuperación de activos y abogar por la ejecución de medidas que reduzcan las barreras para la recuperación.
- Apoyar los esfuerzos nacionales para formar capacidad institucional en la recuperación de activos, como sistemas efectivos de decomiso o capacidad de responder y presentar solicitudes internacionales de asistencia judicial mutua.
- Monitorear los fondos recuperados cuando lo soliciten las autoridades nacionales”.

b) Principios y opciones para la disposición y transferencia de productos decomisados de la gran corrupción (G-8)

La administración y disposición efectiva de activos incautados y decomisados ha sido considerada por los países del G-8. En 2005 el G-8 emitió sus “Buenas prácticas para la administración de activos decomisados” y los “principios y opciones para la disposición y transferencia de productos decomisados de la gran corrupción”⁸²⁰. La guía del G-8, inspirada en la recién aprobada UNCAC, detalla los principios específicos que deben incorporarse en una ley sobre decomisos. Muchos de los principios se dirigen a operar un programa de decomiso con integridad, responsabilidad y transparencia⁸²¹. Asimismo, los principios se centran en buenas prácticas de administración, como la planeación previa a la incautación, la preservación, y la venta anterior al decomiso de propiedad percedera y depreciable. Demás, destacan entre el resto de medidas, la creación de equipos de respuesta acelerada integrados por expertos en asistencia judicial recíproca en materia de recuperación de activos que se activarían a petición de los Estados perjudicados por el Expolio, la construcción de grupos coordinadores para casos concretos o la realización de cursos prácticos a nivel regional sobre técnicas de investigación financiera y asistencia jurídica.

3. Recuperación de activos

La asombrosa cantidad de activos saqueados, públicos o privados, son extremadamente difíciles, algunas veces imposibles, de rastrear y recuperar si

⁸²⁰ G-8 Lyon/Roma Group Criminal Legal Affaire Subgroup, “Best Practices for the Administration of Seized Assets” (abril 27, 2005); G-8 Asset recovery initiative, “Principles and Options for Disposition and Transfer of Confiscated Proceeds of Grand Corruption” (noviembre 9, 2005).

⁸²¹ GREENBERG, T. S./SAMUEL, L. M./GRANT, WINGATE, G./GRAY, L., *Recuperación de activos robados...*, *op. cit.*, p. 91 y ver recuadro 10.5.

no se ejercen acciones inmediatas. Cuando los fondos se mueven a través del sistema financiero internacional, lo hacen casi instantáneamente de una jurisdicción a otra y su origen se desvanece en una maraña de transferencias electrónicas⁸²². Los países empobrecidos y víctimas más vulnerables a la expoliación, encuentran serios obstáculos legales, de investigación judicial, inadecuados recursos financieros y falta de voluntad política para la recuperación de activos. Por otra parte, las jurisdicciones donde se encuentran estos activos –a menudo los países desarrollados- pueden no tener la capacidad de responder a las solicitudes de asistencia judicial porque no se han promulgado las leyes necesarias⁸²³.

En respuesta a todas estas problemáticas, sobre todo de orden jurídico, en 2003 fue aprobada la UNCAC como el primer instrumento jurídico a nivel internacional que de forma específica comprende todo el proceso de identificación, embargo preventivo o incautación, decomiso y repatriación del producto de la corrupción a sus legítimos propietarios. Es decir, que la convención ofrece una arquitectura global para la recuperación de activos, y un marco internacional para enfrentar alguno de los obstáculos con que este proceso se puede encontrar. La convención llama a este proceso global “recuperación de activos”. La recuperación de activos de origen delictivo, por lo tanto, incluye las actuaciones de inteligencia y las investigaciones formales para la localización e identificación de los activos en cualquier forma que estos hayan sido convertidos y no solo como producto directo de los delitos. En segundo lugar, la recuperación de activos comprende el proceso de acciones legales preliminares de congelación o incautación de bienes con el propósito de asegurar los fondos que podrían ser objeto de una medida ablatoria, estas son el embargo preventivo o la incautación. La tercera parte de la recuperación de activos es el proceso de confiscación. Finalmente, el último paso del proceso es

⁸²² *Vid.*, con ulterior referencia, *ibidem*.

⁸²³ *Ibidem*, pp. xvii, 3.

la devolución de los bienes a sus legítimos propietarios que, en el caso de la corrupción, es el Estado víctima. La UNCAC, en este marco innovador, introdujo un capítulo dedicado a la recuperación de activos (capítulo V) y con arreglo al cual la restitución de activos es un principio fundamental de dicha convención. Ello implica un reconocimiento del impacto que, tanto de los aspectos preventivos y represivos como de los aspectos restitutivos de la recuperación de activos, puede tener en la estrategia global para reducir la corrupción y sus efectos⁸²⁴.

Dentro del esquema general, existen variaciones considerables en el proceso de recuperación de activos entre las jurisdicciones. Esta sección, en lo que sigue, se centra en la tercera etapa de ese proceso. De lo dicho hasta ahora, es apreciable, en general, cómo el comiso se ha consolidándose en los últimos años como institución de gran importancia en el control de la criminalidad de especial gravedad, hasta el punto de considerársele el “arma central” dentro del conjunto de instrumentos dirigidos a hacer frente a la criminalidad macroeconómica⁸²⁵. Entonces, podemos tomar como punto de partida la hipótesis que el comiso constituye una pieza clave dentro del engranaje del sistema de recuperación de activos de origen delictivo y por ende es un instrumento muy eficaz en la lucha contra la delincuencia organizada⁸²⁶.

Por otro lado, como ya hemos referido, el carácter dominante que se le ha impregnado al comiso es eminentemente preventivo, para evitar el financiamiento de futuros delitos. Así, por ejemplo, la Comisión de las Comunidades Europeas afirma que esta figura impide, en efecto, que los fondos de origen ilícito puedan utilizarse para financiar otras actividades ilícitas, minar la confianza en los sistemas financieros y corromper la sociedad legítima⁸²⁷. Sin

⁸²⁴ PIETH, M., “Prólogo”, *op. cit.*, p. I.

⁸²⁵ BLANCO CORDERO, I., “Armonización-aproximación de la legislación...”, *op. cit.*, p. 351.

⁸²⁶ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Parlamento Europeo y al Consejo, titulada: “Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que ‘el delito no resulte provechoso’”, Bruselas, 20.11.2008 [COM (2008) 766 final].

⁸²⁷ *Ibidem*.

embargo, desde nuestro punto de vista compartido con el enfoque que el sistema de justicia internacional otorga a las víctimas y comunidades afectadas por los crímenes, como hemos puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, la recuperación de activos públicos debe encontrar su fundamento más allá del hecho del injusto enriquecimiento y de los fines meramente preventivos, fijando así la atención en el afección que sufren con estas conductas el desarrollo y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos.

Por otro lado, si se tiene claro que el objetivo principal de un sistema de recuperación de activos es el desarrollo de una estrategia eficaz para la obtención tanto de una condena penal (si es posible) como la recuperación del producto de la corrupción, entonces se debe estar conscientes de las diversas vías legales disponibles para recuperar los activos, así como los diversos factores y obstáculos de las mismas que pueden conducir a la selección de una vía u otra, a saber⁸²⁸: a) proceso penal y decomiso, b) decomiso sin condena, c) acción civil privada, d) decomiso administrativo.

Dentro del proceso general para la recuperación de activos y de las diferentes vías de recuperación, la iniciativa StAR considera al decomiso de activos sin condena (*Non-Conviction Based Confiscation*, NCB) como “una herramienta de suma importancia para recuperar los productos e instrumentos de al corrupción, en particular en los casos en que los productos se transfieren al exterior” ⁸²⁹. Si bien es cierto que el NCB presenta ventajas respecto a las modalidades de comiso basado en una condena penal, no obstante, es importante analizar los fundamentos y alcance de cada una de estas modalidades y su conformidad con el respeto y garantías fundamentales, buscando siempre alcanzar ese frágil equilibrio entre eficacia y garantías.

⁸²⁸ Una descripción general de las diferentes vías de recuperación puede verse en BURN, J.-P./GRAY, L./SCOTT, C./STEPHNSON, K., *Asset Recovery Handbook: A Guide for Practitioners*. Washington, DC.: Banco Mundial, 2011, pp. 5 ss y 103 ss.

⁸²⁹ *ibídem*, pp.19 y GREENBERG, T. S./SAMUEL, L. M./GRANT, WINGATE, G./GRAY, L., *Recuperación de activos robados...*, *op. cit.*, *passim*.

a) *El comiso*

Tal como lo hemos podido observar en la reseña legislativa previa, hoy día y desde los últimos años, la incautación y comiso de los productos del delito se ha evidenciado como una de las modalidades más importantes en la cooperación interestatal en materia penal⁸³⁰. Como hemos reseñado *supra*, durante mucho tiempo se ha atribuido escasa relevancia al comiso, dirigiéndose el proceso penal en principio a la sanción de los autores del delito y no a la privación a estos de los bienes procedentes de este injusto y posterior restitución cuando fuera el caso⁸³¹. Igualmente, las autoridades judiciales carecían de medios materiales y legales suficientes para localizar e identificar los activos de origen ilícito⁸³².

Sin embargo, el comiso ha devenido en un instrumento de política criminal fundamental para, en primer orden, recuperar y restituir, y por otro lado como correlato, para privar a los infractores penales de los beneficios económicos que genera el delito⁸³³. Hoy día existe un amplio consenso mundial sobre la constitución del comiso como una *herramienta de enorme eficacia* para controlar la criminalidad económica y organizada, en especial la corrupción⁸³⁴. Por ello, como hemos podido comprobar en la previa reseña de derecho internacional y comparado, esta institución ha evolucionado de forma vertiginosa en el mundo, en los instrumentos jurídicos internacionales

⁸³⁰ BASSIOUNI, M. C. /GUALTIERI, D. S., "Mecanismos internacionales de control...", *op. cit.*, p. 66; "la manera en que los Estados cooperan unos con otros a este respecto se denomina cooperación interestatal en materia penal".

⁸³¹ BLANCO CORDERO, Isidoro, "El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?". En: *La Ley*, año XXXII, nº 7569, 15 febrero 2011, p. 1. Cursiva en original.

⁸³² BLANCO CORDERO, I., *ibidem*; del mismo, "La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos". En: *ReAIDP/e-RIAPL*, A-01:1, 2007.

⁸³³ *Vid.*, BLANCO CORDERO, Isidoro, "El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?". En: *La Ley*, año XXXII, núm. 7569, 15 febrero 2011, p. 1; del mismo, "La aplicación del comiso...", *op. cit.*, A-01: 1 ss.; QUINTERO OLIVARES, G., "Sobre la ampliación del comiso...", *op. cit.*, pp. r2: 02 ss.

⁸³⁴ BLANCO CORDERO, I., "El comiso de ganancias...", *op. cit.*, p. 1.

y nacionales, que en palabras de BLANCO CORDERO, “ha alcanzado una capacidad expansiva sin precedentes”⁸³⁵.

Con carácter general, la definición que de comiso o decomiso introducen diversos instrumentos internacionales contempla elementos comunes como la privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente⁸³⁶. Ante estas definiciones más laxas existen otras como la contemplada por la Decisión Marco 2005/212/JAI, que exige expresamente que el comiso se realice dentro de un proceso penal en virtud de una o varias infracciones penales. También, debe decirse que la mayor parte de los códigos modernos cuando hacen referencia a la recuperación de activos, tratan de incluir todo tipo de activos: personales, reales, corporales y no corporales.

Por otra parte, el comiso está rodeado de confusión sobre su naturaleza y características. A ello ha contribuido el hecho de que ha sido implementado de maneras diversas en el mundo. Sobre todo las discusiones han girado en torno a si este tiene un carácter sancionador y, en tal caso, su compatibilidad con derechos fundamentales como la presunción de inocencia o el derecho a no autoincriminarse. Anticipando que, a nuestro juicio, como expondremos a continuación, las respuestas a este debate vienen de la mano de la modalidad de comiso y del fundamento y finalidad que cada una de las modalidades existentes envuelve. Con ello queremos decir que, negamos una naturaleza genérica sancionadora o asegurativa o restitutiva al comiso. La postura que se mantenga respecto al fundamento, finalidad del comiso es la piedra de toque de su naturaleza jurídica⁸³⁷. En suma, todas las consideraciones sobre el fundamento, fin y naturaleza jurídica del comiso van a estar condicionadas por su ámbito de aplicación: la descripción de la

⁸³⁵ *Ibidem*.

⁸³⁶ UNCAC, art. 2.g).

⁸³⁷ Así, VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, “El comiso de los efectos e instrumentos del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstos”. *RGDP*, n° 6, Iustel, noviembre 2006, p. 23.

conducta punible hecha por la norma penal, la modalidad de comiso de que se trate y los fines que se pretendan alcanzar. No es la intención de este trabajo, claro está, agotar todas las cuestiones materiales y adjetivas que el comiso implica, sino aproximarnos al régimen específico de comiso en los supuestos que nos ocupan.

Tradicionalmente las legislaciones preveían el comiso de los objetos que se usaban en el delito, pero no las ganancias que se lograban con el mismo. Así era considerado no una acción principal, sino una consecuencia accesoria, siendo la principal la pena privativa de la libertad y el comiso la accesoria, la consecuencia económica⁸³⁸. En cualquier caso, evitando la clásica controversia y sin ánimo de simplificar en exceso, como algún autor ha escrito, el comiso “es una consecuencia lógica del delito y falta”⁸³⁹. Es decir que, no resultaría comprensible una respuesta estatal coherente a la delincuencia, sea la manifestación que sea, que no conlleve la pérdida de los instrumentos que la propiciaron y de la recuperación de las ganancias ilícitamente obtenidas.

Pero, hoy día una gran mayoría de países han cambiado su legislación para incluir no solamente los instrumentos usados en el delito, sino también los productos y ganancias del delito⁸⁴⁰, además del valor de la parte proporcional de los objetos en los que se hubieran entremezclado activos legítimos e ilícitos e incluso algunos países, como el caso de España⁸⁴¹, han ampliado el comiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de

⁸³⁸ DAVID, P., “Recuperación de activos...”, *op. cit.*, p. 87.

⁸³⁹ *Vid.*, con ulterior referencia, CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, “Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 25 de noviembre)”. En: PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.), “*Universitas vitae*”..., *op. cit.*, p. 112.

⁸⁴⁰ En el caso de España el comiso por valor equivalente no se introduce sino hasta el 2003 mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

⁸⁴¹ Una reseña sobre la evolución de esta figura en la legislación española puede ser vista en: VIZUETA FERNÁNDEZ, J., “El comiso de los efectos...”, *op. cit.*, pp. 1-9.

una organización criminal⁸⁴². Estos cambios han venido impuestos por la realidad criminológica a la que van dirigidas las diferentes modalidades de esta figura, así como en el caso de los países miembros de la UE a las disposiciones europeas que se han venido sucediendo en el tiempo en esta materia⁸⁴³.

Sin embargo, la figura del comiso ha sido implementada de maneras diversas en el mundo, creándose nuevas modalidades. Ello ha contribuido a aumentar, si cabe, la confusión sobre la naturaleza y características del comiso. Tradicionalmente las legislaciones preveían el comiso de los objetos que se usaban en el delito, pero no las ganancias que se lograban con el mismo. Al día de hoy, una gran mayoría de países han cambiado su legislación para incluir no solamente los instrumentos usados en el delito, sino también los productos y ganancias del delito⁸⁴⁴, además del comiso de bienes de valor equivalente a los bienes que no pueden recuperarse y comiso sin condena. Incluso algunos países, como el caso de España⁸⁴⁵, han ampliado el comiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de una organización criminal⁸⁴⁶.

En particular, las fluctuaciones experimentadas por el legislador en el tratamiento del comiso, son también buena muestra de las dificultades para asumir un compromiso político criminal coherente, sobre todo en materia de corrupción. En efecto, la evolución que esta figura ha tenido en la legislación penal española hasta llegar a la actual regulación y ubicación sistemática

⁸⁴² Art. 127.1 CPE.

⁸⁴³ *Vid.*, Capítulo quinto de este trabajo.

⁸⁴⁴ En el caso de España el comiso por valor equivalente no se introduce sino hasta el 2003 mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

⁸⁴⁵ Una reseña sobre la evolución de esta figura en la legislación española puede ser vista en: VIZUETA FERNÁNDEZ, J., "El comiso de los efectos...", *op. cit.*, pp. 1-9.

⁸⁴⁶ Art. 127.1 CPE.

dentro de las denominadas consecuencias accesorias, lejos de aclarar, oscurece su comprensión. Ya que, a las dificultades de comprensión propias del comiso se han visto sumadas las dificultades del resto de figuras con las cuales comparte el *tótum revolútum* al que ha sido arrastrado. Por consiguiente, como señala MAPELLI CAFFARENA:

“Todas las opiniones imaginables se han mantenido dentro de nuestra doctrina en torno a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias. Desde quienes las consideran penas, a quienes las siguen considerando medidas de seguridad, o quienes no creen posible dar una sola respuesta satisfactoria para todas las sanciones aquí recogidas, hasta quienes, por último, no lo consideran de naturaleza penal, sino administrativa...”⁸⁴⁷.

De modo que, en general, la primera cuestión que tenemos que plantear en cuanto a las consecuencias accesorias, es la negación de un criterio unitario de fundamentación para todas las figuras agrupadas bajo esta categoría. Pues, como defiende la doctrina más autorizada, estas gozan de muy diversa naturaleza, y cada una de ellas, o bien algunos grupos de las mismas, responden a finalidades político-criminales muy diversas entre sí⁸⁴⁸. De igual forma, en particular, las finalidades político-criminales que se pretenden alcanzar con la medida del comiso no se pueden determinar de un modo general, sino solo en el contexto y modalidad respectivos⁸⁴⁹. Es decir, que las respuestas al debate sobre la naturaleza del comiso vienen de la mano de la modalidad de comiso y del fundamento y finalidad que cada

⁸⁴⁷ MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas...*, *op. cit.*, pp. 406.

⁸⁴⁸ Así, a favor de esta posición por ejemplo, JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*. Granada: Comares, 5ª ed., 2003, p. 785; GRACÍA MARTÍN, Luis (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 4ª ed., 2012, pp. 201 ss. Aparentemente en contra, MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas...*, *op. cit.*, pp. 406-408.

⁸⁴⁹ *Vid.*, en este sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho...*, *op. cit.*

una de las modalidades existentes envuelve⁸⁵⁰. En suma, todas las consideraciones sobre el fundamento, fin y naturaleza jurídica del comiso van a estar condicionadas por su ámbito de aplicación: la descripción de la conducta punible hecha por la norma penal, la modalidad de comiso de que se trate y los fines que se pretendan alcanzar. Así, por ejemplo, el comiso del producto, el comiso de valor equivalente y el comiso sin condena, encuentran su fundamento en determinados aspectos del principio de no tolerancia del enriquecimiento injusto, “y en este sentido tiene la naturaleza de una medida civil de compensación”⁸⁵¹. Otras, como el comiso de los instrumentos del delito (*instrumenta sceleris*), tienen su fundamento en una peligrosidad objetiva de la cosa⁸⁵².

b) Comiso penal (in personam) y comiso sin condena (in rem)

Originalmente el decomiso ha sido regulado como una sanción penal en la gran mayoría de tradiciones jurídicas. Sin embargo, este modelo se enfrenta a una serie de dificultades, fundamentalmente probatorias. Esto último ha llevado a varios países a implementar regímenes de decomiso bajo procedimientos *in rem*, los cuales operan bajo estándares administrativos. Así, en el plano internacional coexisten en general dos tipos de decomiso utilizados internacionalmente para recuperar los productos e instrumentos de origen delictivo: el decomiso penal y el NCB⁸⁵³.

En Europa continental aún predomina la idea de que el decomiso del producto del delito debe ser regulado como una sanción penal. Y ello es así a pesar de que las razones para regularlo difieren. Según la Comisión de la UE el comiso tienen un claro efecto preventivo general, “al incidir en el principio de que ‘el delito no resulte provechoso’, ejerce un efecto

⁸⁵⁰ Vid., VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, “El comiso de los efectos...”, *op. cit.*, p. 23.

⁸⁵¹ Vid., y la bibliografía ahí citada, GRACÍA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias...*, *op. cit.*, pp. 201 ss.

⁸⁵² Vid., en este sentido y con ulterior referencia, *ibídem*.

⁸⁵³ GREENBERG, T. S./SAMUEL, L. M./GRANT, WINGATE, G./GRAY, L., *Recuperación de activos robados...*, *op. cit.*, p. 9.

disuasorio, que puede contribuir a reducir la influencia de modelos negativos en las comunidades locales”⁸⁵⁴.

En algunos países, como Holanda o Suecia, el decomiso del producto del delito está vinculado a la idea de la restitución al estado anterior, es decir, tienen un carácter restaurativo. En otros países, como España o Bulgaria, el decomiso del producto del delito se fundamenta en los efectos disuasorios que tradicionalmente se han asignado al castigo penal (prevención general, prevención especial); aun en otros, como Suiza e Italia, el decomiso del producto del delito⁸⁵⁵ se asocia a la peligrosidad. Con las recientes reformas penales, España también se inscribe en este último sentido, el de la peligrosidad.

El art. 54 (1) (c) de la UNCAC urge a los Países parte a considerar, de conformidad con su derecho interno, la adopción de las medidas necesarias para permitir el decomiso de bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la misma convención o relacionados con ese delito, sin que medie una condena, en casos en que el sujeto activo no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, u otros casos. La UNCAC no se concentra en una sola tradición jurídica, en cambio, propone el decomiso de activos NCB como herramienta que trasciende las diferencias entre los sistemas⁸⁵⁶.

Como ya hemos mencionado, para la iniciativa StAR el NCB es una la herramienta de mayor importancia para recuperar los productos de la corrupción. Según esta iniciativa, el NCB “constituye un mecanismo legal que prevé el control, la captura y el decomiso de los activos robados sin la

⁸⁵⁴ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Parlamento Europeo y al Consejo, titulada: “Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que ‘el delito no resulte provechoso’”, Bruselas, 20.11.2008 [COM (2008) 766 final]. En el mismo sentido, BLANCO CORDERO, I., “Armonización-aproximación de la legislación...”, *op. cit.*, p. 352.

⁸⁵⁵ Según la UNCAC en su art. 2. e), “por ‘producto del delito’ se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito”.

⁸⁵⁶ *Ibidem*, 13.

necesidad de una condena penal; puede ser esencial para la recuperación exitosa de los activos cuando el delincuente está muerto, se ha fugado de la jurisdicción, es inmune a la investigación o al enjuiciamiento, o es esencialmente demasiado poderoso para enjuiciarlo”⁸⁵⁷.

Teniendo como punto de partida lo previsto por la UNCAC puede establecerse un sistema de decomiso de activos NCB válido tanto para jurisdicciones de *civil law* y de *common law*. Aunque las jurisdicciones del *common law* tienen una experiencia más dilatada en la aplicación de modelos de decomiso NCB, un número creciente de jurisdicciones de *civil law* han promulgado leyes que contemplan esta figura, entre las que se encuentran Albania, Colombia, la provincia de Quebec en Canadá, Liechtenstein, Eslovenia, Suiza y Tailandia⁸⁵⁸. Por otra parte, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), a través de su Programa de Asistencia Legal en América y el Caribe (LAPLAC) ha tomado la iniciativa de elaborar una Ley Modelo Regional de Decomiso sin Condena. Esta Ley Modelo fue diseñada tratando de seguir la tradición de los países hispanohablantes de Latinoamérica que al respecto en su mayoría están influenciados por la regulación colombiana, así se explica que la denominación adoptada haya sido la de “extinción de dominio” y no, por ejemplo, decomiso NCB⁸⁵⁹.

Por su parte, la doctrina se discute si el decomiso del producto del delito debe ser regulado como una sanción penal (*in personam*) o si es admisible regularlo como una acción real (*in rem*). Evidentemente, este es un debate muy relevante por las consecuencias prácticas que de él se derivan. La distinción principal entre el decomiso penal y el decomiso NCB está en el

⁸⁵⁷ *Ibidem*, p. xviii.

⁸⁵⁸ *Ibidem*, 13.

⁸⁵⁹ Puede consultarse el texto de la Ley modelo en: http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso_y_ED/Ley_Modelo_de_Extincion_de_Dominio.pdf - 04/02/2012.

procedimiento utilizado para decomisar los activos. El primero requiere un juicio y una condena penal, mientras que el decomiso NCB no los requiere⁸⁶⁰.

Si el decomiso del producto es regulado como una sanción penal, éste debe quedar sujeto al sistema de garantías que rigen el juicio penal. El decomiso penal es una orden *in personam*, la acción va dirigida contra la persona. En particular, la carga de probar el origen ilícito de los bienes debe corresponder a la acusación, aunque “algunas jurisdicciones aplican un estándar de prueba inferior (estos es, el balance de las probabilidades) para el proceso de decomiso que para la parte criminal del proceso”⁸⁶¹. El decomiso sólo puede ser aplicado por un tribunal de justicia. El Principio de Personalidad de la pena impide el decomiso en caso de muerte del imputado. La prohibición de juicios *in absentia* impide el decomiso frente a casos de fuga y el decomiso se dificulta cuando no existe un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

De modo que las características del comiso *in personam* son:

- Requiere una condena penal o una declaración de culpabilidad;
- Está sujeto al sistema de garantías penal (carga de la prueba);
- Sólo puede ser aplicado por un tribunal de justicia;
- No es posible el decomiso en caso de muerte del acusado;
- Presenta dificultades frente a la inexistencia de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En cambio, si el decomiso es regulado por una acción *in rem*, puede ser sometido a los estándares probatorios y a los principios que rigen los procedimientos administrativos o civiles. El decomiso puede ser aplicado por una autoridad diferente de un tribunal de justicia, procede contra

⁸⁶⁰ *Vid.*, ampliamente sobre el comiso NCB, GREENBERG, T. S./SAMUEL, L. M./GRANT, WINGATE, G./GRAY, L., *Recuperación de activos robados...*, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁶¹ *Ibidem*, pp. 9-10 y 60 ss. *Vid.*, en esta obra una descripción de estándares de prueba.

personas jurídicas con independencia de su responsabilidad penal. El decomiso no depende de la presencia del demandado o imputado en juicio y procede contra herederos, etc. Esta medida es efectiva aún con la existencia de un régimen de inmunidades de responsabilidad penal. Este tipo de decomiso, llamado también como “decomiso civil”, “decomiso de activos NCB” o “decomiso objetivo” en algunas jurisdicciones⁸⁶², es una acción contra el activo mismo y no contra un individuo, es *in rem*, literalmente “contra la cosa”. Esta acción se ejerce fuera de cualquier proceso penal y procede cuando no es posible acreditar un origen lícito de los bienes, de lo que se trata es de defender el derecho de propiedad⁸⁶³. El decomiso NCB nunca debería sustituir al proceso penal⁸⁶⁴.

Un caso que suscita acalorados debates en la doctrina especializada es la aplicación del comiso en caso de exención de la responsabilidad penal. Es el caso de España donde las críticas recibidas por esta figura desde la doctrina no se han hecho esperar. Ya desde su inclusión en el art. 127.3 del Proyecto de ley de modificación del CPE fue fuertemente criticada. Así, AGUADO CORREA se expresaba en los siguientes términos en los casos de no imposición de pena por exención de responsabilidad criminal: “debemos señalar que nos parece desconcertante, al ser excesivamente vaga y poder vulnerar no solo principios constitucionales, sino también derechos fundamentales como el de la propiedad privada”⁸⁶⁵.

El CPE establece el comiso incluso en los supuestos en que no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal, exención que puede tener lugar no solo por la presencia de una exclusión de responsabilidad penal, sino también por la concurrencia de alguna causa

⁸⁶² *Vid.*, sobre los problemas de aplicabilidad y cooperación internacional derivados de las diferencias terminológicas entre jurisdicciones, *ibidem*, pp. 101-103.

⁸⁶³ *Ibidem*, pp. 10-11.

⁸⁶⁴ *Ibidem*, p. 12.

⁸⁶⁵ *Vid.*, *ibidem*, p. 7.

de justificación, como se desprende del art. 20 del mismo cuerpo normativo⁸⁶⁶. De esta forma el comiso deja de estar necesariamente vinculado tanto a la imposición de una pena como a la ejecución de una conducta típica y antijurídica, sino que basta con la realización de una acción típica⁸⁶⁷.

La compatibilidad del decomiso NCB con las garantías básicas y derechos fundamentales ha sido cuestionada en varias jurisdicciones⁸⁶⁸. Ya desde 1986, la Comisión Europea de los Derechos Humanos declaró que el decomiso de activos NCB era consistente con la presunción de inocencia y los derechos fundamentales de la propiedad⁸⁶⁹. Sin embargo, la comisión ha declarado que cualquier recuperación de activos debe estar abierta a cuestionamiento en la corte y ser razonable y proporcionada⁸⁷⁰. Igualmente, varias jurisdicciones y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han analizado si las provisiones del decomiso de activos NCB cumplen con la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁸⁷¹.

El Tribunal Europeo ha sentado criterios muy importantes sobre la compatibilidad de los derechos fundamentales y las garantías básicas del proceso penal con el sistema *in rem* para el desarrollo y aplicación de esta

⁸⁶⁶*Ibidem*.

⁸⁶⁷ Hasta antes de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, la jurisprudencia española se expresaba en los siguientes términos: “El comiso es una pena accesoria íntimamente unida no a la ejecución del delito sino a la imposición de la pena, aún cuando no sea nunca imperativa”. Así por ejemplo, entre muchas otras, STSE N^oREC 2361/1995, N^oRES 52/1997, 21.01.1997. Como expresa AGUADO CORREA, Teresa, “El comiso de las ganancias...”, *op. cit.*, p. 7: “el comiso deja de ser una consecuencia accesoria de la pena para pasar a ser la consecuencia accesoria de una acción típica”.

⁸⁶⁸ *Vid.*, en este sentido y con amplios ejemplos jurisprudenciales, *ibídem*, pp. 16 ss.

⁸⁶⁹ Comisión Europea de Derechos Humanos, No. 12386/1986.

⁸⁷⁰ Comisión Europea, “Green Paper: The Presumption of Innocence” (Comisión Europea, COM(2006)174 final, Bruselas), http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2006/com2006_0174en01.pdf, citando *Welch v. United Kingdom* No. 17440/90 (9 de febrero de 1995), *Philips v. United Kingdom* No. 41087/98 (5 de julio de 2001).

⁸⁷¹ *Dassa Foundation v. Liechtenstein*, Eur.Ct.H.R., Application No. 696/05 (julio 10, 2007) (legislación retroactiva NCB sin violación de la Convención); *Walsh v. Director of the Assets Recovery Agency* [2005] NICA 6 (Corte de Apelaciones en Irlanda del Norte). (Procesos de decomiso de activos NCB declarados como procesos civiles que no comprometen el artículo 6(2) de la Convención).

materia. La jurisprudencia indica que existen ciertas características y condiciones bajo las cuales estos procedimientos *in rem* podrían ser compatibles con las garantías fundamentales⁸⁷².

Un aspecto importante a tener en cuenta es si esta medida procede de forma retroactiva contra adquisiciones ilícitas obtenidas antes de la aprobación legislativa de esta figura. Sin duda, desde el punto de vista político criminal es de particular importancia permitir la aplicación retroactiva del comiso NCB para recuperar las riquezas expoliadas mediante la corrupción de funcionarios que estén o han estado en el poder y han impedido la aprobación de leyes que contemplen esta medida o, incluso, han promovido su derogación en caso de existir previamente. Pero, desde el punto de vista del respeto al principio de legalidad esta cuestión nos representa serias dudas. En el marco de la aprobación legislativa del decomiso NCB de productos ilícitos generados y adquiridos antes de la entrada en vigor de las

⁸⁷² Entre los principales criterios del Tribunal Europeo podemos señalar los siguientes:

- El Tribunal analizó en *Welch v. UK* la compatibilidad de este régimen con el principio de legalidad establecido en el artículo 7 del Convenio Europeo de los Derechos y Libertades Fundamentales. Así afirmó que la naturaleza penal o civil del decomiso no dependía del procedimiento que se asignara en el derecho local –pues el concepto de pena es autónomo de las legislaciones internas–, sino de las características que rodean el procedimiento. Para el tribunal el decomiso será una sanción penal si: la determinación del monto del decomiso está con base en el grado de responsabilidad del autor o gravedad del hecho, si es posible sustituir el decomiso o el impago por la aplicación de una pena privativa de libertad.

- En *Butler v. UK*, el Tribunal examinó el procedimiento para determinar si el decomiso implicaba la aplicación de una pena. Y sostuvo: “La orden de decomiso fue una medida preventiva y no puede compararse con una sanción penal...”

- En *M v. Italia*. En Italia las leyes antimafias establecen que las personas deben destruir la presunción sobre el origen ilícito de los bienes. El Tribunal desestimó que estas leyes violaran la presunción de inocencia. Para ello, el Tribunal se basó en las garantías que rodeaban el procedimiento.

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias del 22 de febrero 1994, *Raimondo vs. Italia*; 15 junio 1999, *Prisco vs. Italia*; 4 de septiembre 2001, *Riela vs. Italia*) ha afirmado la conformidad de a los principios de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, del decomiso previsto en la ley italiana antimafia en tanto cumpla con determinados requisitos, a saber:

- previsto en la ley;
- dirigido a un objetivo legítimo, como el contraste a las organizaciones criminales como la mafia;
- proporcional a los objetivos perseguidos;
- impuesto de conformidad a un proceso judicial

respectivas leyes, esta cuestión ha sido sometida a consideración de tribunales pertenecientes tanto al sistema del *como la* como del *civil la*, los cuales, en general, han sostenido que las prohibiciones ex post facto no se aplican porque este tipo de decomiso no es de naturaleza penal, sino más bien una consecuencia de derecho civil del hecho de que el perpetrador u otros beneficiarios obtuvieron los activos mediante un acto ilegal. Igualmente, han considerado que el decomiso NCB no es una pena, puesto que la acción de decomiso NCB no depende de una condena penal y puesto que el delito determinante ya constituía una acción típica en el momento en que fue cometida y el sujeto activo nunca tuvo una posesión legítima de la propiedad, la disposición normativa del comiso NCB puede aplicarse retroactivamente sin violar principios fundamentales y disposiciones constitucionales⁸⁷³. Esta cuestión, desde nuestro modesto punto de vista, requiere un estudio particular que por obvias razones no puede ser llevado a cabo en esta sede.

Así, son las características del comiso *in rem*, a saber:

- podría ser sometido a estándares probatorios y a los principios que rigen los procedimientos administrativos o civiles;
- La carga de la prueba sería más favorable al Estado;
- Podría ser aplicado por una autoridad diferente de un tribunal de justicia;
- Procedería contra personas jurídicas con independencia de su responsabilidad penal;
- Procedería contra herederos;
- Se puede aplicar retroactivamente;
- Existe evidencia insuficiente para proseguir con un proceso penal;
- Es efectivo aún con la existencia de un régimen de inmunidades, amnistía, etcétera.

⁸⁷³ *Vid.*, para una amplia reseña de estas resoluciones jurisdiccionales, *ibídem*, pp. 47-48, Recuadro 5.4.

En definitiva, como hemos dicho *supra*, el criterio fundamental a determinar es la naturaleza de la medida aplicable. En el caso del decomiso NCB no constituye una “sanción” o “castigo”, sino que, como declaró la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *United States v. Urce*: el decomiso de activos NCB *In rem* constituye una sanción remedial civil, distinta de las penalidades civiles potencialmente punitivas *in personam* tales como multas.⁸⁷⁴ Con similares consideraciones han resuelto otras jurisdicciones⁸⁷⁵. Tan solo para ilustrar al respecto con otro ejemplo, la Corte de Apelaciones de Irlanda del Norte sentenció: “El propósito primordial es el de recuperar los productos del crimen; no constituye un castigo para el demandante en el sentido normalmente contemplado en una sanción penal”⁸⁷⁶. Evidentemente, una vez el quid de la cuestión gira en torno a la naturaleza jurídica de la medida. Hay que tener en cuenta que el decomiso NCB no se dirige contra la persona en el sentido de buscar infligir un castigo más allá de la recuperación de activos que no pertenecen legalmente a esta y, como tales, aunque obviamente causan un impacto en el demandado, estas son predominantemente acciones *in rem*⁸⁷⁷.

c) Comiso de los instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado el delito

El caso del comiso de los instrumentos del delito o destinados a su ejecución (*Instrumenta Scaeleris*), para una importante parte de la literatura constituye una especie de medida de seguridad, cuyo fundamento y finalidad es la protección de la colectividad frente a la peligrosidad objetiva de los

⁸⁷⁴ *United States v. Ursey*, 518 U.S. 267, 278 (1996).

⁸⁷⁵ *Vid.*, con amplias referencias jurisprudenciales, GREENBERG, T. S./SAMUEL, L. M./GRANT, WINGATE, G./GRAY, L., *Recuperación de activos robados...*, *op. cit.*, p. 29, notas 46 y 50.

⁸⁷⁶ *Walsh v Director of the Assets Recovery Agency* [2005] NICA 6, parág. 39.

⁸⁷⁷ *Ibidem*, pp. 61-62.

instrumentos, en los cuales existe el peligro de que vuelvan a ser utilizados para la comisión de otros delitos o que son peligrosos por su propia naturaleza (drogas, explosivos, desechos o residuos tóxicos, elementos radiactivos, etc.)⁸⁷⁸.

Si bien es cierto, con carácter general, esta categoría de comiso tiene más naturaleza de medida de seguridad⁸⁷⁹. Sin embargo, con carácter particular, no alcanzamos a entender en el párrafo primero del art. 121.1 CPE un fundamento más allá del meramente retribucionista cuando el comiso se ordena sobre bienes que no representen una especial peligrosidad, sean de lícito comercio u origen legítimo acreditado solo por el hecho de que estos hayan servido para preparar o ejecutar el delito de que se trate. Por lo tanto, en nuestra opinión, en este caso sí estamos indiscutiblemente ante una pena y no ante una medida de seguridad. Porque si el fundamento del comiso de instrumentos del delito o falta se encuentra en la peligrosidad de la cosa, su finalidad no ha de ser otra que la de eliminar la peligrosidad, pero cuando la cosa de que se trata no posee una peligrosidad intrínseca, inherente al objeto, el fundamento del comiso se encuentra en la retribución⁸⁸⁰.

⁸⁷⁸ *Vid.*, entre otros, CARZOLA PRIETO, Soledad, "El comiso. Ganancias procedentes del delito en relación con la sentencia de 29 de julio de 2002. Caso Banesto". En: BARJA DE QUIROGA, Jacobo; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coords.), *Dormática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. T. I. Madrid/Barcelona: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset/Marcial Pons, 2004, p. 81; también con abundantes ejemplos y la bibliografía ahí citada, VIZUETA FERNÁNDEZ, J., "El comiso de los efectos...", *op. cit.*, pp. 14 ss y 23. Aunque este último autor este autor afirma un fundamento de peligrosidad en general tanto para los efectos (para usar la terminología del legislador español) como de los instrumentos del delito.

⁸⁷⁹ *Vid.*, en sentido contrario, CORTÉS BECHIARELLI, E., "Valoración crítica de la reforma...", *op. cit.*, p. 115. Sin embargo, este autor afirma que el comiso por valor equivalente erradica la posibilidad de que el comiso de los instrumentos o medios se trate de una medida de seguridad, pues para él, el comiso por equivalente viene a significar "que la razón de ser del comiso no es la capacidad lesiva del objeto retirado, sino claramente otra más retribucionista".

⁸⁸⁰ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., "El comiso de los efectos...", *op. cit.*, p. 18: "Determinar el grado de peligro necesario para considerar a un objeto *peligroso* a los efectos de este comiso, no es labor fácil. No ha de bastar, en nuestra opinión, con una mera –llamémosla remota– posibilidad de que el objeto cause, por sí solo o a través de su utilización no contraria al ordenamiento jurídico, un perjuicio a un bien jurídico protegido, o de que sea utilizado en el futuro para la realización de una conducta antijurídica. Tampoco creemos que deba exigirse la probabilidad de estos extremos. El juez, por tanto, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, debería

CORTÉS BECHIARELLI, no duda de que muchas veces esta categoría de comiso se haya impuesto “por asegurar, sin más, la satisfacción de la responsabilidad civil”⁸⁸¹. En esta línea de idea, resulta paradigmático el caso del comiso de un automóvil, que no se justifica por el pronóstico de peligrosidad futura, pues es un bien de uso cotidiano⁸⁸². Caso distinto es el comiso de un automóvil que ha servido como instrumento en la comisión del delito y que a su vez proviene de éste u otro delito, pues en este caso es una consecuencia lógica ante el delito.

En cambio, cuando el automóvil no deriva del delito en cuestión o de otro ilícito, solo se puede justificar el comiso por valor equivalente con el fin de recuperar el valor de lo ilícitamente apropiado, pero en el entendido de que el comiso de estos bienes opera no por haber sido instrumentos para la planificación o comisión del delito o falta, sino como mecanismo para la recuperación del producto o ganancias de los ilícitos de que se trate. O por otra parte, es justificable desde el comiso ampliado cuando no se logre demostrar el origen lícito de este bien en los términos del segundo párrafo del art. 127.1.

Los problemas que desde el punto de vista de proporcionalidad presenta la regulación del comiso hecha por el legislador penal español en el art. 127 se tratan de ponderar en el art. 128 del CPE. En éste se dice que el órgano jurisdiccional podrá no decretar el comiso, o decretarlo parcialmente, cuando el valor de los objetos o instrumentos del delito sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles.

renunciar al comiso cuando el daño para un bien jurídico o la utilización del objeto para la realización futura de una conducta antijurídica no pasa de ser meramente posible”.

⁸⁸¹ CORTÉS BECHIARELLI, E., “Valoración crítica de la reforma...”, *op. cit.*, p. 115.

⁸⁸² *Ibidem*.

Un sector de la literatura especializada echa en falta en este precepto una referencia expresa al grado de peligrosidad de la cosa objeto del comiso y la importancia del bien jurídico protegido puesto en peligro como extremos a tener en cuenta en la comparación con el valor y naturaleza del objeto del comiso⁸⁸³. Sin embargo, la ausencia de mención expresa a esos criterios no supone que deban despreciarse en una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad, para ello, su reconocimiento resulta inevitable⁸⁸⁴.

Por otra parte, desde la literatura se hace notar que el comiso de los instrumentos con que se haya preparado o ejecutado el delito no debe ser situado junto al comiso de los bienes o ganancias del delito⁸⁸⁵, ya que este último se adscribiría al género de consecuencias lógicas de la infracción que buscan la reparación del daño que se ha causado al patrimonio público. De otra parte, el comiso de los instrumentos se adscribiría a las penas. Por ende, ambas consecuencias poseen fines y fundamentos distintos y se rigen por diferentes principios⁸⁸⁶ y de la vinculación a uno u otro tipo de comiso tienen en la práctica importantes efectos en cuanto a las garantías y derechos en juego.

En consecuencia, si el comiso es una sanción penal debe estar sometido a los principios de culpabilidad, proporcionalidad y legalidad⁸⁸⁷. Aunque pudiera ocurrir que algunos de los instrumentos con que se haya preparado o cometido el delito fuesen obtenidos de manera ilícita por los acusados, o

⁸⁸³ *Vid.*, con ulteriores referencias, VIZUETA FERNÁNDEZ, J., “El comiso de los efectos...”, *op. cit.*, p. 20.

⁸⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁸⁵ Por el contrario, el CPE a partir de su modificación mediante LO 15/2003, de 25 de noviembre, prevé una regulación sistemáticamente unida de ambas figuras. En contra de esta sistemática, CORTÉS BECHIARELLI, E., “Valoración crítica de la reforma...”, *op. cit.*, pp. 113 ss.; AGUADO CORREA, Teresa, “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del código penal”. *RECPC*, nº 05-04, 2003, p. 04:3.

⁸⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁸⁷ Así, STS del 22.09.2002, nº rec: 534/2001, nº res 1528/2002: “Ciertamente el comiso, aunque no incluido en el catálogo de las penas contenido en el artículo 33 del Código Penal, constituye una sanción sometida a los principios de culpabilidad, proporcionalidad, pertinencia y legalidad”.

incluso, que su mera posesión constituya delito (por ejemplo la tenencia ilícita de armas) en la mayoría de casos su decomiso afectará al derecho fundamental de propiedad privada (art. 33 CNE). En este caso el comiso comporta una privación de derechos por lo cual debe estar rodeado de un conjunto de avales más acentuados⁸⁸⁸.

Por otra parte, el comiso como consecuencia lógica (o accesoria, si se acoge la terminología legal española) de la infracción demanda una menor tensión por su propia esencia, en la medida que no alcanzaría los derechos de propiedad del acusado.

d) Comiso del producto del delito

En el análisis que de esta figura se haga debe partirse de qué se entiende por producto del delito. Por objetos producidos hemos de entender, tanto aquellos que se obtienen o crean directa o indirectamente por la conducta ilícita, como aquellos otros que preexistiendo a esta han visto transformada su naturaleza o composición por la realización de este comportamiento⁸⁸⁹.

Son bienes enseres provenientes de un delito o falta los objetos producidos por la realización de la infracción penal⁸⁹⁰. Y por objetos producidos hemos de entender, tanto aquellos que se obtienen o crean directa o indirectamente por la conducta ilícita, como aquellos otros que si bien preexisten a esta, su naturaleza o composición ha sido transformada por la realización de este comportamiento⁸⁹¹. Es decir, que en primer lugar estaríamos hablando de las ganancias que derivan directa y necesariamente de la comisión de la conducta típica o como consecuencia *inmediata* de la misma⁸⁹². La realización

⁸⁸⁸ CORTÉS BECHIARELLI, E., "Valoración crítica de la reforma...", *op. cit.*, pp. 113-112.

⁸⁸⁹ *Vid.*, con ulteriores referencias y numerosos ejemplos, VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, "El comiso de los efectos...", pp. 9-11.

⁸⁹⁰ Así, *ibidem*, p. 9.

⁸⁹¹ *Vid.*, con ulteriores referencias y numerosos ejemplos, *ibidem*, pp. 9-11.

⁸⁹² Así, en este último sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, *Cursiva en original.*

de todos los elementos que configuran el tipo de determinados delitos conlleva a la aparición de estas ganancias⁸⁹³. Ganancia proveniente del delito es, compartiendo la opinión vertida por VIZUETA FERNÁNDEZ, “toda ganancia que tenga su fundamento, que encuentre su principal razón de ser en el delito o falta, y por lo tanto también aquella que se presente como contraprestación de la infracción penal”⁸⁹⁴. Son, en palabras del legislador español, “los efectos” que provienen del delito (art. 127.1 CPE). La realización de todos los elementos que configuran el tipo de determinados delitos conlleva a la aparición de estas ganancias⁸⁹⁵. Tales ganancias serían los caudales públicos sustraídos en un delito de malversación o el soborno pagado en un delito de cohecho. Es, en la terminología del legislador alemán, lo que se ha obtenido *del hecho* (*aus der Tat*, § 73) y lo que se ha obtenido por el hecho (*für die Tat*, § 73). Ya se ha dicho, que en lo que aquí interesa, estaríamos hablando por ejemplo de los caudales sustraídos por un funcionario que tiene a su cargo por razón de sus funciones o de las riquezas nacionales de un país sobre los que recae la acción de expoliación y de los activos en que sea hayan transformado e invertido. En este último caso y en todos en los que la desposesión sea parte estructural de la infracción, como son, por ejemplo, muchos delitos patrimoniales, el comiso se cohonesto con la necesidad de restituir las cosas a sus legítimos dueños⁸⁹⁶.

En segundo lugar, nos encontramos el caso de las ganancias provenientes del delito o falta, que no preexisten a estas conductas, pero se originan o derivan directamente de los objetos producidos por aquellas. Estamos hablando de las rentas, ganancias, beneficios o intereses derivados de las ganancias directas y necesarias del tipo penal –de los efectos, para usar la

⁸⁹³ *Vid.*, con abundantes ejemplos, VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, “El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas”. *RP*, nº 19, 2007, p. 163.

⁸⁹⁴ *Ibidem*, pp. 163-165.

⁸⁹⁵ *Vid.*, con abundantes ejemplos, *ibidem*.

⁸⁹⁶ En similar sentido, QUINTERO OLIVARES, G., “Sobre la ampliación del comiso...”, *op. cit.*, p. r2: 03.

terminología del legislador español—, estas son, en definitiva, los frutos del producto del delito. En nuestra opinión no cabe duda que en el párrafo primero del art. 127.1 están contemplados estos beneficios y pueden ser decomisados cuando este precepto dispone que “toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de... las ganancias provenientes del delito o falta...”⁸⁹⁷

Como recientemente se ha destacado en la doctrina, una de las cuestiones más debatida en los últimos años en la jurisprudencia de algunos países gira en torno a si las ganancias objeto de comiso son los ingresos brutos obtenidos del delito, o exclusivamente las ganancias netas, esto último es, la cantidad resultante de descontar de los ingresos brutos las inversiones y gastos realizados por el infractor para cometer el delito⁸⁹⁸.

El art. 127 del CPE ordena el comiso de las ganancias provenientes de del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”. En la doctrina española hasta ahora poco se ha debatido sobre la cuestión de qué entender por ganancias según la legislación nacional, esto es, si son objeto de comiso las ganancias brutas o simplemente las netas. No obstante la escasez del debate, en pocos puntos se ha llegado a acuerdo⁸⁹⁹. Así, hay algún autor para quien no es posible derivar inequívocamente de la letra de la ley si han de decomisarse todos los ingresos derivados de la infracción penal, o si deben deducirse de tales ingresos los gastos a los que ha tenido que hacer frente el sujeto para la comisión del delito⁹⁰⁰. Para otro, el término ganancias no presenta problemas de interpretación, y a su juicio, alude esencialmente al neto de lo obtenido

⁸⁹⁷ En sentido contrario, VIZUETA FERNÁNDEZ, J., “El comiso de las ganancias...”, *op. cit.*, pp. 165-166.

⁸⁹⁸ Ampliamente, BLANCO CORDERO, I., “El comiso de ganancias...”, *op. cit.*, pp. 1 ss.

⁸⁹⁹ *Ibidem*, pp. 5 y ss., VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, “El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas”. En: *Revista Penal*, nº 19, 2007, p. 171.

⁹⁰⁰ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., “El comiso de las ganancias...”, *op. cit.*, p. 171.

del delito⁹⁰¹. Para otro, el término ganancias no presenta problemas de interpretación, y a su juicio, alude esencialmente al neto de lo obtenido del delito⁹⁰². Esta clase de comiso, en principio, no opera en contra de activos adquiridos de forma legítima por el acusado.

Los diversos instrumentos internacionales que se han referido a esta problemática utilizan el término productos para referirse al objeto del comiso. La UNCAC, por ejemplo, define “producto del delito” como “los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito”. En definitiva, el concepto de productos a nivel internacional es muy amplio y abarca todo lo obtenido del delito, tanto directa como indirectamente. De esta suerte, nos decantamos por la expresión “producto del delito”, comprensiva de las ganancias brutas, como de las transformaciones que estas puedan experimentar, los frutos de las mismas, los bienes sustitutivos, etc.⁹⁰³.

Aquí, compartimos en todo la opinión vertida por BLANCO CORDERO a favor del criterio de las ganancias brutas. Pues,

“parece de sentido común que no es aceptable deducir los gastos relacionados con la comisión del delito. Y no solo por los problemas de prueba, que hacen muy difícil, y en ocasiones imposible, documentar tales gastos, sino por otras razones. La comisión del delito puede dar lugar a gastos, lícitos o ilícitos, pero, en todo caso, instrumentales para la ejecución del mismo. Por ello, no cabe su descuento al constituir, al menos, instrumentos del delito sujetos a decomiso”⁹⁰⁴.

Por supuesto que el comiso de activos provenientes de delitos o faltas no es de modo alguno una pena, no hay privación de derecho legítimo alguno, al

⁹⁰¹ BLANCO CORDERO, I., “El comiso de ganancias...”, *op. cit.*, p. 6.

⁹⁰² *Ibidem*.

⁹⁰³ *Ibidem*.

⁹⁰⁴ *Vid.*, en detalle y abundantes ejemplos, *ibidem*, pp. 6-7.

contrario, en los supuestos de apropiación de patrimonio público se pretende, mediante esta figura de comiso, restituir derechos legítimos que han sido violentados con el hecho ilícito. Por idénticas razones, tampoco es una medida de seguridad⁹⁰⁵. Es decir, que cuando se lleva a cabo el comiso del producto del delito estamos ante un mero restablecimiento del *statu quo* patrimonial previo a la comisión del delito. Esta disposición, según el carácter del delito cometido, puede tener como fin último la búsqueda de la disminución de los efectos del daño causado por la infracción. Esta clase de comiso en modo alguno opera en contra, en principio, de activos adquiridos de forma legítima por el acusado. Es, como explica VIZUETA FERNÁNDEZ, el comiso del producto del delito, “una medida jurídico-pública de restitución o reintegración de toda ganancia que encuentre su principal razón de ser en la realización antijurídica de un delito o falta doloso”⁹⁰⁶. De esta suerte, en general, para este tipo de comiso, por mucho que el delito sea su presupuesto se niega su naturaleza penal⁹⁰⁷.

Asimismo, la imposición de esta categoría de comiso al supuesto de apropiación de las riquezas nacionales puede llevar aparejada la consecución de otros fines que, aunque no son desdeñables, en nuestra opinión no pueden incluirse de forma particular como fines que fundamenten esta institución jurídica.

En consonancia con lo apuntado en el párrafo anterior, hay autores para quienes esta figura “es una consecuencia lógica de la comisión del delito o falta, que entronca con la prevención general negativa”⁹⁰⁸. Según esto, con esta acción, se pretende, entre otras cosas, prevenir el delito evitando que éste sea rentable, o sea, que se pretende que los beneficios económicos que

⁹⁰⁵ En similar sentido, CORTÉS BECHIARELLI, E., “Valoración crítica de la reforma...”, *op. cit.*, p. 119.

⁹⁰⁶ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., “El comiso de las ganancias...”, *op. cit.*, p. 171.

⁹⁰⁷ GRACÍA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias...*, *op. cit.*, pp. 201 ss.

⁹⁰⁸ *Vid.*, CORTÉS BECHIARELLI, E., “Valoración crítica de la reforma...”, *op. cit.*, p. 118.

origine la actividad delictiva nunca sean aprovechadas por su autor, “de modo que la pena privativa de libertad impuesta en cada caso no sea un precio que se está dispuesto a pagar porque el enriquecimiento ilícito lo merezca”⁹⁰⁹. Estos serían meros efectos secundarios para los casos bajo estudio en este trabajo, que de producirse en el caso concreto serían bien recibidos, pero la imposibilidad de alcanzarlos no impide la aplicación del comiso de efectos o ganancias porque son ajenos a la esencia de éste⁹¹⁰.

Igualmente, junto a la idea de la obtención de un enriquecimiento ilícito como fundamento del comiso del producto y frutos de la conducta delictiva, se afirma la probabilidad de que estos beneficios económicos sirvan para financiar la futura realización de otras actividades delictivas. Fundamento que en nuestro modesto entender requiere ser matizado, puesto que los beneficios obtenidos de una forma antijurídica deben ser decomisados porque han lesionado intereses ajenos que deben ser en la medida de lo posible reparados. En otras palabras, los productos y frutos provenientes de un ilícito deben ser decomisados con independencia de quien dispone de ellos lo vaya a emplear para causas ilícitas o lícitas⁹¹¹. En la medida en que se oculten y reconvirtan esos bienes y sean introducidos en los cauces económicos oficiales será aún más difícil recuperarlos de modo que el comiso en cualquier etapa de ese ciclo delictivo tiene finalidad principal recuperar esos bienes y para ello tendrá a veces que impedir o frustrar el ciclo de reconversión de esos capitales.

No obstante lo anterior, existen otros supuestos en los que la ganancias derivadas de la comisión de un ilícito penal no generan como correlato una perjuicio patrimonial de otro sujeto. En concreto, el tráfico de estupefacientes

⁹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 118-119. En el mismo sentido, VIZUETA FERNÁNDEZ, J., “El comiso de las ganancias...”, *op. cit.*, p. 166.

⁹¹⁰ *Vid.*, con referencias, VIZUETA FERNÁNDEZ, J., “El comiso de las ganancias...”, *op. cit.*, p. 167.

⁹¹¹ En similar sentido, pero por una línea argumental diversa, VIZUETA FERNÁNDEZ, J., “El comiso de las ganancias...”, *op. cit.*, pp 166-167.

y sustancias psicotrópicas constituye una fuente incalculable de beneficios económicos y político-criminalmente resulta necesario privar a las personas involucradas en estas actividades del provecho patrimonial obtenido a través de ellas⁹¹². En términos generales, como desde la doctrina especializada se argumenta, el comiso de los capitales obtenidos a partir de este delito cumple con las dos últimas funciones reseñadas en las líneas superiores. Esto es, de un lado, “opera como un poderoso elemento de intimidación tendente a evitar la comisión de ilícitos económicamente productivos”⁹¹³. De otro, se le atribuye la función de impedir que los capitales ilícitamente obtenidos sean destinados a fines ilícitos ulteriores, ya sea para retroalimentar el propio ciclo delictivo, ya sea para consolidar la posición del grupo criminal a través del acceso a los cauces económicos oficiales⁹¹⁴.

De este modo particular, el comiso tiene como función principal impedir la utilización de la riqueza ya generada como resultado del tráfico y comercio ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, “erigiéndose como la consecuencia jurídica más eficaz ante los supuestos de blanqueo, toda vez que trata de combatir el delito mediante la supresión de su propio objeto”.

e) Comiso del valor equivalente

El decomiso “del valor equivalente” o “valor sustitutorio” consiste en el comiso de bienes que pertenezcan a los sujetos responsables del hecho por un valor equivalente a los bienes producto del delito, siempre que estos últimos, por su naturaleza, ya sea porque están ocultos, hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe, o por cualquier circunstancia no sea posible su comiso (art. 127.3 del CPE). La orden se dirige a la persona condenada por el delito, es decir, que este modelo opera *in personam*. Dado

⁹¹² Preámbulo de la Convención de Viena, párrafo sexto.

⁹¹³ *Vid.*, con referencias, FABIÁN CAPARRÓS, E., “Consideraciones de urgencia...”, *op. cit.*, p. 617.

⁹¹⁴ *Ibidem*.

que la forma más habitual de ocultar los activos producto de delitos, es convertir esos activos potencialmente confiscables en otros bienes, el decomiso de bienes no derivados de acciones criminales pero con un valor equivalente permite llevar a cabo las ordenes de decomiso sobre esos bienes cuando los activos producto de delitos no pueden recuperarse debido a las acciones de ocultamiento o lavado que han sufrido⁹¹⁵. De lo contrario, bastaría con que la persona demandada para evitar el cumplimiento de una orden de decomiso de los activos simplemente transfiriera estos a otra persona, los colocara en otra jurisdicción, los transformará en otros bienes o los entremezclara con bienes de origen legítimo.

Respecto a la naturaleza de esta figura, en virtud de su carácter sustitutorio, estará en función de la naturaleza del comiso que supla. Esto es así, porque esta modalidad de comiso entra en juego para suplir –en el sentido de ocupar su lugar o completar– al comiso del producto del delito cuando éste comiso no puede cumplir o solo puede cumplir parcialmente el fin que tiene asignado. “De aquí se deriva que el fundamento y el fin del comiso de otros bienes por un valor equivalente en estudio coinciden con el fundamento y el fin del comiso de ganancias”⁹¹⁶.

En concreto, sobre la naturaleza del comiso de las ganancias de los delitos (*Producta Scaeleris*) de expolio o apropiación de las riquezas nacionales, debe reconocerse su carácter restitutorio de una situación patrimonial acorde con el Derecho⁹¹⁷. Igualmente, como ya hemos dicho respecto a la restitución voluntaria por parte del sujeto infractor de lo expoliado, la restitución forzosa mediante la figura del comiso de las ganancias del expolio tiene una naturaleza restitutoria. Es decir, que cuando se lleva a cabo el comiso de las ganancias o producto del delito estamos ante un mero restablecimiento del *statu quo* patrimonial previo a la comisión del delito. Esta disposición, según

⁹¹⁵ Vid., con mayor detalle, *ibídem*, pp. 40 ss.

⁹¹⁶ VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, “El comiso de las ganancias...”, *op. cit.*, p. 173.

⁹¹⁷ Vid., CARZOLA PRIETO, S., “El comiso. Ganancias procedentes...”, *op. cit.*, p. 81.

el carácter del delito cometido, puede tener como fin último la búsqueda de la disminución de los efectos del daño causado por la infracción. Esto no obsta, igual que en la categoría de comiso estudiada en el apartado anterior, para reconocer que en estos casos el comiso puede tener a su vez una finalidad preventiva en cuanto a evitar la financiación de ulteriores actividades criminales.

Todo lo anterior es así, porque esta modalidad de comiso entra en juego para suplir –en el sentido de ocupar su lugar o completar– al comiso de ganancias o frutos cuando éste no puede cumplir o solo puede cumplir parcialmente el fin que tiene asignado. “De aquí se deriva que el fundamento y el fin del comiso de otros bienes por un valor equivalente en estudio coinciden con el fundamento y el fin del comiso de ganancias”⁹¹⁸.

Por otro lado, teniendo en cuenta todas las razones ya apuntadas, no reconocemos a esta figura ninguna proximidad con pena alguna⁹¹⁹. Por ello, no puede sustituirse el comiso por valor equivalente por la multa como proponen desde la literatura⁹²⁰. Esta modalidad de comiso tiene un carácter subsidiario, en el sentido que solo se impondrá cuando no pueda decretarse el comiso de los objetos o ganancias derivadas del delito. Opera, pues, “como instrumento jurídico que suple, que ocupa el lugar de otra medida cuya aplicación ha devenido imposible”⁹²¹. Además, en aquellos supuestos en los que el comiso del producto y ganancias derivados del delito solo pueda alcanzar parcialmente su finalidad, nada obsta para una aplicación conjunta de este comiso y el comiso por valor equivalente⁹²².

⁹¹⁸ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., “El comiso de las ganancias...”, *op. cit.*, p. 173.

⁹¹⁹ En este mismo sentido VIZUETA FERNÁNDEZ, J., “El comiso de las ganancias...”, *op. cit.*, p. 173. En sentido contrario, CARZOLA PRIETO, S., “El comiso. Ganancias procedentes...”, *op. cit.*, p. 81; CORTÉS BECHIARELLI, E., “Valoración crítica de la reforma...”, *op. cit.*, pp. 119-123.

⁹²⁰ CORTÉS BECHIARELLI, E., “Valoración crítica de la reforma...”, *op. cit.*, pp. 122-123.

⁹²¹ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., “El comiso de los efectos...”, *op. cit.*, p. 28.

⁹²² VIZUETA FERNÁNDEZ, J., “El comiso de las ganancias...”, *op. cit.*, p. 175.

La principal característica de este modelo es que los bienes no mantienen, o no necesariamente, una relación con el delito. Esto permite decomisar bienes sin importar cómo hayan sido adquiridos. En otras palabras, este modelo permite decomisar bienes adquiridos lícitamente por la persona condenada. Si con esta categoría de comiso se busca sustituir los bienes desaparecidos u ocultos por una cantidad en metálico o por otro bien, claramente que la razón de ser de esta medida no es retribucionista sino reparadora. Además, para evitar los problemas asociados al decomiso en poder de terceros, una gran parte de países admiten el decomiso “basado en el valor”.

La introducción de esta figura en España mediante LO 15/2003, de 25 de noviembre de 2003, vino precedida y sucedida por un fuerte rechazo por parte de la doctrina. Debate que a nuestro modo de ver ha estado desenfocado porque el mismo se ha basado principalmente en la atribución de una naturaleza sancionadora o de pena a esta institución jurídica, algo que por las razones ya manifestadas *supra*, aquí rechazamos. A diferencia de lo ocurrido en España, en otros países de su entorno los códigos penales llevan muchos años albergando en su seno categorías de comiso semejantes (así los arts. 73.a y 74.c del *StGB*, y 59.2 del Código penal suizo).

Algún autor encuentra que esta categoría de comiso presenta un inconveniente desde el punto de vista de la prueba, ya que “la más de las veces, devendrá diabólica, sobre todo si la ganancia es monetaria, dado que el dinero es un bien fungible y en el patrimonio del acusado confluirán ingresos lícitos e ilícitos”. Confuso, por que, precisamente por la naturaleza fungible del dinero, lo verdaderamente diabólico sería obligar a demostrar a la parte acusadora el origen lícito o ilícito de cada ingreso –o aun más, de cada unidad monetaria– concluyentes y entremezclados en el patrimonio del acusado⁹²³.

⁹²³ BECHIARELLI, E., “Valoración crítica de la reforma...”, *op. cit.*, p. 121.

No obstante lo anterior, desde distintos sectores y con muchos años previos se venía solicitando la introducción de una regulación penal de esta figura de comiso en la legislación española, que sirviera para reaccionar frente a la imposibilidad de aplicar en determinados supuestos el comiso de los efectos y ganancias del delito⁹²⁴. Dentro de estos sectores una parte importante de la doctrina española se posicionó a favor de este tipo de comiso⁹²⁵. Así, FABIÁN CAPARRÓS, antes de la aprobación en 1995 del vigente CPE escribía sobre el comiso equivalente o del valor sustitutorio: “no cabe la menor duda de que su introducción en el ordenamiento español solventaría los problemas derivados de todas aquellas situaciones en las que sea imposible practicar la confiscación...”⁹²⁶.

La legislación española nada dice sobre qué bienes concretos, pertenecientes a los responsables criminales del hecho, pueden ser objeto de esta modalidad de comiso. Ergo, cualquier bien puede ser comprendido como objeto de este comiso, siempre que tenga un valor equivalente a los activos que son sustituidos.

La disposición del apartado 3 del art. 127 CPE al señalar que se acordará el comiso por un valor equivalente de los bienes señalados en los apartados anteriores a éste, podría plantear la duda de que además de acordarse el comiso de los efectos que provengan de los delitos o faltas y de las ganancias provenientes de los mismos, también se acordará el comiso por un valor equivalente cuando no fuese posible por cualquier razón decomisar los instrumentos con que se haya preparado o ejecutado el delito. Sería el caso, por ejemplo, del autor de una tentativa de homicidio que ha destruido

⁹²⁴ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., “El comiso de los efectos...”, *op. cit.*, p. 24.

⁹²⁵ En este sentido, FABIÁN CAPARRÓS, E., “Consideraciones de urgencia...”, *op. cit.*, p. 621. Con reservas VIZUETA FERNÁNDEZ, J., “El comiso de los efectos”, *op. cit.*, pp. 24 ss.

⁹²⁶ FABIÁN CAPARRÓS, E., “Consideraciones de urgencia...”, *op. cit.*, p. 621.

la escopeta de caza utilizada en la ejecución del delito⁹²⁷. Si se parte, como aquí se hace, de la peligrosidad como fundamento del comiso de los instrumentos con que se ha preparado o ejecutado el delito, sería absurdo ordenar el decomiso de bienes del autor del referido hecho por un valor equivalente a la escopeta destruida. Como el fundamento de esta modalidad de comiso descansa en la peligrosidad de la cosa, y la finalidad que persigue es la eliminación de tal peligrosidad, no es necesario, una vez destruido la cosa que ha servido de instrumento, porque el comiso de otros bienes por un valor equivalente cuando sustituye al comiso de los instrumentos del delito es, como éste, una medida accesoria preventiva de carácter asegurativo⁹²⁸. En este caso falta el fundamento del comiso de los instrumentos del delito. En definitiva, queda claro que el comiso de otros bienes por un valor equivalente cuando sustituye al comiso de los instrumentos del delito no puede acordarse siempre ni de forma automática.

Pero, si este sujeto poseyera otra arma de fuego con la que es probable que vuelva a intentar la conducta delictiva. Esto último evidentemente representa una fuente de peligro y se corresponde con la finalidad del comiso de instrumentos del delito, que no es otra que la neutralización de esa fuente de peligro. En este último caso sí sería procedente un comiso por valor equivalente. Por tanto, cuando se acuerde el comiso por valor equivalente es necesario llevar a cabo una interpretación teleológica-restrictiva de esta figura.

De modo que, la equivalencia no solo debe estar en función del valor sino que también de los fundamentos y fines del comiso. El comiso del valor sustitutivo debe estar guiado por una equivalencia funcional respecto a los

⁹²⁷ Ejemplo propuesto por VIZUETA FERNÁNDEZ, J., "El comiso de los efectos", *op. cit.*, p. 29. Aunque este autor en esa sede dá a este ejemplo una respuesta diversa y en otra sede una respuesta más cercana a la aquí propuesta. En este último sentido, *vid.*, del mismo, "El comiso de las ganancias...", *op. cit.*, p. 163, nota 6.

⁹²⁸ En similar sentido, VIZUETA FERNÁNDEZ, J., "El comiso de los efectos...", *op. cit.*, p. 29.

objetos que son sustituidos. Este es un criterio guía fundamental en la determinación de cuando tiene lugar de forma preferente el comiso por valor equivalente en unos bienes respecto a otros bienes del autor de la conducta típica.

Características:

- Opera *in personam*, por lo que no se afectan derechos adquiridos por terceros de buena fe;
- Procede contra bienes que no mantienen nexos con el delito en cuestión;
- Se dirige contra cualquier bien disponible que pertenezca al condenado;
- Este modelo permite decomisar bienes obtenidos lícitamente;
- El monto del comiso se determina en función de las ganancias producidas por el delito;
- Este comiso evita algunos de los problemas asociados a los bienes obtenidos ilícitamente en poder de terceros.

La principal ventaja que el decomiso equivalente tiene en relación con el modelo objetivo es que el decomiso basado en el valor no requiere rastrear los bienes obtenidos mediante la comisión del delito, sino únicamente determinar su valor. Una vez determinado el valor el decomiso procede contra cualquier activo disponible perteneciente a la persona condenada. De esta forma se permite dar una respuesta adecuada a los supuestos en los que por cualquier motivo lo obtenido ya no esté a disposición del sujeto, bien porque el sujeto ha consumido, destruido u ocultado el objeto del delito o por cualquier otro motivo es imposible proceder a su decomiso⁹²⁹.

Por otra parte, como el decomiso equivalente sólo opera contra la propiedad perteneciente a la persona condenada, no existen riesgos de afectar derechos

⁹²⁹ Vid., con ulterior referencia, AGUADO CORREA, T., "La regulación del comiso...", *op. cit.*, p. 5.

adquiridos por terceros de buena fe⁹³⁰. Así, se resuelve satisfactoriamente estos supuestos, pues permite decretar el comiso de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al objeto que ha sido adquirido por un tercero de buena fe⁹³¹.

En definitiva, sino se contemplase el comiso por valor equivalente bastaría que los autores del delito se deshiciera, consumiera ocultarán los bienes para evitar la acción de decomiso, permitiéndose así un trato desigual respecto al que conserva el producto del delito.

La obvia desventaja del sistema deviene de la posible insolvencia del condenado. Asimismo es una desventaja de este modelo la transferencia de los bienes a personas físicas a quienes a quienes no pueda imputarse un delito de lavado de dinero o la transferencia a personas jurídicas en sistemas que no prevén su responsabilidad penal.

- Posible insolvencia del condenado
- Es posible hacer transferencias a personas físicas a quienes no pueda imputarse un delito de legitimación de bienes de origen ilícitos
- Se pueden hacer transferencias a personas jurídicas en sistemas que no prevén la responsabilidad penal de estas
- Una gran dificultad se presenta cuando los bienes apropiados ilícitamente son de valor incalculable, cultural y/o histórico

Las convenciones internacionales acogen ambos modelos indistintamente, dejando al legislador doméstico la decisión sobre si implementar uno o ambos modelos, y en el último caso, si permitir su aplicación alternativa o subsidiaria. En concreto, entre otros, en el art. 2.1 del Convenio de 1990; el

⁹³⁰ Vid., en detalle, VIZUETA FERNÁNDEZ, J., "El comiso de las ganancias...", *op. cit.*, pp. 173-174.

⁹³¹ Vid., AGUADO CORREA, T., "El comiso de las ganancias...", *op. cit.*, p. 6.

art. 1.3 de la Acción común 98/699/JAI; arts. 1 y 3 de la Decisión Marco 2001/500/JAI.

La mayoría de los países, tanto de tradición continental como de tradición anglosajona permiten ambos sistemas, aunque el decomiso basado en el valor es una alternativa subsidiaria, que opera únicamente cuando el producto del delito no puede ser rastreado.

En España en el artículo 127.3 del Código Penal, se autoriza al juez para decretar el comiso, no sólo de los instrumentos del delito, sino también de los bienes por valor equivalente. Igualmente establece que a fin de garantizar el decomiso, los objetos, los instrumentos y la ganancia del delito, puedan ser embargados y puestos en depósito por las autoridades judiciales desde el momento en que los primeros procedimientos son adoptados.

f) El comiso ampliado

Como advierte CORDERO BLANCO, la configuración clásica del comiso, e incluso modalidades como el comiso equivalente, plantea dificultades de aplicación práctica, sobre todo de carácter probatorio para alcanzar no los instrumentos, sino los productos y ganancias obtenidas de los delitos⁹³². Por esta razón, se está dando a esta medida una configuración que permita fundar la posibilidad de presumir el origen delictivo de los bienes cuya adquisición lícita no pueda demostrarse por el inculpado.

El camino que desde la normativa internacional se ha encontrado para obtener esos objetivos es el denominado “comiso ampliado” o potestad del comiso ampliada⁹³³. Siguiendo las directrices internacionales, en Europa son

⁹³² BLANCO CORDERO, I., “Armonización-aproximación de la legislación...”, *op. cit.*, p. 352; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La reforma del comiso (art. 127)”. En: el mismo (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, 1ª ed., Madrid, 2010, p. 108.

⁹³³ Así: La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, en su art. 5.7; UNTOC en su art. 12.7; y la UNCAC en su art. 31.8; art. 3.4 del convenio del Consejo de Europa, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del

numerosas las legislaciones que, para hacer frente al crimen organizado y en particular al terrorismo, han incorporado disposiciones que amplían considerablemente el campo de aplicación del comiso⁹³⁴. Siendo España el ordenamiento jurídico que más recientemente ha incorporado en su seno esta medida⁹³⁵. Para la doctrina de este país la ampliación que se ha hecho de esta figura prácticamente implica la creación de un *delito de tenencia injustificada de bienes*. Algo, que como hemos podido observar en la reseña realizada, se aconseja y casi exige en los diferentes instrumentos internacionales⁹³⁶.

La LO 5/2010 reforma la regulación del comiso con el propósito de adecuarla a la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, y a la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, sobre la lucha contra el terrorismo. La LO 5/2010 introduce la primera decisión marco, proclamando como ya suele ser habitual en las normas en esta materia, que resulta de singular importancia la transposición de este instrumento, porque, como se recoge en el mismo, uno de los principales objetivos de la delincuencia organizada es el beneficio económico y, “en consecuencia, el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delitos es objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra aquella”.

Compartimos extrañeza con BLANCO CORDERO en cuanto al hecho de que el legislador español en la comentada reforma cite únicamente dos

terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005; art.3 de la Decisión Marco 2005/212/JAI. Todas estas disposiciones sugieren a los Estados invertir la carga de la prueba respecto al origen de los bienes y ganancias productos de las respectivas conductas criminales en juego, siempre que sea compatible con el derecho interno de los Estados.

⁹³⁴ Vid., en detalle, BLANCO CORDERO, I., “Armonización-aproximación de la legislación...”, *op. cit.*, pp. 356-358.

⁹³⁵ Art. 127 del CPE modificado por Ley Orgánica 5/2010.

⁹³⁶ En este sentido, QUINTERO OLIVARES, G., “Sobre la ampliación del comiso...”, *op. cit.*, p. r2: 04.

convenios internacionales en materia de corrupción⁹³⁷, cuando España es signataria de muchos otros instrumentos internacionales en la misma materia con igual o mayor relevancia. Entre ellos destaca, pero paradójicamente por su ausencia, la UNCAC.

La extrañeza se vuelve perplejidad al comprobar que el legislador tras afirmar que “el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delitos es objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra aquella”, para las reformas que introduce a la figura del comiso tiene en cuenta exclusivamente una de las cinco Decisiones marco de la Unión Europea que se aplican a nivel nacional en materia de comiso.

En el plano concreto de las reformas, en el artículo 127.1 del Código penal se introduce un nuevo párrafo que contiene el denominado “comiso ampliado”⁹³⁸. La configuración del comiso en vigor hasta antes de la comentada reforma planteaba dificultades de aplicación práctica, principalmente de carácter probatorio para alcanzar no los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados en la comisión del delito, sino de los productos y de los beneficios derivados de ese producto del delito⁹³⁹. Entonces, el objetivo de este precepto es brindar una base normativa apta para fundar la presunción del origen delictivo de los bienes cuya

⁹³⁷ Los dos convenios citados por la LO 5/2010 son: el Convenio Penal sobre corrupción del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, y el Convenio establecido sobre la base del art. K.3 Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea.

⁹³⁸ Art. 127.1 (2º párrafo): “El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas”.

⁹³⁹ BLANCO CORDERO, I., “Armonización-aproximación de la legislación...”, *op. cit.*, p. 352; QUINTERO OLIVARES, G., “La reforma del comiso...”, *op. cit.*, p. 108.

adquisición lícita no puede demostrarse y cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de una organización criminal o por un “delito de terrorismo”⁹⁴⁰.

En esta nueva regulación se prescinde de la necesidad de establecer una relación causal razonable entre el delito cometido (un delito concreto) y los bienes que posee el autor de éste⁹⁴¹. Sobre esto escribe QUINTERO OLIVARES, que “la equiparación entre lo ‘inexplicable’ y lo ‘delictivo’ es así tenida como la única manera no ingenua de afrontar la lucha contra la criminalidad de nuestro tiempo”⁹⁴². Es reconocido que frente a los objetivos propugnados por la moderna política criminal el derecho español quedaba a la saga de una vía razonablemente practicable para poder alcanzar, no los instrumentos, sino las ganancias y riquezas obtenidas del delito⁹⁴³. Efectivamente, para alcanzar esos objetivos se escogió el camino de la incorporación del comiso ampliado en el art. 127 del CPE.

Lógicamente que esta figura ocupa una posición destacada dentro del debate que busca el precario equilibrio entre eficacia y garantía. Las críticas a esta medida desde la literatura especializada, se producen por su aplicación mediante el relajamiento de las medidas probatorias que pueden entrar en conflicto con el principio de presunción de inocencia y un cuasi-exclusivo interés en la eficacia. La extensión que del decomiso hace el legislador español en la búsqueda de ese equilibrio viene limitada por un criterio de índole cuantitativa⁹⁴⁴ y otro de índole dominical para evitar el paroxismo de extender el comiso a la absoluta totalidad de los bienes del condenado. De esta suerte, el actual texto del CPE establece que a efectos de

⁹⁴⁰ QUINTERO OLIVARES, G., “La reforma del comiso...”, *op. cit.*, p. 108.

⁹⁴¹ QUINTERO OLIVARES, G., “Sobre la ampliación del comiso...”, *op. cit.*, p. 4.

⁹⁴² *Ibidem*. Entrecorillado en original.

⁹⁴³ *Ibidem*.

⁹⁴⁴ *Ibidem*, p. 5.

ampliar el decomiso se entenderá que proviene de actividades delictivas el patrimonio cuyo (1) valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos (2) obtenidos legalmente por cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal o por un delito de terrorismo.

Con la breve mirada hecha al marco jurídico de la Unión Europea, queda en evidencia el desacierto de la reforma del artículo 127 del CPE que se inscribe exclusivamente en la política criminal de control de la delincuencia organizada y se centra en el terrorismo como especie de aquella⁹⁴⁵. Concretamente en la regulación del comiso, el legislador español ha ignorando por completo, ya no solo la escandalosa realidad, sino además, la actual política criminal internacional imperante en materia de corrupción. En este sentido, es muy cuestionable que no se haya previsto el comiso ampliado además de los casos referidos, también de forma específica para los delitos englobables dentro de la corrupción, relacionadas o no con la delincuencia organizada. Hay quienes tras censurar la exclusión en la reciente reforma de la “presunción” de riqueza acumulada del delincuente individual o “no organizado”, se resignan afirmando que la solución adoptada “no puede dar respuesta a todos los sentimientos sociales de escándalos ante obscenas exhibiciones de riqueza cuyo origen no puede explicarse”⁹⁴⁶.

La figura del comiso ampliado para el caso de la corrupción permitiría su aplicación a los bienes que desbordan la capacidad económica aparente del funcionario, aun cuando no pudiera acreditarse la vinculación concreta de estos bienes con un hecho ilícito determinado. Pero, si sería necesario probar que el funcionario viene realizando actividades ilícitas en el ejercicio de la

⁹⁴⁵ *Ibidem*.

⁹⁴⁶ QUINTERO OLIVARES, G., “Sobre la ampliación del comiso...”, *op. cit.*, p. 5. Entrecorillado en original.

función pública y que el valor de los bienes incautados resulta desproporcionado en relación con los ingresos que haya podido obtener legalmente el funcionario condena.

A partir de los delitos de corrupción probados –igual que ocurre con la reciente configuración del comiso ampliado para la criminalidad organizada–, existiría una presunción *iuris tantum* sobre el origen legítimo de los bienes en cuestión.

Este debate, como ya lo anunciábamos está imbricando entre las problemáticas medulares de la persecución penal de la corrupción: las exigencias de responsabilidad y los medios probatorios. Pero en realidad, la presunción sobre el origen ilícito de los bienes no incide en el núcleo de la acción delictiva objeto de enjuiciamiento ni en la imputación de una acción objeto de enjuiciamiento, sino a la inversa, tal como se configura en la legislación, esta presunción opera respecto de personas condenadas por un hecho típico probado en un proceso penal tramitado con todas las garantías. Las consecuencias de esta presunción, por tanto, son exclusivamente patrimoniales y económicos, derivadas en todo caso de la acreditación de la comisión de actividades ilícitas relacionadas con el crimen organizado y de forma particular en el terrorismo, y también deseables para los casos de corrupción⁹⁴⁷. QUINTERO OLIVARES va aun más lejos y reclama la posibilidad de decomisar el patrimonio *desproporcionado a los ingresos* para los delincuentes no integrados en ninguna clase de organización⁹⁴⁸.

Como afirmamos con un importante sector de la doctrina, en la mayoría de casos de corrupción se produce una trama organizada⁹⁴⁹. Sin embargo, tal

⁹⁴⁷ Fiscalía General del Estado, Circular nº 4/2010: *Sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal*, 30 de diciembre de 2010, Madrid, p. 18.

⁹⁴⁸ QUINTERO OLIVARES, G., "Sobre la ampliación del comiso...", *op. cit.*, p. 6. Cursiva en original.

⁹⁴⁹ Así, NIETO MARTÍN, A., "La lucha contra la corrupción...", *op. cit.*, pp. 94-95; con ulteriores referencias MANACORDA, S., *La corruzione internazionale...*, *op. cit.*, pp. 14-16; CUESTA

como queda articulado el comiso, para poder aplicar este instrumento a los casos de corrupción es indispensable en primer lugar demostrar que la comisión de los delitos de corrupción se ha hecho participando o integrando una organización o grupo criminal en los términos del artículo 570 *bis*. No alcanzamos a entender, en este contexto, la razón por la que el legislador decidió no aplicar el comiso ampliado de forma específica a la corrupción.

Por ello, también es de lamentar que en la nueva redacción regida por un sistema de *numerus clausus*, que del artículo 282 *bis* de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim) hace la LO 5/2010, no se hayan previsto los delitos de corrupción siendo que estos son de especial gravedad.

En consecuencia, según el nuevo marco legal, no cabe ninguna posibilidad de aplicar de forma directa el comiso ampliado a la corrupción en cualquiera de sus formas, quedando únicamente la posibilidad de hacerlo en concurso con la tipicidad de criminalidad organizada. Es patente, como afirma QUINTERO OLIVARES, “que queda incomprensiblemente fuera de la ‘presunción’ de riqueza acumulada, por ejemplo, por un funcionario corrupto, respecto del cual sería preciso probar mínimamente que la única explicación posible de su patrimonio es un determinado delito”⁹⁵⁰.

En Alemania, el § 73d del *StGB* prevé la ampliación del comiso (*Erweiterter Verfall*), “...se permite confiscar bienes de personas que no estén directamente envueltas o involucradas en la ofensa, que no han tenido participación dolosa sino que con gravedad culposa facilitan un objeto que más tarde es utilizado para la comisión de un delito (89)”⁹⁵¹.

Colombia- “Se trata de una medida prevista en el Artículo 82 del Código de Procedimiento Penal, que dispone que el comiso procederá sobre los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto

ARZAMENDI, J. L. de la, “Iniciativas internacionales contra...”, *op. cit.*, p. 7; BLANCO CORDERO, I., “Armonización-aproximación de la legislación...”, *op. cit.*, p. 27.

⁹⁵⁰ QUINTERO OLIVARES, G., “La reforma del comiso...”, *op. cit.*, p. 109.

⁹⁵¹ DAVID, P., “Recuperación de activos...”, *op. cit.*

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. Decretado el comiso, los bienes pasarán en forma definitiva a la Fiscalía de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes, a menos que la ley disponga su destrucción o destinación diferente”.⁹⁵²

Esta figura es una de las medidas que más críticas recibe desde la literatura especializada, porque en su aplicación mediante el relajamiento de las medidas probatorias puede entrar en conflicto con el principio de presunción de inocencia⁹⁵³. Diversas demandas han sido presentadas contra las legislaciones de Italia, Reino Unido y los Países Bajos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) motivadas en el hecho de que el comiso ampliado pueden recaer sobre bienes que posiblemente no proceden de la infracción delictiva motivo de la acusación o investigación, sino que se fundamenta en el pleno convencimiento del órgano jurisdiccional nacional de que los bienes de que se trata provienen de otras actividades delictivas desarrolladas por la persona enjuiciada⁹⁵⁴. El TEDH se ha pronunciado en muchas ocasiones sobre el comiso ampliado previsto en las legislaciones

⁹⁵² RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea, “Nuevas tendencias político-criminales en la lucha contra la criminalidad organizada. El modelo procesal de Colombia”. En: NIETO MARTÍN, A./MEJÍA PATIÑO, O. (eds.), *Estudios de Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 378-379.

⁹⁵³ *Vid.*, en detalle FABIÁN CAPARRÓS, E., “Consideraciones de urgencia...”, *op. cit.*, p. 620; BLANCO CORDERO, I., “Armonización-aproximación de la legislación...”, *op. cit.*, p. 352; QUINTERO OLIVARES, G., “La reforma del comiso...”, *op. cit.*, pp. 356-357.

⁹⁵⁴ BLANCO CORDERO, I., “Armonización-aproximación de la legislación...”, *op. cit.*, pp. 358-359.

señaladas y su conformidad con la garantía a la presunción de inocencia prevista en el artículo 6.2 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), según el cual “toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

En este sentido, en el caso particular de Italia resulta paradigmática la *confisca allargata* prevista en la ley antimafia⁹⁵⁵. Según el TEDH esta figura es una medida de seguridad, y no una sanción penal⁹⁵⁶. Para este tribunal, la presunción de inocencia no es aplicable a este comiso, como no lo es a todas las medidas de seguridad porque no presuponen la imputabilidad y la culpabilidad de la persona⁹⁵⁷.

Una consideración muy importante que hace el TEDH es que el comiso del producto del delito puede ser una pena o una medida de carácter civil, dependiendo de las características que rodeen el procedimiento⁹⁵⁸. Así este tribunal sostuvo que si en la determinación del monto del comiso la ley permite al juez utilizar criterios como el grado de responsabilidad del autor o la gravedad del hecho, estos serían indicios del carácter punitivo de esa medida.

VI. El Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas y un Organismo Internacional para la Recuperación de Activos (OIRA)

⁹⁵⁵ Art. 2-ter, Legge 31 maggio 1965 N. 575. Disposizioni contro la mafia.

⁹⁵⁶ *Vid.*, Prisco c. Italia, 15/06/1999, nº 38662/97; Raimondo v. Italia, 22/02/1994. En: Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme 1994, Série A vol. 281, p. 7.

⁹⁵⁷ MAUGERI, Anna Maria, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*. Milán: Giuffrè, 2001, pp. 839-841.

⁹⁵⁸ *Vid.*, en Welch c. United Kingdom”, 9/2/1995, Series A nº 307-A.

Como ya se ha subrayado, el Estatuto de Roma reconoce su función de recuperación y que, es cada vez mayor el consenso internacional acerca de la importancia que tienen en el logro de la justicia para las víctimas la restitución y la reparación, incluidas la indemnización y la rehabilitación. Asimismo, el Estatuto de Roma en el artículo 75 establece el sistema de reparaciones y permite a la Corte “dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas. Para ello, el párrafo 1 del artículo 79 del ECPI reza que “por decisión de la Asamblea de los Estados Partes se establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte”. El Fondo Fiduciario fue creado para desempeñar dos funciones distintas:

- a) aplicar órdenes de reparaciones dictadas por la Corte relativas a casos individuales presentados ante ella (las reparaciones pueden financiarse con el dinero de multas y decomisos dictados contra personas condenadas, y pueden complementarse con “otros recursos” del Fondo Fiduciario); y,
- b) posibilitar la rehabilitación de las comunidades afectadas.

El Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas puede implementar ese tipo de decisiones al ser la parte de reparación de la Corte y debe considerarse como parte integral del sistema del Estatuto de Roma⁹⁵⁹. Habida cuenta de la magnitud y la naturaleza de las reparaciones que son necesarias, la función de la Corte a través del Fondo puede únicamente ser complementaria a una respuesta nacional. Una forma de hacerlo es buscar sinergias entre los proyectos del Fondo Fiduciario y los proyectos de desarrollo y reparación de los Estados.

Por otra parte, es fundamental que los Estados adopten las medidas nacionales oportunas que permitan la recuperación de las riquezas expoliadas, a fin de que pudieran transferirse al Fondo Fiduciario en beneficio del país víctima o de las víctimas individuales y sus familiares.

⁹⁵⁹ Apéndice II: Resumen oficioso preparado por los coordinadores (RC/ST/V/1., p. 101).

Además, consideramos que a nivel internacional y dentro del sistema del Estatuto de Roma se hace imprescindible la creación como dependencia de la Corte (conjuntamente a la Oficina del Defensor Público para las Víctimas, el Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas y la Fiscalía) de un Organismo Internacional para la Recuperación de Activos (OIRA). Allí donde los Estados no pudieran hacerlo por falta de capacidad, un OIRA debe estar disponible y capacitado a poner en marcha el proceso de recuperación de activos y, también, estar dispuesto a ayudarles a los Estados a desarrollar las capacidades en este sector.

Asimismo, es necesaria la creación de un OIRA porque, al igual que a nivel nacional, al instruirse una causa ante un tribunal internacional, debe existir un sistema para la planeación, mantenimiento y disposición de las riquezas, previos al decomiso, que sea expedito y eficiente. Esto es así, porque la gestión de los bienes debe ser orientada en el sentido que deben ser asegurados no únicamente, de ser posible, en la conservación y el mantenimiento de los bienes mismos, sino también en el posible incremento económico de tales bienes. La gestión de bienes, también cuando se trata de un patrimonio realizado con capital criminal, deben ser salvaguardados en la manera más correcta posible, con la aplicación de criterios de gestión no sólo con criterios eficaces sino también eficientes, y debe llegar a resultados previsiblemente útiles y de incremento patrimonial⁹⁶⁰.

Crear un sistema internacional de recuperación de activos efectivo requiere no sólo la adopción y ratificación de instrumentos jurídicos que proporcionen las herramientas adecuadas y una eficiente cooperación de inteligencia financiera y de las autoridades judiciales del país donde se encuentren las riquezas, sino también una infraestructura organizativa con el fin de hacer frente a la miríada de problemas prácticos que ocurren al manejar

⁹⁶⁰ DE PALMA, Angelo, *Manuale delle misure di prevenzione: Linee teoriche e operative*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli editore, 2008, p. 28.

propiedades incautadas y confiscadas, que incluyen la custodia, almacenaje seguro, administración y disposición de dichas propiedades. Los deberes del administrador de los activos pueden ser complejos y requieren familiaridad con asuntos de la ley, finanzas, negocios y bienes raíces. Un programa exitoso de decomisos debe incluir planeación previa a la incautación para considerar las acciones específicas que serán necesarias para custodiar la propiedad particular y analizar si la propiedad debe ante todo incautarse⁹⁶¹.

De fecha reciente, y en este ámbito, cabe considerar las denominadas “sanciones inteligentes” (que también podrían llamarse “sanciones inteligentemente interesadas”) o “selectivas”, impuestas por un país o un grupo de países como represalias diplomáticas o embargos económicos a los gobernantes de otro país. Así llamadas porque no inciden sobre un Estado en su conjunto, perjudicando indiscriminadamente a todos sus ciudadanos, sino que son más *personalizadas*, limitándose a restringir derechos de las élites políticas o entidades cuya conducta fue la causante original de las sanciones, por ejemplo, congelando los activos que posean en el extranjero. Así, resultan paradigmáticas las mencionadas Resoluciones 1970⁹⁶² y 1973⁹⁶³ ambas del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la Decisión 2011/137/PESC, de 28 de febrero, del Consejo de la Unión Europea.

La Resolución 1970 autorizó que la CPI investigara posibles violaciones de derechos humanos cometidas por Muamar Gadafi y el resto de miembros de su gobierno y dictó, entre otras medidas, que todos los Estados Miembros deberán congelar sin demora todos los fondos, otros activos financieros y recursos económicos que se encuentren en su territorio y que sean propiedad o estén bajo el control, directo o indirecto, de Gadafi y su familia. La anterior

⁹⁶¹ GREENBERG, T. S./SAMUEL, L. M./GRANT, WINGATE, G./GRAY, L., *Recuperación de activos robados...*, *op. cit.*, p. 90 ss.

⁹⁶² *Vid.* Anexo II, RES/1970-2011. Aprobada por El Consejo de Seguridad en su 6491ª sesión, celebrada el 26 de febrero de 2011.

⁹⁶³ *Vid.*, Anexo II, RES/1973-2001. Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6498ª sesión, celebrada el 17 de marzo de 2011.

medida, en virtud de la posterior Resolución 1973 (2011) del Consejo de Seguridad, de 17 de marzo de 2011, fue ampliada a los activos financieros y recursos económicos de los principales colaboradores de Gadafi y entidades bajo el control de éste y sus familiares implicados en el funcionamiento de la *Jamahiriya*. Antes, el 25 de febrero, la Unión Europea acordó el bloqueo de los bienes y haberes que en territorio comunitario hubiere de la familia Gadafi, del Fondo Soberano Libio (LIA, por sus siglas en inglés) y del Banco Central Libio⁹⁶⁴.

De esta suerte, diversos países procedieron a congelar fondos del Banco Central Libio, del Banco Exterior Libio, del Fondo de Inversiones Libio, del LIA, de cuentas que el gobierno de Gadafi, que se encontraran en sus respectivas jurisdicciones. Hasta el momento esa inmensa cantidad de fondos congelados en diversas partes del mundo aun no han sido devueltos a Libia.

Por todo, se hace patente la necesidad de un organismo internacional que, además de poner en marcha el proceso de recuperación de activos, se encargue de asegurar, pero sobre todo de la administración, conservación y mantenimiento de los activos. Esto garantizaría una devolución oportuna, organizada, sistemática y de forma sinérgica con el país víctima, ajena a la voluntad e intereses políticos de los países en cuyas jurisdicciones se encuentren los activos o de concesos e intereses políticos internacionales.

VII. Consideraciones de conjunto

La peculiar caracterización del comiso de las ganancias frente al de instrumentos y efectos ha influido de forma decisiva sobre su configuración jurídica.

⁹⁶⁴ DECISIÓN 2011/137/PESC DEL CONSEJO, de 28 de febrero de 2011, relativa a la adopción de medidas restrictivas en vista de la situación existente en Libia (*DOUE* n.º L 58, de 3 de marzo de 2011).

Precisamente por ello, los citados instrumentos internacionales lo han dotado de perfiles especiales: primero, previendo la adopción de amplias medidas cautelares tendentes a su aseguramiento; segundo, estableciendo la posibilidad de que la confiscación pueda recaer sobre los bienes que sustituyan a los originarios e incluso sobre bienes de valor equivalente; finalmente, otorgándole una naturaleza real con en fin de que pueda practicarse al margen de que el titular de los bienes —que puede haber huido o haber muerto, o incluso haber negociado su plena inmunidad tras su abandono del poder desde el que se enriqueció mediante la corrupción— haya sido condenado penalmente, bastando probar la existencia de un nexo entre esa riqueza y la conducta criminal.

Como ya se indicó en el apartado anterior, la finalidad esencial del comiso de las ganancias no es tanto represiva como reintegradora de la situación existente antes de la perpetración del delito. En tal sentido, los actos de corrupción revelan un perjuicio directo e inmediato perfectamente determinado, toda vez que suponen una reducción de los activos a disposición del Estado en que se produzca.

Ante la corrupción, la reparación del daño ha de partir de un presupuesto indiscutible: los bienes deben retornar al Estado —y, con ello, al pueblo, si es que partimos de unas bases democráticas— del que fueron arrebatados.

CAPÍTULO QUINTO

MÁS ALLÁ DE LA NORMA PENAL NACIONAL: LA ARQUITECTURA JURÍDICA INTERNACIONAL PARA LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

I. Introducción

Hemos señalado en otros lugares de este trabajo cómo desde hace muchos años los instrumentos internacionales para el control de la criminalidad, especialmente la organizada, vienen aconsejando, e incluso exigiendo, a los legisladores nacionales en la necesidad de intervenciones cada vez más contundentes sobre los bienes ilícitamente obtenidos por los acusados o sospechosos⁹⁶⁵.

Es indudablemente que sin la evolución expansiva y generalizadora que han tenido los sistemas para prevenir y penalizar la legitimación de activos de origen ilícito, hoy no sería concebible hablar de repatriar el producto de la corrupción, o por lo menos no del modo en que actualmente se hace. En otras palabras, todo el sistema jurídico nacional e internacional creado para darle

⁹⁶⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro, "Introducción. La estrategia de la Unión Europea en la lucha contra los productos de la delincuencia organizada: garantizar que el delito no resulte provechoso (*making sure that crime doesn't pay*)". En: ARANGÜENA FANEGO, Coral (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en la cooperación judicial penal*. Valladolid: Lex Nova, 2010, pp. 350 ss.

persecución penal a la legitimación de capitales ha provisto la plataforma jurídica necesaria para una política de recuperación de activos, en el sentido que la infraestructura legal, que permite investigar, localizar, inmovilizar y decomisar el producto de algunos delitos –en muchos países donde no hay un sistema especial–, constituye una parte importante de las herramientas utilizadas para recuperar activos producto de la corrupción⁹⁶⁶.

In primas, este capítulo prosigue con un estudio que nos permita comprender el vigente edificio jurídico mundial para controlar los activos procedentes de la apropiación ilícita del patrimonio público. Que se encuentra edificado mediante un diseño arquitectónico a tres niveles o por tres elementos constructivos. Pues, como explica la doctrina especializada, “el Derecho penal internacional y, como consecuencia, los esfuerzos internacionales por controlar los productos ilícitos, se basan en un sistema tripartito de niveles”⁹⁶⁷. El primer nivel consta de los tratados multilaterales mundiales, inter-regionales o también llamados globales. El segundo nivel está compuesto por tratados continentales, regionales, subregionales o bilaterales. El tercer nivel es la legislación nacional. El examen de estos 3 elementos se centra a su vez en tres temas: las disposiciones relativas a la apropiación del patrimonio público, las disposiciones relativas a la recuperación de activos y la forma en que funciona la cooperación interestatal. Por ello, este capítulo proseguiremos a ubicar y hacer un balance de las fuentes jurídicas internacionales sobre las que se asienta el vigente edificio jurídico mundial de tutela de las riquezas nacionales ante su apropiación por los gobernantes, la sanción de estas conductas y la recuperación de estos activos.

⁹⁶⁶ JORGE, G., “Introducción...”, *op. cit.*, p. XIX.

⁹⁶⁷ BASSIOUNI, M. Cherif /GUALTIERI, David S., “Mecanismos internacionales de control de las ganancias procedentes de actividades ilícitas” (trad. Isidoro BLANCO CORDERO). *RDPC*, nº 6, Madrid, 1996, p. 65.

II. Sistema global de recuperación de activos producto de la expoliación de las riquezas nacionales

En el primer nivel o techo de este edificio y desde un ámbito universal se encuentran las iniciativas de las Naciones Unidas y las de la OCDE. En las Naciones Unidas merecen ser destacadas las dos convenciones que tratan específicamente el fenómeno de la corrupción: la UNCAC (2005) y la UNTOC (2000). Estas convenciones reflejan el compromiso de las Naciones Unidas por controlar los fundamentos económicos de la criminalidad organizada transnacional, en especial de la corrupción.

1. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción.

Todo análisis sobre los esfuerzos internacionales por controlar las ganancias financieras de la apropiación del patrimonio público, debe comenzar necesariamente por este importante desarrollo en la aplicación del derecho internacional.

La UNCAC es actualmente el principal instrumento internacional con carácter universal creado de forma específica para el control de la corrupción. Representa la muestra más clara de la concretización de ese amplio consenso internacional para la recuperación de los activos derivados de la corrupción como medio de defensa y protección de la integridad de las riquezas nacionales. La apropiación ilícita del patrimonio público y su recuperación entran en la ola expansiva de esas intervenciones que van desde la identificación, hasta la incriminación directa de la tenencia injustificable de bienes pasando por el

comiso o decomiso⁹⁶⁸ y recuperación de activos. Para ello, reiteramos, esta convención configura la recuperación de activos como principio fundamental⁹⁶⁹.

Así, tiene dentro de sus finalidades principales el promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos⁹⁷⁰. Consecuentemente con el mayor uso del comiso penal en los acuerdos bilaterales y en la legislación interna, la Convención en estudio contiene una rigurosa disposición sobre comiso que exige de las partes firmantes la adopción de la legislación necesaria que les permita decomisar los productos o instrumentos empleados o que se pretenden emplear para la comisión de los delitos relativos a la corrupción. Además, se exige a las partes la adopción de medidas para permitir a sus autoridades competentes la identificación, detección y embargo preventivo o incautación de los productos, bienes o instrumentos de cara a su eventual comiso e, incluso, como ya se ha mencionado, introduce el mandato a los Estados parte de adoptar el decomiso NCB⁹⁷¹.

Con el fin de aplicar estos procedimientos y recuperar los bienes “introduce un conjunto cabal de normas, medidas y reglamentos que pueden aplicar todos los países para reforzar sus regímenes jurídicos y reglamentarios destinados a la lucha contra la corrupción”⁹⁷². De modo que, podemos derivar de la UNCAC el *principio de interés superior en la recuperación de los activos producto de la corrupción*, según el cual, la recuperación de estos activos deberá ser una consideración primordial en todas las medidas y decisiones que los

⁹⁶⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia de la receptación civil”. *RECPC*, nº 12-r2, 2010, p. r2: 10, nota 12 (disponible en: <http://criminet.urg.es/recpc>). Como señala este autor; “la palabra ‘decomiso’ es más usual en el régimen administrativo del contrabando”.

⁹⁶⁹ Art. 51.

⁹⁷⁰ Art. 1.b).

⁹⁷¹ Art. 54.1.c).

⁹⁷² ANNAN, Kofi, “Prefacio”. En: *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, Naciones Unidas, Nueva York, 2004, p. iii.

Estados Parte tomen en lo concerniente al control y represión de la corrupción y a este respecto se prestarán la más amplia asistencia entre sí. En La UNCAC marca un hito: respecto de los delitos que regula, ya no deja la restitución de activos exclusivamente a expensas de lo preceptuado por el Estado que confisca, sino que impone la obligación de llevarla a cabo “de conformidad con las disposiciones de la presente Convención y con su derecho interno”⁹⁷³.

La explícita remisión al ordenamiento jurídico del Estado que decomisa, acompañada de un deber genérico de restituir, implica necesariamente un mandato de reforma legal orientado a armonizar la legislación interna de los Estados parte de acuerdo con los fines marcados por la Convención, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno y teniendo en cuenta los derechos de terceros de buena fe⁹⁷⁴.

Esta convención, como fue dicho por el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, KOFI ANNAN⁹⁷⁵, ofrece un nuevo marco para la acción eficaz y la ampliación de la cooperación internacional con un fuerte cariz pragmático, pues su finalidad es evitar y descubrir la corrupción y devolver los beneficios obtenidos.

Para lograr estos objetivos de política criminal, la UNCAC dedica un capítulo completo a detalladas disposiciones que diseñan las obligaciones de aplicación de los Estados y el papel de la cooperación interestatal en materia penal. Entre estas obligaciones se exige a los Estados adoptar las medidas necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación con miras al eventual decomiso del producto de delitos constitutivos de corrupción o el valor equivalente de dicho producto, también de los bienes, equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de tales delitos⁹⁷⁶. Estas medidas también serán aplicables a los

⁹⁷³ Art. 57.1.

⁹⁷⁴ Art. 57.2.

⁹⁷⁵ *Ibidem*, pp. iii-iv.

⁹⁷⁶ Art. 31 (1) y (2).

ingresos u otros beneficios derivados de ese producto, a los bienes en los que se haya transformado o convertido o entremezclado con bienes legítimos, sólo una cantidad igual a los bienes mezclados puede ser decomisada⁹⁷⁷. La UNCAC exige garantizar que las anteriores disposiciones no sean aplicadas en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe⁹⁷⁸.

También los Estados pueden invertir la carga de la prueba en cuanto al origen legal de los bienes y someterse a principios del Derecho interno –una clara indicación de la perspectiva represiva de este instrumento.

Entre sus principales innovaciones está la de conjugar una precisa tipificación de las conductas penales, con la afirmación y la consolidación de los aspectos de cooperación internacional⁹⁷⁹. Entre las conductas que la UNCAC tipifica están la apropiación ilícita y otras formas de desviación de bienes por funcionarios y sugiere la tipificación como delito del enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él⁹⁸⁰.

Para llevar a cabo todas estas disposiciones este instrumento jurídico internacional prevé una amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en dicha convención (art. 46). Incluso se mandata a cada Estados Parte adoptar las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a toda orden dictada por un tribunal de otro Estado Parte para la identificación, la localización, embargo preventivo, incautación y decomiso del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos⁹⁸¹.

⁹⁷⁷ Art. 31 (4), (5) y (6).

⁹⁷⁸ Art. 31.9, 34 y 57.2.

⁹⁷⁹ POLIMENI, Gioacchino, “La convención de las Naciones Unidas contra la corrupción”. En: AA. VV., *La cooperación internacional en contra de la corrupción...*, op. cit., p. 27.

⁹⁸⁰ Art. 20.

⁹⁸¹ Arts. 54.1.b), 54.2.a) y 55.

En el caso de bienes públicos ilícitamente apropiados, el Estado que los haya decomisado, los restituirá al Estado requirente, en cuanto legítimo propietario, sobre la base de una sentencia firme dictada en el Estado Parte requirente. No obstante, el Estado requerido podrá renunciar a exigir para la repatriación de dichos bienes la existencia de esta sentencia extranjera⁹⁸². Bajo el régimen que introduce la UNCAC los países miembros tienen dos posibilidades: abrir un caso nacional basado en pruebas realizadas en el extranjero o hacer cumplir a lo interno una orden extranjera⁹⁸³.

Pero esta convención va más allá al disponer medidas para la recuperación directa de bienes sin decomiso y sin que un país tenga que pedir asistencia jurídica al país donde se entablen las acciones jurisdiccionales. En este sentido, reconoce el derecho de acceso libre a la jurisdicción de los Estados Parte entre sí. De suerte que, de conformidad con los respectivos derechos internos, los Estados Parte deben adoptar las medidas necesarias a fin de brindar a otros Estados Parte el derecho a la tutela judicial efectiva. Que comprende el derecho a ser parte en un proceso que se desarrolle en los tribunales de cualquiera de estos Estados o a entablar ante dichos tribunales una acción civil con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos mediante actos de corrupción⁹⁸⁴. Además, con arreglo a la UNCAC, cada Estado Parte debe adoptar las medidas que sean necesarias a fin de facultar a sus tribunales o a sus autoridades competentes, cuando deban adoptar decisiones con respecto al decomiso, para reconocer el legítimo derecho de propiedad y soberanía de otro Estado Parte sobre los bienes procedentes de los actos criminales contenidos en la denominada Convención de Mérida⁹⁸⁵.

Dentro de convención la prevención y detección de transferencias del producto del delito ocupa un papel relevante. Con estos objetivos, se exigen a

⁹⁸² Art. 57.3.a).

⁹⁸³ Art. 54.

⁹⁸⁴ Art. 53.a).

⁹⁸⁵ Art. 53. c).

las instituciones financieras que verifiquen la identidad de los clientes, adopten medidas razonables para determinar la identidad de los beneficiarios finales de los fondos depositados en cuentas de valor elevado, e intensifiquen su escrutinio de toda cuenta solicitada o mantenida por o a nombre de personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes y de sus familiares y estrechos colaboradores (art. 52.1). Para ello, los Estados Parte deberán adoptar una serie de medidas, entre las que destaca, el notificar, cuando proceda, a las instituciones financieras que funcionen en el territorio del respectivo Estado, la identidad de determinadas personas naturales o jurídicas cuyas cuentas esas instituciones deberán a un mayor escrutinio⁹⁸⁶, el establecimiento de sistemas eficaces de divulgación de información financiera para los funcionarios públicos pertinentes⁹⁸⁷. Asimismo, cada Estado debe facultar a su autoridad judicial o a otras autoridades, para el embargo de los informes bancarios, financieros o comerciales y ningún Estado puede negarse a ello con base en el secreto bancario⁹⁸⁸.

Considerando conjuntamente con estas obligaciones de vigilancia de las instituciones financieras sobre las “personas políticamente expuestas” (PEPs), el innovador precepto de la UNCAC que introduce la posibilidad de que un Estado Parte, sin solicitud previa, remita a otro Estado Parte información sobre el producto de delitos tipificados con arreglo a esta convención, a fin de que la divulgación pueda ayudar al Estado receptor a poner en marcha o proseguir investigaciones o procedimientos judiciales, o pueda formular pedidos de cooperación judicial, entre los cuales se cuentan los destinados a la recuperación de activos⁹⁸⁹.

⁹⁸⁶ Art. 51.2. b).

⁹⁸⁷ Art. 52.5. *Vid.* las recomendaciones del GAFI de donde se han tomado para el art. 52 y también la 3ª Directiva de la UE sobre lavado, aprobada el 26/10/2005.

⁹⁸⁸ Arts. 31.7, 40, 46.8 y 55.

⁹⁸⁹ DAMASO SIMÕES, Euclides: “Sesión especial: cooperación judicial internacional y armonización de leyes en el ámbito europeo”. En: AA. VV., *La cooperación internacional en contra de la corrupción...*, *op. cit.*, pp. 119.

En cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas la UNCAC contempla expresamente la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en delitos relativos a la corrupción. Dicha responsabilidad podrá ser de índole penal, civil o administrativa y será acumulativa respecto de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos⁹⁹⁰.

En la concerniente a la prescripción manda a las partes a establecer un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por los delitos que describe, y un plazo mayor, o bien la interrupción de la prescripción, cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia⁹⁹¹.

Observamos pues que la UNCAC se trata de un texto omnicompreensivo que busca abarcar la fenomenología de la corrupción en todos sus aspectos, con el objetivo central de tratar de impulsar políticas preventivas coordinadas, con participación social, respeto de los principios del Estado de derecho y potenciar la creación por parte de los Estados de órganos especializados y coordinados con independencia institucional y financiera para contrastar la corrupción, así como la adopción de normas y criterios claros y transparentes en cuanto a la contratación y selección de funcionarios y en cuanto a la propias estructuras de los órganos estatales⁹⁹².

En breve, podemos identificar que la UNCAC para facilitar y posibilitar la recuperación de activos producto de la corrupción establece tres principios esenciales de procedimiento⁹⁹³ que son desarrollados a lo largo del articulado: a) que se reconozca en cada ordenamiento el derecho de otros Estados Partes a emprender acciones civiles destinadas a reclamar ante los Tribunales nacionales la titularidad de las riquezas expoliadas, incluyendo la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares, como el embargo preventivo o

⁹⁹⁰ Art. 26.

⁹⁹¹ Art. 29.

⁹⁹² CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, "Iniciativas internacionales contra...", *op. cit.*, p. 22.

⁹⁹³ Art. 53.

incautación⁹⁹⁴; b) que los Tribunales nacionales puedan imponer a los corruptos la obligación de reparar a otros Estados Parte por los delitos cometidos; c) que esos mismos Tribunales o las autoridades competentes en cada caso reconozcan el derecho de propiedad de esos otros Estados Parte sobre los bienes sustraídos, de modo que pueda practicarse, finalmente, su restitución al Estado víctima⁹⁹⁵.

2. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional

Con la UNTOC en 2000, las Naciones Unidas extendieron la regulación del comiso a los bienes procedentes de toda la delincuencia grave. Hasta entonces el comiso de bienes se restringía al campo de los activos derivados del tráfico de estupefacientes y psicotrópicos. La UNTOC tiene en común con la UNCAC su enfoque preventivo. La primera, en su artículo 31 establece una serie de parámetros que se presentan como guías de política criminal para los países⁹⁹⁶.

En cuanto a las medidas de identificación y localización de los objetos de incautación y decomiso o el valor equivalente de los mismos; de los bienes, equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados, en la práctica de los delitos tipificados en la UNTOC; de los ingresos u otros beneficios derivados de ese producto; de los bienes en los que se haya transformado o convertido o entremezclado; son prácticamente coincidentes con la UNCAC (Arts. 12 y 13 de la UNTOC y 31 y 54 de la UNCAC). Además, es destacable que en virtud de la también denominada Convención de Palermo, los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un infractor que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes

⁹⁹⁴ Art. 31.

⁹⁹⁵ FABIÁN CAPARRÓS, E., *Estrategias internacionales desarrolladas...*, op. cit.

⁹⁹⁶ DAVID, Pedro: "Corrupción en el sector público y el enriquecimiento ilícito". En: AA. VV., *La cooperación internacional en contra de la corrupción...*, op. cit., p. 49.

expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno⁹⁹⁷. Esto último es vía hacia un decomiso sin condena.

La UNTOC también prevé la responsabilidad de las personas jurídicas, que podrá ser de índole penal, civil o administrativa y de naturaleza acumulativa respecto a la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que haya perpetrado el delito⁹⁹⁸.

Entonces, la cooperación internacional configurada por estos instrumentos en esta materia se realiza en dos planos: el previo de identificación, localización, embargo preventivo o incautación de los bienes productos o instrumentos del delito (art. 12.2 UNTOC y art. 55.2 UNCAC), y en el plano subsecuente de decomiso de bienes, productos o instrumentos (art. 13.1 UNTOC y art. 55.1 UNCAC). En los procedimientos de identificación previa, localización y embargo preventivo e incautación, predomina el régimen de reconocimiento mutuo de decisiones. Mientras que en el procedimiento para la subsecuente pérdida o decomiso, la UNTOC y la UNCAC coinciden en la aceptación de dos vías alternativas de procedimiento, permitiendo alguna flexibilidad en la escogencia de cómo los Estados dan cumplimiento a los pedidos presentados por otros Estados. Las vías son las siguientes:

Primera hipótesis, el Estado parte requerido transmitirá directamente el pedido a sus autoridades competentes para la ejecución de la decisión de decomiso emitida por el Estado requirente⁹⁹⁹, según el régimen de reconocimiento mutuo.

Segunda hipótesis, el Estado Parte requerido transmitirá el pedido a sus autoridades a fin de obtener de éstas, según el régimen de revisión de sentencias extranjeras, una decisión de pérdida de decomiso que fue declarada

⁹⁹⁷ Art. 12.7.

⁹⁹⁸ Art. 10.

⁹⁹⁹ Art. 13.1.b) UNTOC y art. 55.1.b. UNCAC.

y será después ejecutada, con su derecho interno¹⁰⁰⁰. Frente a estas dos hipótesis, la solución predominante es esta última¹⁰⁰¹.

3. Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales-OCDE

Por su parte, la OCDE quizás sea la organización internacional líder en la promoción del control de la corrupción en relación con el comercio internacional. Los instrumentos anticorrupción de la OCDE son considerados como los potencialmente más efectivos de las actuales iniciativas globales anticorrupción¹⁰⁰², pero aquellos se limitan a los delitos relativos al soborno o cohecho y en mayor grado de especialidad al soborno transnacional o soborno de funcionarios extranjeros. En este sentido el instrumento más importante que en el seno de la OCDE se ha aprobado para hacer frente a la corrupción es la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales.

La OCDE solo desde el *soft law* se ha referido concretamente a la apropiación de fondos públicos y lo ha hecho en las Recomendaciones sobre la mejora de la integridad en la contratación pública¹⁰⁰³. Llamativa e interesante resulta la definición que de integridad hace en el anexo de las mencionadas recomendaciones. Ahí se expresa: “la integridad se puede definir como el uso de los fondos, recursos, activos y autoridad, de acuerdo a los propósitos oficiales previstos y de acuerdo con el interés público”.

¹⁰⁰⁰ Art. 13.1.a) UNTOC y art. 55.1.a UNCAC.

¹⁰⁰¹ DAMASO SIMÕES, E., Sesión especial: cooperación..., *op. cit.*, p. 116.

¹⁰⁰² *Vid.*, en detalle sobre la evolución de la OCDE y los instrumentos adoptados en su seno, PIETH, M., “La armonización del Derecho...”, *op. cit.*, p. 295 ss.

¹⁰⁰³ Recomendación de la OCDE sobre la mejora de la integridad en la contratación pública, de 16 de octubre de 2008- C (2008) 105.

III. Sistemas regionales de recuperación de activos producto de la apropiación del patrimonio público

En el segundo nivel y desde un ámbito continental se encuentran las iniciativas de los sistemas africano, americano y europeo. Estos son los tres pilares regionales del edificio jurídico para la recuperación de activos derivados de la corrupción.

1. La recuperación de activos en el Sistema Africano

a) La Convención de la Unión Africana sobre Prevención y Lucha contra la Corrupción (de 2003)

En el marco de la recuperación de activos cuyos delitos determinantes sean las conductas de corrupción desde una noción amplia de esta, es importante subrayar que las medidas para la recuperación de activos previstas en la AU-CPCC sean probablemente las primeras de su tipo contenidas en un instrumento multilateral para hacer frente a la corrupción. Esto se explica por una buena razón. El continente africano se ha visto debilitado por la hemorragia constante de su riqueza y recursos nacionales a través de actos de corrupción¹⁰⁰⁴. De acuerdo con la Declaración de Nyanga sobre la recuperación y repatriación de la riqueza de África (*Nyanga Declaration on the Recovery and Repatriation of Africa's Wealth. Illegally Appropriated and Banked or Invested Abroad*)¹⁰⁰⁵, se estima que en las últimas décadas entre 20 y 40 mil millones de dólares de

¹⁰⁰⁴ KOFELE-KALE, N., *The International Law...*, op. cit., pp. 192 ss.

¹⁰⁰⁵ Adoptada en Nyanga, Zimbabwe, el 4 de marzo de 2001, por los representantes de Transparencia Internacional de 11 países africanos.

Estados Unidos de América del Norte han sido ilegal y corruptamente apropiados de algunos de los países más empobrecidos del mundo, la mayoría de ellos en África, por políticos, militares, empresarios y otros (pseudo)líderes, que los mantienen en el extranjero en forma de efectivo, acciones y bonos, bienes raíces y otros activos. De hecho, como escribe KOFELE-KALE, la historia moderna de la *estatalidad* africana está llena de actos inimaginables de *explotación indígena*¹⁰⁰⁶.

Como hemos dicho unas líneas más arriba, es típico que la mayor parte de los bienes y riquezas apropiados se depositen en centros *offshore* y casi nunca invertidas en empresas económicamente productivas en los países explotados. En tanto esto ocurre, el país víctima pierde doblemente, pues la riqueza nacional ilícitamente exportada contribuye al problema de la fuga de capitales¹⁰⁰⁷. Además, es típico de estos casos que los individuos involucrados al ser descubiertos huyan para evitar ser procesados en los tribunales nacionales. Una vez más, el Estado víctima pierde por tercera vez cuando a sus ciudadanos se les niega la oportunidad de llevar a estos individuos ante la justicia¹⁰⁰⁸. Por todas estas circunstancias, era imperativo que en una convención panafricana para controlar la corrupción se incluyeran disposiciones estrictas sobre recuperación de activos públicos adquiridos criminalmente y la repatriación de la riqueza nacional exportada.

Así, en lo referente al decomiso e incautación de los productos e instrumentos de los delitos de corrupción establecidos de conformidad con la AU-CPCC, esta última manda la adopción de medidas legislativas necesarias para: a) buscar, identificar, rastrear administrar y congelar o

¹⁰⁰⁶ Así, con números ejemplos y ulteriores referencias, KOFELE-KALE, N., *The International Law...*, *op. cit.*, pp. 192 ss.

¹⁰⁰⁷ En similar sentido, ROSE-ACKERMAN, Susan, "When is Corruption Harmful?". HEIDENHEIMER, Arnold/JOHNSTON, Michael (eds.), *Political corruption. Concepts & Contexts*. 3ª ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002, pp. 365-369.

¹⁰⁰⁸ KOFELE-KALE, N., *The International Law...*, *op. cit.*, pp. 194 ss.

confiscar esos instrumentos o productos; b) la confiscación del valor equivalente de los productos o bienes que se deriven de estos delitos; c) la repatriación del producto de la corrupción¹⁰⁰⁹.

En virtud de esta convención, a petición de un Estado Parte, el Estado Parte requerido tiene la obligación, en la medida que lo permita su legislación, de tomar y entregar a) cualquier objeto que pueda servir como prueba del delito en cuestión, o b) hayan sido adquiridos como resultado del delito por el que se solicita la extradición, incluso si la extradición es denegada o si el acusado si el inculpado muere, desaparece o se fuga¹⁰¹⁰.

Finalmente, dentro de la misma AU-CPCC se prevé un mecanismo de monitoreo y seguimiento para garantizar que su observación sea respetada y no se violen sus preceptos. Para lo cual, se establece la creación de un Consejo Asesor sobre corrupción en los países de la AU¹⁰¹¹.

Asimismo, en el continente africano existen otros instrumentos a nivel subregional, merecen destacarse, entre otros:

b) Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de Desarrollo del África Austral

El Protocolo SADC manda a los Estado Parte a adoptar las medidas que sean necesarias para el decomiso del producto derivado de delitos en él tipificados o del valor equivalente de dicho producto¹⁰¹². Para ello, de conformidad con su legislación nacional aplicable y los tratados pertinentes u otros acuerdos que puedan estar en vigencia entre ellos, los Estados Parte se prestarán la más amplia asistencia posible en la identificación, rastreo, localización, inmovilización, incautación y confiscación de bienes,

¹⁰⁰⁹ Art. 16.1.

¹⁰¹⁰ Art. 16 (2) y (3).

¹⁰¹¹ Art. 22.

¹⁰¹² Art. 8.1.

instrumentos o productos obtenidos, derivados o utilizados en la comisión de delitos tipificados de conformidad con el protocolo en referencia¹⁰¹³.

Asimismo, para la consecución de estas medidas, se dispone en el Protocolo SADC facultar a los tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Ante estas medidas no se podrá invocar el secreto bancario¹⁰¹⁴. Para llevarlas a cabo los Estados Parte deben prestarse la más amplia cooperación judicial y asistencia legal recíproca¹⁰¹⁵.

Para la implementación del Protocolo SADC se prevé la creación de un comité integrado por los Estados Parte¹⁰¹⁶.

c) Protocolo sobre la lucha contra la corrupción de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental

El Protocolo sobre la lucha contra la corrupción de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (en adelante, Protocolo CEDEAO)¹⁰¹⁷, en su art. 13 prevé la incautación y la confiscación de bienes o elementos sujetos a eventual confiscación, de las ganancias y del valor equivalente de los mismos. Además de facultar a los tribunales para ordenar la entrega o incautación de documentos bancarios, comerciales o financieros. No pudiéndose invocar el secreto bancario para rechazar cooperar con el Estado requirente.

¹⁰¹³ Art. 8.4.

¹⁰¹⁴ Art. 8.2.

¹⁰¹⁵ Art. 10.

¹⁰¹⁶ Art. 11.

¹⁰¹⁷ Economic Community Of West African States Protocolo on the Fight against Corruption (ECOWAS Protocol)/Protocole sur la lutte contre la corruption de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (Protocole CEDEAO).

Mediante el Protocolo CEDEAO los Estados Parte han asumido el compromiso de establecer una Comisión Técnica para la supervisión del presente protocolo¹⁰¹⁸.

2. La recuperación de activos en el Sistema Interamericano

Los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Partes en las tres sucesivas Cumbres de las Américas (II Cumbre- 1998-Santiago, Chile; III Cumbre-2001-Quebec City, Canadá; IV Cumbre-2005-Mar del Plata, Argentina) más una cumbre extraordinaria (2004, Nuevo León, México), a través de las respectivas Declaraciones de Principios y Planes de Acción han reiterado el compromiso de defender la democracia, entre otras, contra la grave amenaza que representa la corrupción. De igual forma, han asumido el compromiso, en conformidad con los respectivos marcos legales, de dar un decidido respaldo al estudio del problema del lavado de los bienes o productos provenientes de la corrupción. Especialmente, la Declaración de Nuevo León expresa:

“En el marco de nuestra legislación nacional y normas internacionales aplicables, nos comprometemos a negar acogida a funcionarios corruptos, a quienes los corrompen y a sus bienes, y a cooperar en su extradición, así como en la recuperación y la restitución de los activos producto de la corrupción a sus legítimos propietarios. Asimismo, nos comprometemos a perfeccionar los mecanismos regionales de asistencia jurídica mutua en materia penal y su implementación”.

¹⁰¹⁸ Art. 19.

En la Declaración de Quito sobre Desarrollo Social y Democracia frente a la Incidencia de la Corrupción¹⁰¹⁹ y en la Declaración de Managua¹⁰²⁰ los Estados Parte reiteraron este compromiso. Asimismo, en esta última declararon:

“la disposición a promover la adopción de acuerdos internacionales, de medidas legislativos y de otro género que sean necesarias para que las autoridades competentes del Estado requerido puedan devolver los bienes decomisados o confiscados al Estado requirente, en caso de delitos de corrupción o de lavado de activos cuyo delito precedente sea de corrupción”.

Teniendo en cuenta estos compromisos y declaraciones, así como la Declaración de Nuevo León, con el propósito de considerar medidas concretas adicionales para aumentar la transparencia y contrastar la corrupción, los Estados Parte adoptaron el Plan de Acción de Managua. El cual como primera de estas medidas concretas contempla que,

“los Estados Parte a solicitud de otro Estado tomen oportunamente todas las medidas apropiadas, con apego a sus leyes y los instrumentos internacionales aplicables, a fin de rastrear e identificar el dinero producto de actividades ilícitas, propiciando oportunamente el levantamiento del secreto bancario y la aplicación de medidas cautelares para evitar el ocultamiento de fondos”.

A continuación, la acción tercera de este plan contiene el mantenimiento y mejora del uso de mecanismos de asistencia para que se proporcione información útil con fines investigativos y probatorios y se preste ayuda efectiva y concreta que pueda contribuir a privar a los delincuentes del producto de delitos constitutivos de corrupción, así como a recuperar ese

¹⁰¹⁹ Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 08 de junio de 2004.

¹⁰²⁰ Aprobada en la cuarta sesión plenaria de la Reunión de los Estados Parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción, celebrada el día 9 de julio de 2004 en Managua, Nicaragua.

producto y devolverlo a sus legítimos propietarios. En la acción cuarta se considera la necesidad de adoptar un instrumento con el objeto de facilitar la realización de la acción tercera.

En la mencionada *supra* Declaración de Quito se declara la disposición de los Estados Parte a promover la adopción, conforme a los principios fundamentales de la legislación interna, las medidas legislativas y de otro género que sean necesarias para que las autoridades competentes del Estado requerido puedan devolver los bienes decomisados o confiscados al Estado requirente, en caso de apropiación fraudulenta de fondos públicos o de legitimación de fondos públicos que hayan sido objeto de apropiación fraudulenta.

En el Plan de Acción de la Segunda Cumbre de las Américas se sostiene que los Gobiernos darán un decidido respaldo al “Programa Interamericano de Cooperación para Combatir la Corrupción”¹⁰²¹ adoptado por la Asamblea General e implementarán las acciones que allí se establecen. En el marco de este programa, para comprobar la eficacia y dar seguimiento a la implementación de la CICC-OEA, en la Primera Reunión de la Conferencia de los Estados Parte se creó el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación y cumplimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), mediante el

¹⁰²¹ Adoptado durante el vigésimo séptimo período ordinario de sesiones de la Asamblea General, mediante resolución AG/RES. 1477 (XXVII-O/97). El Programa Interamericano de Cooperación para Combatir la Corrupción es un documento amplio, que se pretende omnicompreensivo y trata de promover todo tipo de intervenciones en cuatro ámbitos para la implementación de la Convención: en el ámbito jurídico trata de promover estudios de derecho compara entre los Estados miembros, iniciativas para el estudio que puedan conducir a la elaboración de leyes modelos, actividades; en el ámbito institucional promover el intercambio de experiencias, constituir sistemas de apoyo a las instituciones gubernamentales encargadas del control de la corrupción, prestar servicios de asesoría y capacitación al personal de esas instituciones a solicitud de los Estados miembros; en el ámbito de la sociedad civil se propone emprender una serie de actividades con el objeto de crear, mantener y fortalecer mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción; en el ámbito internacional se propone poner en práctica un sistema de consultas que permita intercambiar experiencias e información entre las instituciones y organismos tanto de derecho internacional como financieros, para enriquecer las perspectivas de cada uno en la lucha contra la corrupción, evitar la duplicación de esfuerzos y evaluar la posibilidad de realizar proyectos conjuntos.

“Documento de Buenos Aires” en mayo de 2001¹⁰²². El MESICIC es un instrumento de carácter intergubernamental establecido en el marco de la OEA para apoyar a los Estados que son parte del mismo en la implementación de las disposiciones de la Convención, mediante un proceso de evaluaciones recíprocas, en donde se formulan recomendaciones específicas con relación a las áreas en que existan vacíos o requieran mayores avances¹⁰²³. Constituye el instrumento marco para dar seguimiento a los compromisos asumidos por los Estados Parte de la CICC-OEA y para analizar la forma en que están siendo implementados. En la “Declaración sobre la Seguridad en las Américas” en 2003, dentro de un enfoque multidimensional, los Estados reconocieron que la corrupción constituye una amenaza a la seguridad de los Estados y se comprometieron a fortalecer el MESICIC.

Por otra parte, la Carta Democrática Interamericana en 2001 establece, entre otros, que “son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública” y “el respeto por los derechos sociales”.

En el Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas, en el capítulo sobre la corrupción, expresa que esta afecta gravemente las instituciones políticas democráticas y privadas, debilita el crecimiento económico y atenta contra las necesidades y los intereses fundamentales de los grupos más desfavorecidos de un país, y que la responsabilidad de la prevención y control de este problema depende tanto de los gobiernos como de los poderes legislativos y judiciales. En esta línea, en el mencionado Plan, se afirma la decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno de apoyar “en el menor plazo posible y tomando en consideración la recomendación de la OEA, el

¹⁰²² Lo refrendaron mediante la declaración suscrita el 4 de junio de 2001, en San José, Costa Rica, con ocasión del trigésimo primer período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

¹⁰²³ *Vid.*, http://www.oas.org/juridico/english/mesicic_intro_en.htm.

establecimiento de un mecanismo de seguimiento para la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, por los Estados Parte de dicho instrumento”.

En la Segunda Reunión de la Conferencia de los Estados Parte (noviembre de 2006, Washington, D.C.), teniendo en cuenta, entre otras razones, que en el período transcurrido entre la adopción del Programa Interamericano de Cooperación para Combatir la Corrupción y el momento presente, “se han dado nuevos desarrollos de gran importancia relacionados con la cooperación internacional y hemisférica contra la corrupción que debieran ser tenido (sic.) en un programa de esta naturaleza...”, se consideró, revisó, actualizó y complemento el Programa Interamericano de Cooperación para Combatir la Corrupción. Así, se aprobó un nuevo texto del Programa, cuya implementación requiere el desarrollo de determinadas acciones, entre las que se cuenta la recuperación de activos¹⁰²⁴.

Desde el propósito de la recuperación de activos producto de la corrupción merecen particular mención tres instrumentos dentro del sistema de la OEA, a saber:

¹⁰²⁴ OEA/Ser.L/XXIII.2.2./ MESICIC/CEP-II/doc.5/06 rev. 2.

“III. RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

1. Continuar facilitando y promoviendo una más amplia cooperación entre las autoridades centrales en materia de asistencia para que se proporcione información útil con fines investigativos y probatorios y se preste ayuda efectiva y concreta que pueda contribuir a privar a los delincuentes de los instrumentos y productos del delito o de su equivalente, así como recuperar esos instrumentos, productos o equivalentes y devolverlo a sus legítimos propietarios de conformidad con su derecho interno e instrumentos jurídicos aplicables.

2. Promover la consideración entre los Estados Parte, de forma complementaria a la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, cuando sea aplicables, para la celebración de acuerdos bilaterales o multilaterales específicos en lo que respecta a la incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito así como para la restitución a sus legítimos propietarios de los bienes obtenidos como consecuencia de dichos actos, derivados de la comisión de delitos tipificados con arreglo a la Convención Interamericana contra la Corrupción y de conformidad con su derecho interno.

3. Promover la capacitación de expertos y servidores públicos en temas de embargos preventivos, decomisos y recuperación de activos”.

a) *Convención Interamericana contra la Corrupción*

En cuanto a las medidas sobre los bienes (art. XV), según este instrumento, los Estados Partes se prestarán mutuamente la más amplia asistencia posible para la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de delitos de corrupción, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto derivado de los mismos. En virtud de lo cual, los Estados Partes al ser requeridos por otros Estados Partes no podrán ampararse en el secreto bancario (art. XVI).

b) *Convención Interamericana sobre asistencia mutua en materia penal*

Esta convención fue adoptada en Nassau, Commonwealth of Bahamas el 05/23/1992 y entró en vigor el 04/14/1996. Según el procedimiento establecido por ella misma para la solicitud, trámite y ejecución de asistencia en cuanto al registro, embargo, secuestro y entrega de objetos: primero, el Estado requerido debe cumplir la solicitud relativa a registro, embargo, secuestro y entrega de cualquier objeto, comprendidos, entre otros, documentos, antecedentes o efectos. En la ejecución de estas medidas la legislación del Estado requerido será aplicable en todo el procedimiento¹⁰²⁵. Segundo, la autoridad central¹⁰²⁶ de una de las partes podrá comunicar a la autoridad central de la otra parte la información que posea sobre la existencia de ingresos, frutos o instrumentos de un delito en su territorio¹⁰²⁷. Finalmente, las partes se deben prestar asistencia mutua, para promover los procedimientos precautorios y las medidas de aseguramiento de los ingresos, frutos o instrumentos del delito.

¹⁰²⁵ Art. 13.

¹⁰²⁶ Según el art. 3, la Autoridad Central será la responsable por el envío y recibimiento de las solicitudes de asistencia.

¹⁰²⁷ Art. 14.

No obstante, el carácter hemisférico de este instrumento, el mismo está abierto a la adhesión de cualquier otro Estado ajeno a esa área geográfica¹⁰²⁸. Asimismo, debe ser interpretado en su sentido amplio que no afecte o restrinja los términos de cualquier convención internacional, bilateral o multilateral que contenga o pueda contener cláusulas que rijan aspectos específicos de asistencia mutua en materia penal, ni las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la materia¹⁰²⁹.

Estas disposiciones, representan el reconocimiento por parte de los Estados miembros de la OEA, de la importancia de la cooperación interestatal en el control de los productos del crimen y fue un presagio de instrumentos más detallados como los abordados *infra*¹⁰³⁰.

c) *Reglamento modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves*

El reglamento¹⁰³¹ es muy amplio, con 21 artículos, en su mayoría extensos y detallados, que entre otras cosas, definen; el decomiso, embargo preventivo o incautación, instrumentos y productos relacionados con actividades delictivas graves, y en especial, con el tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos.

Además, contiene diversas medidas relativas a la cooperación interestatal, entre las que nos interesa destacar la asistencia mutua para la práctica de: incautación o embargo preventivo, o cualquier otra medida cautelar encaminada a preservar la disponibilidad de los bienes, productos o instrumentos para su eventual decomiso¹⁰³². También contempla el decomiso

¹⁰²⁸ Art. 34.

¹⁰²⁹ Art. 36.

¹⁰³⁰ Así, BASSIOUNI, M. C. /GUALTIERI, D. S., "Mecanismos internacionales de control...", *op. cit.*, p. 109.

¹⁰³¹ Adoptado del 18-23/05/1992 en las Bahamas, últimas modificaciones introducidas en Montreal, Canadá en noviembre de 2003.

¹⁰³² Art. 4.

por valor equivalente o el pago de una multa por el valor de tales bienes, productos o instrumentos¹⁰³³. La aplicación de estas medidas no tendrá como impedimento el secreto o reserva bancaria¹⁰³⁴. Asimismo, incluye garantías importantes para los derechos de propiedad de terceros de buena fe¹⁰³⁵.

Especial mención debe hacerse a dos cuestiones. Una, la configuración de la legitimación de capitales como un delito autónomo de cualquier otro crimen¹⁰³⁶. Otra, la inclusión de medidas cautelares y del decomiso sobre bienes, productos o instrumentos relacionados con “actividades delictivas graves”, que incluyen, además de la legitimación de capitales, el tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos; acciones relacionadas con el terrorismo y la financiación del mismo, actos terroristas y organizaciones terroristas; tráfico ilícito de armas; desvío de sustancias químicas; tráfico ilícito de humanos y tráfico de órganos humanos; prostitución; secuestro; extorsión; corrupción y fraude¹⁰³⁷. Por tanto, en la misma dirección que el Convenio sobre blanqueo del Consejo de Europa, este reglamento abarca a un amplio espectro de delitos y no se dirige exclusivamente al tráfico de estupefacientes y psicotrópicos o al terrorismo, lo que viene a romper con la tendencia tradicional.

Empero, la mayor parte de las disposiciones contenidas en el reglamento se refieren a exigencias y restricciones importantes a ser aplicadas a una serie de instituciones financieras definidas con carácter general¹⁰³⁸. Según el reglamento, las instituciones financieras no pueden abrir ni mantener cuentas que figuren bajo nombres ficticios o inexactos y se les exige que

¹⁰³³ Art. 5.2.

¹⁰³⁴ Art. 21.

¹⁰³⁵ Art. 6.

¹⁰³⁶ Art. 2.6.

¹⁰³⁷ Art. 1.

¹⁰³⁸ BASSIOUNI, M. C. /GUALTIERI, D. S., “Mecanismos internacionales de control...”, *op. cit.*, p. 112.

registren y verifiquen detalladamente la identidad de sus clientes¹⁰³⁹. Las instituciones, sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros responsables autorizados serán consideradas penalmente responsables y estarán sujetos a sanciones muy severas cuando tengan participación en un delito de legitimación de capitales ilícitos o financiamiento del terrorismo¹⁰⁴⁰. Los mismos sujetos cometerán delito penal cuando deliberadamente no cumplan con las obligaciones para ellos establecidas en el mismo reglamento¹⁰⁴¹. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que pudiera corresponderle en relación con los delitos recién mencionados, según el reglamento, las instituciones financieras serán sancionadas, entre otras medidas, con la imposición de una multa, la prohibición temporal de realizar transacciones o la suspensión del permiso de operaciones, o suspensión o revocación de la licencia para funcionar como institución financiera¹⁰⁴².

3. La recuperación de activos en el Sistema Europeo

Las iniciativas europeas para hacer frente a la corrupción se han desarrollado tanto en el seno del Consejo de Europa como por parte de la Unión Europea¹⁰⁴³. En ambos contextos además de producir una regulación dirigida a la prevención y persecución penal de la corrupción, también se ha incidido en la llamada corrupción en el sector privado¹⁰⁴⁴. Problemática, esta última que excede los límites impuestos al presente trabajo.

¹⁰³⁹ Art. 11.

¹⁰⁴⁰ Art. 15 (1) y (2).

¹⁰⁴¹ Art. 15.3.

¹⁰⁴² Art. 15.4.

¹⁰⁴³ Como es sabido, el Consejo de Europa es una organización internacional de ámbito regional distinta de la UE e integra Estados que no pertenecen a esta. Del Consejo de Europa han nacido convenios tan relevantes como el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹⁰⁴⁴ *Vid.*, Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

a) Consejo de Europa

Para el Consejo de Europa hacer frente al crimen organizado ha sido una prioridad. Es así que en su seno se han desarrollado múltiples iniciativas que se han traducido en diferentes tipos de instrumentos, recomendaciones de ministros en relación con las reglas y principios para el control de la corrupción¹⁰⁴⁵, códigos de conductas para los funcionarios¹⁰⁴⁶, pero sobre todo en instrumentos de carácter normativo para hacer frente a la corrupción, como son los dos convenios de 1999: el Convenio Civil sobre la Corrupción (número 174 del CE, hecho en Estrasburgo el 04 de noviembre de 1999), en adelante Convenio Civil; el Convenio Penal sobre la Corrupción (Convenio número 17 del CE, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999), en adelante Convenio Penal, y; el Protocolo Adicional al Convenio Penal sobre la Corrupción (hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003) que viene a extender la condición de funcionario, a efectos de corrupción, a personas que intervienen en la resolución amigable de conflictos. Sorprendentemente, por ser contrario a la tendencia político criminal internacional actual, el Convenio Penal adopta una concepción restrictiva de corrupción, que incluye como delitos el soborno, el tráfico de influencias y la legitimación de capitales, dejando fuera la apropiación del patrimonio público. Del mismo modo, el Convenio Civil entiende exclusivamente por corrupción el hecho de solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directamente o indirectamente, un soborno. Por tanto, ambos convenios se encuentran fuera de los marcos de nuestra investigación.

¹⁰⁴⁵ Así, por ejemplo, la Resolución 97 (24) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre veinte principios para luchar contra la corrupción, adoptada por el Comité de Ministros el 06 de noviembre de 1997 en su 101ª reunión.

¹⁰⁴⁶ Entre otras, puede mencionarse la Recomendación Nº R (2000)10 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre códigos de conducta para los funcionarios públicos, adoptada por el Consejo de Ministros en la 106ª sesión el 11 de mayo de 2000. Además y más recientemente, la Recomendación CM/Rec (2007)7 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre una buena administración (adoptada por el Comité de Ministros el 20 de junio de 2007 en la 999ª bis reunión de los Delegados de los Ministros) y el Código de buena administración anexo a dicha recomendación.

Concretamente sobre la recuperación de activos, se ha adoptado en esta materia el Convenio n.º 141 relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990), en adelante *Convenio sobre blanqueo*, y; el Convenio 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 adelante *Convenio sobre la financiación del terrorismo*.

Este último Convenio al estar restringido a los delitos relativos al terrorismo representa una involución respecto al Convenio sobre blanqueo de 1990, que a su vez vino a superar la gran debilidad de la Convención de Naciones Unidas de 1988, su restricción a los delitos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos. De modo que, por obvias razones no entraremos a un estudio de este instrumento, permitiéndonos centrarnos en el primer convenio mencionado en el párrafo anterior.

El Convenio sobre blanqueo, instrumento multilateral abierto a la adhesión de Estados que no sean miembros del Consejo de Europa, ha sido calificado por la doctrina como un excelente ejemplo del enfoque integrado en la cooperación penal interestatal¹⁰⁴⁷. Este convenio supuso éxitos significativos en el reconocimiento de la necesidad de armonizar las legislaciones internas con normas internacionales. También supone un gran avance en cuanto su amplia formulación que abarca a todo tipo de delitos y no se dirige exclusivamente al tráfico de estupefacientes y psicotrópicos o al terrorismo, como hasta entonces hacían todos los instrumentos internacionales relativos al crimen organizado transnacional. De hecho, con este convenio se patentiza y reconoce por primera vez en un instrumento internacional que el tráfico de estupefacientes y psicotrópicos no son las únicas actividades que generan riquezas a las organizaciones criminales. Por ello, coincidimos con

¹⁰⁴⁷ BASSIOUNI, M. C. /GUALTIERI, D. S., "Mecanismos internacionales de control...", *op. cit.*, p. 60.

BASSIOUNI y GUALTIERI al afirmar que el Convenio sobre blanqueo “obtiene mucha de su fuerza de su amplio ámbito y de su tendencia a extender la definición de blanqueo de capitales más allá de los delitos relativos a las drogas”¹⁰⁴⁸.

Asimismo, ofrece un enfoque parcialmente integrado de la asistencia judicial recíproca. Incorpora mecanismos de asistencia judicial recíproca, extradición, transferencia de procedimientos, medidas provisionales y decomiso de los bienes. Así, este instrumento contiene algunas modalidades de cooperación internacional para trabajar en conexión con los instrumentos internacionales.

Uno de los objetivos de este convenio fue obligar a los Estados a adoptar medidas eficaces en sus derechos internos, para combatir los delitos graves y privar a los delincuentes de las ganancias derivadas de aquellos. Concretamente, exige a los Estados ajustar su legislación y adoptar una normativa eficaz para: investigar delitos, aplicar medidas provisionales y decomisar los instrumentos y ganancias de actividades ilícitas. No se trata de una exigencia de armonización legislativa, sino de una medida para posibilitar que los Estados cooperen de manera eficaz. Para alcanzar estos objetivos, el Convenio sobre blanqueo pretende mostrar el modo en que el enfoque integrado puede reforzar la eficacia de la inmovilización e incautación de los bienes en la lucha contra los delitos graves y la legitimación de capitales¹⁰⁴⁹.

En lo que se refiere a la incautación y eventual comiso de los bienes, este Convenio se ha caracterizado por ser uno de los instrumentos internacionales más contundentes. En su objetivo por contrarrestar las bases económicas de las organizaciones criminales, el Consejo de Europa procuró que este convenio incluyera todas las formas de delitos graves que

¹⁰⁴⁸ Con ulterior referencia, *ibidem*, p. 91.

¹⁰⁴⁹ *Ibidem*, pp. 90-91.

generasen cuantiosas ganancias. De esta suerte, para efectos del Convenio sobre blanqueo, se entenderá como *delito principal* todo delito penal que genere un producto que, a su vez, pueda ser el objeto de un delito de blanqueo en la forma establecida por dicho convenio¹⁰⁵⁰. Sin embargo, este mismo instrumento permite a los Estados Parte hacer reservas en las que establezcan que el delito de legitimación de capitales solo será de aplicación a los delitos determinantes especificados en una declaración al momento de la firma o cuando deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión (art. 6.4).

La confiscación (decomiso) de los instrumentos y productos o bienes de valor equivalente, figura como la principal medida a adoptar por los Estados Parte (art. 2) con carácter expresamente obligatorio (art. 13). Así, el Consejo de Europa adopta los dos tipos de métodos comúnmente empleados para privar a los infractores del producto del delito: el decomiso de bienes y el decomiso de valores o de valor equivalente. Según este método, pueden ser decomisados bienes concretos, incluidos: artículos o sustancias cuya posesión es legal, instrumentos empleados en el delito, productos indirectos o directos del delito y bienes sustitutivos por valor y con función equivalentes¹⁰⁵¹.

El segundo método de decomiso adoptado por el Convenio, y todavía adoptado por algunos Estados miembros del Consejo de Europa, el de aplicación del decomiso del valor, de acuerdo con este instrumento, consiste en la obligación de pagar una suma de dinero correspondiente al valor de los productos de un delito, cuando la propiedad sobre la que puede ejecutarse la confiscación esté situada en territorio de la Parte requerida. En estos casos, si cuando se ejecute el decomiso la Parte requerida no obtiene el

¹⁰⁵⁰ Arts. 1 y 6.

¹⁰⁵¹ Con referencia, BASSIOUNI, M. C. /GUALTIERI, D., "Mecanismos internacionales de control...", *op. cit.*, p. 93.

pago, podrá ejecutar la pretensión sobre cualquier bien disponible (de origen lícito o ilícito) a ese fin¹⁰⁵².

A continuación, con acertada lógica legislativa, el Convenio sobre blanqueo introduce, tanto medidas indagatorias, para poder identificar y localizar los bienes que puedan ser objeto de decomiso, como medidas provisionales, para impedir cualquier transacción, transmisión o enajenación de dichos bienes (art.3). Según el presente convenio para ejecutar estas medidas, se prevén facultades a los tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o el embargo de archivos bancarios, financieros o mercantiles sin que pueda alegarse el secreto bancario (arts. 4.1 y 18.7). A la par de esto último, se incluyen técnicas indagatorias especiales que faciliten la identificación y seguimiento del producto y la acumulación de pruebas al respecto. Entre dichas técnicas se incluyen órdenes de seguimiento, vigilancia, intervención de las telecomunicaciones, acceso a sistemas informáticos, así como la orden de que se presenten determinados documentos (art.4.). Sumando principios y medidas generales de cooperación y auxilio en la investigación entre los Estados Parte (arts. 7-10). Mediante el Convenio sobre blanqueo los Estados Parte se obligan, a solicitud de otra parte que haya entablado procesos penales o procesos dirigidos a obtener el decomiso, a adoptar todas “las medidas provisionales necesarias, como el bloqueo o el embargo, con el fin de impedir cualquier negocio, transmisión o enajenación de bienes que, más adelante, podrían ser objeto; de una solicitud de, confiscación o que podrían servir para dar cumplimiento a dicha solicitud” (arts. 11 y 12). Las medidas provisionales mencionadas deben ser ejecutadas de la forma prevista en el derecho interno de la Parte requerida. Antes de dejar sin efecto cualquiera de esas medidas, y siempre que sea posible, la Parte que haya sido objeto de la solicitud dará

¹⁰⁵² Art. 13.3.

la oportunidad a la Parte solicitante de presentar sus razones a favor del mantenimiento de la medida¹⁰⁵³.

En virtud de este instrumento, no podrá ser impedimento para prestar cooperación el hecho de que la persona sometida a investigación o a la que se le imponga una orden de decomiso sea una persona jurídica (art. 18.8.a)). Tampoco podrá ser obstáculo el hecho de que la persona física contra la que se dirige la orden de confiscación haya fallecido o, en caso de persona jurídica, esta haya sido disuelta posteriormente (art. 18.8.b)). Por tanto, puede afirmarse que en el Convenio sobre blanqueo el decomiso es regulado por una acción *in rem*.

Con todo, el presente convenio en su elaboración original disponía de una serie de motivos para denegar la cooperación internacional prevista en su texto. Así, entre las más importantes a saber, podían ser invocadas: la ausencia de doble incriminación; o cuando la solicitud entrañe asuntos de *minimis*; se refiera a un delito de carácter político o fiscal; el principio de *ne bis in ídem*; la prescripción; también es motivo de denegación si la parte requerida no prevé la confiscación para el tipo de delito a que se refiera la solicitud y la ausencia de la persona contra la que se emitió la orden de confiscación, que en opinión de la parte requerida, el procedimiento seguido por la Parte requirente que tuvo como resultado dicha resolución no respetó los derechos mínimos de defensa (art. 18). Si bien, todas estas previsiones son necesarias en la eterna búsqueda del equilibrio entre garantía y eficacia, probablemente el texto del Convenio sobre blanqueo peca de excesivo garantismo cuando permite que se deniegue la cooperación si es contraria a los principios de la legislación nacional de la Parte requerida relativos a los límites del decomiso respecto de la relación entre un delito y un provecho económico que podría ser considerado su producto o bienes que podrían ser considerados sus instrumentos (18.4.b)). De este contrasentido resultaría,

¹⁰⁵³ Art. 12.

por un lado, que los infractores puedan conservar las ganancias o frutos derivados de los bienes muebles o inmueble, dinero o valores ilícitamente obtenidos, o bien, por otro lado, que los infractores puedan conservar los bienes que han servido como instrumentos para llevar a cabo acciones delictivas, en consecuencia se desatiende la peligrosidad objetiva derivada del hecho de que los bienes puedan ser utilizados para la comisión de otros hechos delictivos.

Finalmente, es de destacar que el convenio en análisis asegura que las partes interesadas afectadas por el decomiso o las medidas provisionales tengan recursos jurídicos eficaces para preservar sus derechos¹⁰⁵⁴.

Por otra parte, entre las entidades especializadas surgidas a partir del Consejo de Europa destaca el Grupo de Estados Contra la Corrupción (GRECO), creado por el Consejo de Europa en 1999, el cual tiene como misión fundamental supervisar el cumplimiento de los instrumentos jurídicos desarrollados por el Consejo de Europa relativos al contraste de la corrupción. Para ello, este grupo ha seguido una ruta similar a los mecanismos de seguimiento introducidos por la OCDE¹⁰⁵⁵. Es decir que, el objetivo del GRECO es mejorar la capacidad de sus miembros para confrontar la corrupción mediante el control del cumplimiento de tales instrumentos a través de un proceso dinámico de evaluación mutua y la presión entre semejantes (*peer pressure*). El enfoque del Consejo de Europa en el control de la corrupción siempre ha sido multidisciplinar y consta de tres elementos interrelacionados: el establecimiento de normas y estándares europeos, la vigilancia del cumplimiento de las normas y la creación de capacidad ofrecida a los distintos países y regiones, a través de la

¹⁰⁵⁴ Art. 5.

¹⁰⁵⁵ PIETH, M., "La armonización del Derecho...", *op. cit.*, p. 306. Este autor destaca que los informes de la OCDE son más explícitos en comparación a los realizados por el GRECO, que antes de ser publicados son pasados por filtros diplomáticos.

cooperación técnica. De este modo, el GRECO apoya a los Estados para que cumplan con los compromisos en la materia.

La pertenencia al GRECO no se limita a los Estados miembros del Consejo de Europa. En efecto, cualquier Estado que participe en el acuerdo parcial ampliado, podrá adherirse al GRECO, previa notificación al Secretario General del Consejo de Europa. Además, cualquier Estado que pase a ser parte de las convenciones Penal o civil sobre la corrupción, automáticamente se adhiere al GRECO y a sus procedimientos de evaluación. En la actualidad, el GRECO está compuesto por 48 Estados miembros (47 Estados de Europa y los Estados Unidos de América)¹⁰⁵⁶.

b) Unión Europea

En el marco de la Unión Europea (en adelante UE), para sus EEMM contrastar la criminalidad en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza es un objetivo primordial y así lo consagra su tratado constitutivo al ofrecer a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores¹⁰⁵⁷. Recientemente, el Consejo Europeo en el primer punto del Programa de Estocolmo insiste en la prioridad que concede al desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Fortaleciéndose muy recientemente con el “Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo”¹⁰⁵⁸ (en lo que sigue Plan de acción del Programa de Estocolmo), el cual en primera línea proclama que el espacio de libertad, seguridad y justicia europeo constituye un elemento clave de la respuesta de la UE a los retos globales a largo plazo.

¹⁰⁵⁶ *Vid.*, www.coe.int/greco

¹⁰⁵⁷ Art. 67 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada), en adelante, TFUE.

¹⁰⁵⁸ Adoptado por el Consejo Europeo los días 10 y 11 de diciembre de 2009, Documento del Consejo 17024/09.

La política criminal de la UE para hacer frente a la criminalidad organizada se relaciona con tres frentes de acción en materia penal. En primer lugar, se encuentra la cooperación policial¹⁰⁵⁹; el segundo frente es la cooperación judicial¹⁰⁶⁰, y; el tercero se relaciona con la armonización de las leyes penales¹⁰⁶¹. Estos tres frentes, como no podía ser de otro modo ante la actual política penal internacional, se encuentran recorridos de forma transversal por una estrategia político criminal dirigida a asfixiar económicamente a los infractores penales, especialmente a los integrantes de organizaciones criminales, despojándoles de las ganancias que ingresan procedentes de fuentes delictivas o no, pero que en este último caso tienen como objetivo financiar actividades criminales¹⁰⁶². Así, recientemente la Comisión ha declarado que “para atajar las actividades de la delincuencia organizada es esencial privar a sus autores de los productos generados por esas actividades”¹⁰⁶³.

En esta línea, para la UE la corrupción constituye uno de los ámbitos delictivos de especial gravedad y con una dimensión transfronteriza, lo cual, según el propio texto del Tratado de Lisboa, se desprende de su carácter, de las repercusiones de las infracciones contenidas en este fenómeno y/o de una necesidad particular de combatir las según criterios comunes (Capítulo 4, art. 83.1 TFUE). Previamente, en diciembre de 1998, el Consejo Europeo de Viena en sus conclusiones instó a que se reforzara la actuación de la UE contra la delincuencia internacional organizada de acuerdo con el espacio de libertad, seguridad y justicia (Conclusión X-Justicia y asuntos de interior).

¹⁰⁵⁹ Capítulo 5 (arts. 87- 89) TFUE.

¹⁰⁶⁰ Capítulo 4 (arts. 82- 86) TFUE.

¹⁰⁶¹ Arts. 67.3 y 83TFU.

¹⁰⁶² *Vid.*, en el mismo sentido y con ulterior referencia, BLANCO CORDERO, Isidoro, “Armonización-aproximación de la legislación en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito”. En: ARANGÜENA FANEGO, C. (dir.), *Espacio europeo de libertad...*, op. cit., pp. 350 ss.

¹⁰⁶³ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Parlamento Europeo y al Consejo, titulada: “Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que ‘el delito no resulte provechoso’”, Bruselas, 20.11.2008 [COM (2008) 766 final].

Tan sólo un año más tarde, esta línea político criminal se vio reforzada por el Consejo Europeo de Tampere¹⁰⁶⁴ y ratificada en 2004 con el Programa de La Haya¹⁰⁶⁵.

Especial mención merece la octava prioridad que plantea el Programa de La Haya. Esta propone desarrollar y poner en práctica un concepto estratégico en materia de lucha contra la delincuencia organizada a escala de la UE. Asimismo, el anexo de este programa sobre "Lista de medidas y calendario para su adopción" incluye, por un lado, medidas de lucha contra la corrupción, a saber: desarrollo de códigos de conducta sobre ética e integridad de los funcionarios públicos (2007) y la propuesta de establecer ciertas obligaciones para los funcionarios por lo que se refiere a la información sobre sobornos y a su declaración patrimonial y financiera (2008). Por otro lado, entre las medidas para reforzar los instrumentos para hacer frente a los aspectos económicos de la delincuencia organizada, concretamente mediante el fomento de la creación en los EEMM de la UE de unidades de inteligencia especializada en recuperación de activos de origen ilícito. También, el citado anexo contiene una serie de iniciativas para fomentar la utilización de investigaciones económicas como técnica represiva y para establecer unos niveles comunes mínimos de formación (2005-2007)¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶⁴ *Vid.* Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de los días 15 y 16 de octubre de 1999. También, la Evaluación por parte de la Comisión del Programa de Tampere de 2 junio de 2004 en COM (2004) 401 final, de 2 de junio de 2004, "Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: balance del programa de Tampere y futuras orientaciones".

¹⁰⁶⁵ Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia. Aprobado por el Consejo Europeo los días 4 y 5 de noviembre de 2004 [COM (2005) 184 final-Diario Oficial C 236 de 24.9.2005].

¹⁰⁶⁶ El anexo sobre "Lista de medidas y calendario para su adopción" entre las medidas para mejorar el seguimiento y la evaluación del Programa La Haya incluye la realización en el año 2007 de un informe sobre la aplicación de la Decisión marco relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con actividades delictivas; para el año 2009 una evaluación de la política de los Estados Miembros en materia de lucha contra la corrupción y para 2010 una evaluación de las medidas de lucha contra la delincuencia financiera. Este

La última evaluación del Programa de La Haya y del Plan de Acción¹⁰⁶⁷, teniendo en cuenta que la delincuencia financiera y/o organizada generan beneficios importantes y suponen un perjuicio a la economía de la Unión, informa que se ha alentado la creación de oficinas nacionales de recuperación de activos para una detección más rápida de los fondos a nivel de la UE y se ha favorecido un enfoque basado en la información para responder a estas amenazas¹⁰⁶⁸. Por lo que se refiere a la legitimación de capitales, según informa esta evaluación, se ha creado la red informática descentralizada FIU.NET (red de unidades de información financiera) que conecta las unidades de información financiera de la Unión para un intercambio eficaz de información financiera.

Lo anterior es una respuesta coherente con la búsqueda de una forma eficaz de contraste a la delincuencia organizada que requiere entre los EEMM un intercambio expedito de toda información que pueda llevar al seguimiento e incautación de los productos del delito o de bienes equivalentes. Por lo cual, la Comisión abogó por que se reforzaran los instrumentos para hacer frente a los aspectos económicos de la delincuencia organizada, concretamente mediante el fomento de la creación en los EEMM de la UE de unidades especializadas en recuperación de activos de origen criminal.

El Consejo Europeo en el Programa de Estocolmo plantea una estrategia de seguridad interior con el convencimiento de que la mejora de las actuaciones a escala europea, junto con una mejor condición con las actuaciones a escala

documento prevé la mejora de la cooperación europea entre organismos de lucha contra la corrupción estableciendo una red entre autoridades especializadas en lucha contra la corrupción (policiales, judiciales, fiscales y aduaneras) a escala de la UE y transnacional (2008).

¹⁰⁶⁷ Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de la Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la UE (2005/C 198/01). *Vid.* especialmente las acciones previstas para reforzar los instrumentos para hacer frente a los aspectos económicos de la delincuencia organizada [n) –s)], particularmente r), además acciones l)-s).

¹⁰⁶⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones-Justicia, libertad y seguridad en Europa desde 2005: una evaluación del Programa de La Haya y del Plan de Acción {SEC(2009) 765}{SEC(2009)766}{SEC(2009)767} COM/2009/0263 final, en Bruselas, 10.6.2009.

regional y nacional, resulta fundamental para la protección contra las amenazas transnacionales. Entre estas amenazas figuran la delincuencia organizada y concretamente la corrupción. En esta línea, este órgano, en el apartado del presente programa referido especialmente a la delincuencia económica y corrupción, insta a los Estados miembros y, en su caso, a la Comisión a:

- aumentar la capacidad para investigaciones financieras y combinar todos los instrumentos disponibles en Derecho fiscal, civil y penal; debe llevarse a cabo un análisis financiero científico poniendo en común recursos, en especial con miras a la formación; la confiscación de las ganancias ilícitas debería ser más eficaz, y tendría que reforzarse la cooperación entre los organismos de recuperación de activos,
- determinar las ganancias ilícitas de forma más eficaz y confiscarlas y, cuando sea posible, plantearse su reutilización siempre que se encuentren en el espacio común de la UE,
- fomentar el intercambio de información entre las Unidades de Información financiera (UIF) en su lucha contra el blanqueo de capitales;
- movilizar y coordinar las fuentes de información para identificar las transacciones en efectivo sospechosas y confiscar las ganancias ilícitas en consonancia con el Convenio del Consejo de Europa de 1990, por ejemplo mediante legislación sobre si el origen de los ingresos es legítimo o no,
- mejorar la persecución, entre otras conductas, de la malversación de fondos,
- facilitar el intercambio de prácticas idóneas desde el punto de vista preventivo y policial, en especial en el marco de la Red de organismos de recuperación de activos y de la Red europea contra la corrupción.

En el mismo lugar, el Consejo Europeo invita a la Comisión:

- a desarrollar indicadores, sobre la base de los sistemas existentes y de criterios comunes, para medir los esfuerzos en la lucha contra la corrupción,

en especial en los ámbitos del acervo (contratación pública, control financiero, etc.) y a elaborar una política anticorrupción global en estrecha cooperación con el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO);

- con la intención de prevenir la delincuencia financiera, a estudiar medidas para facilitar la identificación de los beneficiarios efectivos de los activos y a aumentar la transparencia de las personas jurídicas y de los regímenes jurídicos;

- a intensificar la coordinación entre los Estados miembros en el marco de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (UNCAC), el GRECO y las labores de la OCDE en materia de lucha contra la corrupción.

El Plan de acción del Programa de Estocolmo creado para plasmar los objetivos y prioridades del programa en acciones concretas, entre estas recomienda a la Comisión preparar la creación de una Fiscalía Europea a partir de Eurojust, que será responsable de investigar, perseguir y hacer que se juzguen los delitos contra los intereses financieros de la UE¹⁰⁶⁹. Para ello, la Comisión debe seguir reflexionando sobre la cooperación con todos los actores que intervienen, incluida la OLAF. Estas y el resto de medidas sobre la delincuencia organizada deben abordarse desde una perspectiva global.

El Plan de acción del Programa de Estocolmo contiene una guía de acciones concretas con un calendario claro de adopción y ejecución completa de las mismas que la Unión en materia de libertad, seguridad y justicia debe acometer en los próximos cinco años. Es notorio el especial seguimiento que mediante informes y otras acciones se le brinda a la aplicación de los instrumentos que tratan sobre la recuperación de activos producto de la corrupción¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁹ Art. 69 E) del Tratado de Lisboa.

¹⁰⁷⁰ Así, merecen destacarse, entre otros:

El objetivo aquí es, por tanto, abordar la corrupción y la recuperación de los activos producto de esta, como fenómenos criminales que exigen el desarrollo de medidas, en lo posible, armonizadas para facilitar la cooperación entre los EEMM y un efectivo contraste de este fenómeno. Al respecto, los miembros de la UE han considerado reiteradamente que el beneficio económico es el principal objetivo de la delincuencia transfronteriza organizada. Por tanto, para ser eficaz, la prevención de la delincuencia organizada y la lucha contra ella deben centrarse en el seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito. Así lo ha declarado la UE en muchas ocasiones a través de igual número de

-
- Informes sobre la aplicación de la Directiva marco 2006/783/JAI relativa al reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (2010-2013);
 - Propuesta legislativa sobre un régimen global de obtención de pruebas en materia penal sobre la base del principio de reconocimiento mutuo y relativo a todos los tipos de pruebas (2011);
 - Propuesta legislativa para la introducción de normas comunes para la obtención de pruebas en materia penal con objeto de garantizar su admisibilidad (2011);
 - Manual sobre la Decisión marco 2003/577/JAI sobre el embargo preventivo de bienes (2012);
 - Informe sobre la aplicación de la Decisión marco 2008/841/JAI sobre la lucha contra la delincuencia organizada (2012);
 - Informe sobre la aplicación de la Decisión 2007/845/JAI sobre los organismos de recuperación de Activos (2010);
 - Manual sobre la Decisión marco 2005/214/JAI sobre sanciones financieras (2012);
 - Comunicación sobre una política global contra la corrupción en los Estados miembros, incluido el establecimiento de un mecanismo de evaluación y la presentación de las modalidades de cooperación con el Grupo de Estados del Consejo de Europa contra la corrupción (GRECO) para tal fin (2011);
 - Propuesta de un nuevo marco jurídico para la recuperación de activos (2011);
 - Comunicación sobre una estrategia europea para la investigación financiera y el análisis penal y financiero (2012);
 - Propuesta legislativa por la que se actualiza el marco penal europeo del blanqueo de capitales (2012);
 - Evaluación de la necesidad de adoptar nuevas medidas para una mayor transparencia de las personas jurídicas y de los acuerdos/*trusts* jurídicos, con objeto de identificar al propietario beneficiario, que será seguida por propuestas legislativas (2012);
 - Directrices sobre los nuevos instrumentos para la recuperación de los productos del delito tales como la creación de registros nacionales de cuentas bancarias (2012);
 - Establecimiento de un marco institucional sostenible para FIU.NET (red de unidades de inteligencia financiera de la UE), incluida una posible base de datos sobre transacciones sospechosas, previo estudio de viabilidad (2013);
 - Primera evaluación de las políticas anticorrupción de los Estados miembros (2013);
 - Propuesta relativa a un mecanismo de evaluación de las políticas anticorrupción de los Estados miembros (2011).

iniciativas, a la par que reconoce que la plasmación de estas acciones se ve dificultada, en particular, por las divergencias entre las legislaciones de los Estados miembros en este ámbito. En atención a lo anterior, el Consejo Europeo resuelto a garantizar que se den pasos concretos para proceder al seguimiento, embargo preventivo, incautación y decomiso de los beneficios del delito, ha pedido que se proceda a la aproximación del derecho penal y procesal en esta materia¹⁰⁷¹. Sobre las anteriores bases y en la misma dirección, múltiples instrumentos generados en el contexto de la UE se han referido a la corrupción en general y a la apropiación del patrimonio público nacional o europeo en particular, poniéndolas en relación con normas que están especialmente referidas o contienen referencias al comiso y normas sobre cooperación operativa entre los EE MM en materia de lucha contra el fraude, blanqueo de capitales y el comiso. A continuación haremos una reseña de estos instrumentos.

b.1) Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas

En orden cronológico, el primer instrumento que puede ser dirigido a proteger el patrimonio público –y en este caso concreto exclusivamente el patrimonio de las Comunidades Europeas– contra conductas apropiatorias, lo encontramos en el *Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidades Europeas* (en adelante Convenio relativo a los intereses financieros)¹⁰⁷². No en vano existe una conexión directa y muy evidente entre las conductas de corrupción y el fraude¹⁰⁷³. Pero aún más, el fraude puede ser el modo de realización de la corrupción. Si bien es cierto que de la expresa

¹⁰⁷¹ Puntos 51 y 55 del Consejo de Tampere.

¹⁰⁷² Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995 (DOC 316 de 27/11/1995).

¹⁰⁷³ ARDITO, Francesco, “Frode ai danni...”, *op. cit.*, pp. 313. En el mismo sentido, siguiendo a este autor, CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, “Iniciativas internacionales contra...”, *op. cit.*, p. 16.

referencia que se hace en este convenio en la exposición de motivos al importante papel que desempeñan las empresas en los ámbitos financieros de las Comunidades Europeas (en adelante CCEE) y de que todo aquel que tenga poder de decisión en las empresas no debería quedar exento de responsabilidad penal ante la lesión de los intereses financieros de la CCEE¹⁰⁷⁴, podría conllevar a inferir en un primer momento que este instrumento ha sido dirigido únicamente a los particulares que ejerzan poderes de decisión o de control en el seno de empresas. Empero, la letra del artículo 1 no restringe su ámbito de aplicación por razón del sujeto activo a los funcionarios. Entonces, nada obsta para que sobre la base del anterior artículo los funcionarios nacionales o comunitarios comentan fraude que afecte a los intereses financieros de la CCEE tanto en materia de gastos como de ingresos relativo a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos; al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto; al desvío de esos mismos fondos con otros fines distintos de aquellos para los que fueron concebidos en un principio, pudiendo, incluso, esta última conducta cuando es realizada por un funcionario ser constitutiva de apropiación indebida (art. 1. a) y b)).

b.2) Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión europea, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas

En cualquier caso, los Estados Parte al ser conscientes de que los intereses financieros de las CCEE pueden verse afectados o amenazados por actos de corrupción cometidos por o respecto de funcionarios nacionales o comunitarios responsables de la percepción, la gestión o el desembolso de los

¹⁰⁷⁴ Art. 3.

fondos comunitarios sometidos a su control¹⁰⁷⁵, han tratado de llenar las lagunas concernientes a la corrupción contenidas en el Convenio relativo a los intereses financieros mediante el Primer Protocolo.

Ambiciosamente el Primer Protocolo declara que “la necesidad de adaptar las legislaciones nacionales en la medida en que no tipifiquen como delito los actos de corrupción que causen o puedan causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas...” y esta adaptación “no debe limitarse a los actos de corrupción activa y pasiva, sino que debería hacerse extensiva a otros delitos que afecten o puedan afectar a los ingresos o a los gastos de las Comunidades Europeas...”. Sin embargo, el texto del Primer Protocolo se limita a criminalizar únicamente la corrupción pasiva y activa (léase soborno o cohecho, según la nomenclatura en uso)¹⁰⁷⁶.

Por otra parte, el Primer Protocolo dispone la asimilación de las cualificaciones de las infracciones constitutivas de una de las conductas contempladas en el art. 1 del Convenio sobre los interés financieros y que hayan sido cometidas por funcionarios nacionales en el ejercicio de sus funciones sean también aplicables de la misma forma a los casos en las infracciones sean cometidas por funcionarios comunitarios en el ejercicio de sus funciones¹⁰⁷⁷. Con lo cual, el Primer Protocolo viene a despejar toda duda que hubiera podido existir sobre la aplicabilidad del ámbito subjetivo de la conducta prevista en el referido convenio.

En definitiva, la apropiación del patrimonio de las CCEE por funcionarios nacionales o por funcionarios comunitarios se encuentran previstas como infracciones penales por el Convenio sobre los intereses financieros (art.1) en concordancia con el Primer Protocolo (arts. 4 y 7).

¹⁰⁷⁵ Así el preámbulo del Primer Protocolo.

¹⁰⁷⁶ Arts. 2 y 3.

¹⁰⁷⁷ Art. 4.

b.3) Segundo Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, hecho en Bruselas el 10 de junio de 1997

Las lagunas del Convenio sobre intereses financieros no fueron plenamente colmadas por el Primer Protocolo siendo necesario en un breve espacio de tiempo el establecimiento de un segundo protocolo. De este modo, en virtud del Segundo Protocolo los EEMM de la CCEE quedan obligados a introducir en sus respectivas legislaciones nacionales la tipificación de la legitimación de capitales como infracción penal (art. 2) y la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los actos previstos en el art. 1 del Convenio sobre los intereses financieros, en los arts. 2, 3 y 4 del Primer Protocolo y en el art. 2 del mismo Segundo Protocolo (art. 3). La inclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas es sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas.

El presente protocolo da un paso más y no se limita a exigir la inclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas, sino que además, introduce el tipo de sanciones a ser impuestas a estos sujetos¹⁰⁷⁸. Asimismo, introduce medidas como el embargo y, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, el decomiso o retirada de los medios y los productos o valor equivalente a esos productos de los delitos contemplados en el Convenio sobre los intereses financieros, en el Primer Protocolo y en el mismo Segundo Protocolo (art. 5).

Junto a lo anterior, con especial atención los miembros con el objeto de fomentar y facilitar el intercambio de información han tratado de asegurar

¹⁰⁷⁸ Art. 4.1. "Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que a la persona jurídica considerada responsable..." "...le sean impuestas sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo, y podrán incluir otras sanciones, tales como:

- a) exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas;
- b) prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales;
- c) vigilancia judicial;
- d) medida judicial de disolución"

una protección suficiente de los datos personales y las exigencias del secreto de instrucción. A tal fin, cualquier Estado miembro, cuando proporcione información a la Comisión, podrá establecer condiciones específicas sobre el uso de la información, tanto por parte de la Comisión como de la transmisión de esa información a otros Estados miembros y a terceros países (arts. 7.2-11). Los instrumentos reseñados hasta ahora conforman el sistema jurídico para la criminalización de la apropiación del patrimonio comunitario y la recuperación de activos exclusivamente comunitarios. Este sistema se ve reforzado desde el punto investigativo con la Creación de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)¹⁰⁷⁹.

Por otra parte, siempre en el seno de la UE se ha establecido el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las CCEE de los EEMM de la UE¹⁰⁸⁰. Pero, este convenio se limita a criminalizar las conductas de soborno, razón por la que este instrumento no será objeto de análisis de este trabajo.

En un plano más amplio, en el de la protección de los patrimonios públicos de los Estados miembros, existe una serie de instrumentos que configuran la armadura protectora de estos intereses, que enumeraremos a continuación.

b.4) Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito

En el texto del presente Convenio (número 141 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990 (en lo sucesivo Convenio de 1990), los Estados miembros se muestran convencidos de que el control de los delitos

¹⁰⁷⁹ Decisión de la Comisión, de 28 de abril de 1999, por la que se crea la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (DO L 136 de 31.5.1999). Vid., también Reglamento relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de lucha contra el Fraude.

¹⁰⁸⁰ Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la UE relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las CCEE o de los Estados miembros de la UE, hecho en Bruselas el 26 de mayo de 1997.

graves, constituye un problema con una dimensión cada vez más internacional, requiere el uso de métodos modernos y efectivos a escala internacional y que uno de dichos métodos consiste en la privación a los delincuentes del producto del delito.

El Convenio obliga a sus signatarios a reconocer y ejecutar las resoluciones de decomiso dictadas por otra Parte, o a someter una solicitud a sus autoridades competentes a fin de obtener una resolución de decomiso y, en caso de que se conceda a ejecutarla. Este convenio es uno de los instrumentos jurídicos relativos a la legitimación, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito más completos, amplio y perfectamente estructurado entre todos los que hasta el momento sobre esta materia se han realizado. Por ejemplo, esta amplitud se ve reflejada en el hecho de que este convenio, a diferencia de otros referidos a la misma materia, no está restringido a ningún tipo de delito en concreto. Sin embargo, se deja finalmente a cada parte la facultad de decidir mediante declaración, en el momento de la firma o al momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que el delito de blanqueo (art. 6.4) y las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para poder confiscar instrumentos y productos o bienes equivalentes, solo serán de aplicación a los delitos o categorías especificados en dicha declaración (art. 2). Además, las Partes pueden denegar las solicitudes de decomiso, entre otros motivos, si el delito en el que se basa la solicitud no constituye un delito con arreglo a la legislación de la Parte requerida o si en la legislación de la Parte requerida el decomiso no está previsto respecto del tipo al que hace referencia la solicitud (art. 18).

El presente convenio obliga a las partes a adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para que las autoridades competentes puedan ordenar la presentación o el embargo de archivos bancarios, financieros o mercantiles para ejecutar medidas indagatorias y provisionales, así como medidas de confiscación (arts. 2-4).

En el plano internacional se prevé la cooperación y auxilio más amplios posibles en lo relativo a las investigaciones y procedimientos cuyo objeto sea el decomiso de instrumentos y productos (art. 7-10). Así, se introduce la obligación de tomar las medidas provisionales necesarias, como el bloqueo o el embargo, que otra parte haya solicitado con el fin de impedir cualquier negocio, transmisión o enajenación de bienes que, más adelante, podrían ser objeto de una solicitud de confiscación o que podría servir para dar cumplimiento a dicha solicitud (art. 11). Por lo cual, también se introduce como una obligación de la parte requerida, ejecutar el decomiso de instrumentos o activos situados en su territorio y a solicitud de otro Estado parte (arts. 13-16).

b.5) Acción Común, de 3 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (Acción Común 98/699/JAI)

El Consejo de la UE adopta esta Acción Común con el fin de aumentar la eficacia de la actuación de los Estados miembros contra la delincuencia organizada. Para lo cual, dispone que las partes velen por que no se formulen ni mantengan reservas en relación con los delitos contenidos en los artículos 2 y 6 del Convenio de 1990 (art. 1.1 a) y b)). Además, mandata a los Estados miembros a velar por que su legislación y procedimientos sobre decomiso de los productos del delito también permitan el decomiso de bienes de valor equivalente a dicho producto, igualmente deberán velar por que su legislación y procedimientos posibiliten la prestación de asistencia a otro Estado miembro en la identificación y seguimiento del presunto producto de delitos en una fase de investigación tan temprano como sea posible (art.1.3).

Asimismo, la citada Acción Común insta a los Estados miembros a brindar la más amplia cooperación y asistencia internacionales que puedan ofrecer en la

identificación, el seguimiento, el embargo o la incautación o el decomiso de instrumentos y producto del delito, y; a tomar todas las medidas necesarias para reducir al mínimo el riesgo de desaparición de los activos.

b.6) Plan de Acción: Prevención y control de la delincuencia organizada- Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio (2000/C 124/01), aprobado por el Consejo el 27 de marzo de 2000

Desde esa posición central que ocupa la recuperación de activos en la política criminal europea, el Plan de Acción de 2000 contiene un capítulo dedicado exclusivamente al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito (Capítulo 2.7).

El primer lugar, mediante el Plan de Acción de 2000 se insta a los Estados miembros a estudiar con particular atención la forma de privar de su principal motivación a la mayor parte de la delincuencia organizada, el beneficio financiero producto del delito. Para lo cual se recomienda:

- encontrar los medios más adecuados para fomentar un intercambio rápido de información (incluidos datos de instituciones financieras) entre unidades de información financiera en el marco de la UE, independiente de sus estructuras internas (Recomendación nº 15);
- encontrar los medios de acelerar la aplicación en otros Estados miembros de las resoluciones judiciales relativas al embargo de cuentas corrientes y, en general, a la asistencia en el seguimiento de los activos ilícitos (Recomendación nº 16);
- hallar el modo de garantizar que los Estados miembros apliquen en sus territorios dependientes las diversas disposiciones y recomendaciones internacionales relativas a la legitimación de capitales y centros *offshore* (Recomendación nº 14);

- estudiar la posibilidad de que, una vez dictada condena contra un delincuente por un delito grave pueda mitigarse la carga de la prueba en lo que se refiere al origen de los activos en su posesión (Recomendación nº 19);
- estudiar el establecimiento de un sistema de declaraciones adecuado que permita a las autoridades competentes llevar a cabo las oportunas investigaciones sobre el uso excesivo de pagos en efectivo y de operaciones de cambio en efectivo por parte de personas físicas y jurídicas para ocultar la conversión de los productos del delito en otros bienes (Recomendación nº 18);
- estudiar si es necesario un instrumento sobre el decomiso *in rem*, es decir, *in absentia* del imputado (Recomendación nº 20);
- realizar la tipificación penal de las conductas de legitimación de capitales de origen delictivo mediante formulaciones lo más generales posible y examinar la posibilidad de hacer extensiva la tipificación de estos delitos a aquellos casos en que imputado debería haber presumido que los bienes de que se trata eran producto de un delito (Recomendación nº 17);
- estudiar la posibilidad de crear, de conformidad con sus respectivas legislaciones, unidades expresamente dedicadas a los procedimientos de seguimiento, incautación y decomiso de los bienes obtenidos por medio de los delitos contemplados en la Acción Común 98/699/JAI y por ende, de los delitos contemplados en la Decisión Marco 2001/500/JAI (Recomendación nº 17).

b.7) Decisión Marco del Consejo 2001/500/JAI, 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

Si bien es cierto que todos los Estados miembros han ratificado el Convenio de 1990, empero algunos Estados miembros formularon declaraciones

respecto al artículo 2 de dicho convenio, en el sentido de quedar obligados a decomisar únicamente los productos de determinados delitos.

Esto último viene a contradecir con las propias recomendaciones del Consejo sobre una necesaria aproximación del Derecho penal y procesal en materia de legitimación de capitales, especialmente en materia de decomiso de activos, con el propósito de articular una regulación uniforme y lo suficientemente amplia en todos los Estados miembros de la Unión sobre la gama de actividades delictivas que constituyen delitos principales en materia de legitimación de capitales.

Consciente de ello, y en cumplimiento de lo adoptado en la Acción Común 98/699/JAI, el Consejo ha adoptado la Decisión Marco 2001/500/JAI¹⁰⁸¹, con la finalidad de garantizar que todos los Estados miembros dispongan de normas efectivas que regulen el decomiso de los productos del delito, en particular en relación con la carga de la prueba sobre el origen de los bienes que posea una persona condenada por una infracción relacionada con la delincuencia organizada.

Las disposiciones más importantes de la presente Decisión Marco son aquellas que vienen a corregir las debilidades del Convenio de 1990. En primer lugar, el veto a la formulación de reservas a los artículos más trascendentes del Convenio para contrastar la delincuencia organizada. Así, la adopción de medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para poder confiscar instrumentos y productos o bienes de valor equivalente, previstas en el párrafo 1 del art. 2 del Convenio de 1990, deberá realizarse sin reservas, según la presente Decisión Marco, cuando los delitos lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año. Por el contrario, el Convenio preveía que en el momento de la firma o al depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, las mencionadas medidas solo serían de

¹⁰⁸¹ DO L 182 de 5.7.2001, p. 1.

aplicación a los delitos o categorías de delitos especificados por las partes en sus respectivas declaraciones.

Por consiguiente, con arreglo al art. 1 de la Decisión Marco 2001/500/JAI, los Estados miembros están obligados a no formular ni mantener ninguna reserva en relación con las disposiciones del Convenio en lo referente al decomiso de los instrumentos y productos o bienes de valor equivalente en la medida que el delito de acuerdo a la legislación nacional lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año.

Por otro lado, según el art. 2.b) de la Decisión Marco, no podrán hacerse reservas al Convenio de 1990 cuando, según la tipificación que cada Parte haga del delito de blanqueo contenido en el art. 6 del Convenio, se trate de delitos graves. En todo caso, se incluirá entre estos últimos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año o, en los Estados en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, de duración mínima superior a seis meses.

La Decisión Marco 2001/500/JAI reintroduce -siguiendo la estela del Convenio de 1990- el decomiso de valor equivalente en los casos en que dichos productos no pueden ser aprehendidos, tanto en procedimientos estrictamente nacionales como en procedimientos incoados a petición de otro Estado miembro, incluidas las solicitudes para la ejecución de órdenes de decomiso procedentes del extranjero. Sin embargo, los Estados miembros podrán excluir el decomiso de bienes de un valor equivalente en los casos en que dicho valor sea inferior a 4000 euros (art. 3).

b.8) Decisión Marco 2003/577/JAI 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 pruebas¹⁰⁸²

De conformidad con las conclusiones que el Consejo Europeo tomó en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, esta misma institución adoptó el 29 de noviembre de 2000 un programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo en materia penal, fijando como primera prioridad (medidas 6 y 7) la adopción de un instrumento que aplique el principio de reconocimiento mutuo y ejecución inmediata de las resoluciones judiciales para el embargo preventivo de bienes y el aseguramiento de pruebas. Así, la finalidad de la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo es la de establecer las normas en virtud de las cuales un Estado miembro deberá reconocer y ejecutar en su territorio una resolución de embargo preventivo o de aseguramiento de pruebas dictada por una autoridad judicial de otro Estado miembro en el marco de un procedimiento penal” (art. 1).

Para efectos de la presente Decisión marco se entenderá por “resolución de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas”: “cualquier medida tomada por una autoridad judicial competente del Estado de emisión para impedir provisionalmente la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de bienes que pudieran ser sometidos a decomiso o constituir elementos de prueba” (art. 2. c)).

Entre la lista de infracciones que de acuerdo con este instrumento, no estarán sujetas a control de la doble tipificación penal de los hechos se encuentran: pertenencia a una organización delictiva; fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas con arreglo al Convenio sobre intereses financieros y legitimación del producto del delito (art. 3.2).

¹⁰⁸² Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (DO L 196 de 2.8.2003).

Entre los exclusivos motivos por los cuales las autoridades judiciales competentes del Estado de ejecución podrán rehusar el reconocimiento o la ejecución de la resolución de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas se encuentra la existencia de inmunidad o privilegio que en virtud del Derecho del Estado de ejecución (art.7.1. b)).

También, se presentan dificultades en aspectos tales como “el certificado específico requerido para la ejecución de una resolución de una autoridad judicial de un Estado miembro transmitida directamente a la autoridad judicial de otro Estado miembro”¹⁰⁸³.

b.9) Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito

Como hemos puesto de manifiesto *supra*, el Consejo ha remarcado en múltiples ocasiones su empeño en garantizar que se den pasos concretos para proceder al seguimiento, embargo preventivo, incautación y decomiso de los productos del delito. Pidiendo para ello que se realice la aproximación del derecho penal y procesal en esta materia en todos los Estados miembros y que se elaboren normas comunes con el objeto de evitar la utilización de empresas y entidades registradas fuera de la jurisdicción de la Unión para ocultar los beneficios procedentes del delito e incluso ha recomendado la introducción de la posibilidad de relajar la carga de la prueba en lo que se refiere al origen del patrimonio de una persona condenada por un delito relacionado con la delincuencia organizada¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸³ BLANCO CORDERO, I., “Armonización-aproximación de la legislación...”, *op. cit.*, p. 360.

¹⁰⁸⁴ *Vid.*, Plan de Acción sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a un espacio de libertad, seguridad y justicia (DO C 19 de 23.1.1999); puntos 50, 51, 55, 57 y 58, todos del Consejo Europeo de Tampere; Considerandos 2-4 de la Decisión Marco 2005/212/JAI; Plan de Acción de 2000.

Con holgura, el instrumento que mejor refleja esa orientación político criminal es la Decisión Marco 2005/212/JAI¹⁰⁸⁵. En la presente Decisión se acusa como mayor dificultad para la consecución de los objetivos en ella enunciados, las divergencias entre las legislaciones de los Estados miembros en este ámbito, las cuales se pretenden solventar precisamente con la Decisión Marco 2005/212/JAI y su posterior transposición.

Según algún autor, la razón de ser de la decisión marco en estudio se cristaliza en dos líneas de actuación legislativa penal: “en la persecución del dinero procedente de los delitos, incluso si ha sido transferido o entregado a otra persona, y, paralelamente, en la incriminación del blanqueo y de todas las conductas que intencionalmente o por negligencia lo puedan facilitar”¹⁰⁸⁶. Conforme a esto, la finalidad de este instrumento es garantizar que todos los Estados miembros dispongan de normas efectivas que regulen el decomiso de los productos del delito, en particular con la carga de la prueba en los términos acabados de indicar. Pero, poniendo en claro que la presente Decisión marco no impide a ningún EM aplicar sus principios fundamentales en materia de garantías procesales, en particular la presunción de inocencia, los derechos de propiedad y libertad de asociación (art. 5), consagrados en el art. 6 del Tratado de Lisboa y arts. 12, 17, 48-50 todos de la Carta de los derechos fundamentales de la UE (200/C 364/01).

En la misma línea, la Decisión Marco 2005/212/JAI introduce una disposición con consecuencias trascendentales para las legislaciones nacionales de los Estados miembros. Esta es la potestad del decomiso ampliado (art. 3). En virtud de la cual se obliga a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para que se pueda proceder al decomiso total o parcial de los bienes que pertenezcan a una persona que haya cometido actos terroristas o por la participación en una organización delictiva en los EE MM de la UE

¹⁰⁸⁵ DO L 68 de 15.3.2005, p. 49.

¹⁰⁸⁶ QUINTERO OLIVARES, G., “Sobre la ampliación del comiso...”, *op. cit.*, p. r2: 02.

para la comisión de un número de conductas que se limitan a una lista restringida de delitos que han sido objeto de armonización mediante igual número de decisiones marcos, a saber: falsificación de moneda, blanqueo de capitales, trata de seres humanos, “inmigración ilegal”, explotación sexual de los niños y pornografía infantil, tráfico ilícito de drogas (art. 3.1.a)). Donde no alcanzamos a entender porque se excluye de esta lista de conductas a la corrupción.

Siempre en virtud de la Decisión Marco 2005/212/JAI, cuando los EEMM configuren el comiso ampliado, esto es, cuando se permita decomisar bienes que no tienen un vínculo o nexo demostrado con el delito, su aplicación por un órgano jurisdiccional procederá como mínimo cuando: a) los bienes de que se trata provienen de *actividades delictivas desarrolladas* por la persona condenada durante un periodo anterior a dicha condena; b) que los bienes de que se trata provienen de *actividades delictivas similares* desarrolladas por la persona condenada durante un periodo anterior a la condena; y, c) se procederá al decomiso cuando se tenga constancia de que *el valor de los activos es desproporcionado* con respecto a los ingresos legales de la persona condenada por delitos de terrorismo o cometidos en el marco de una organización delictiva (art. 3.2). El grado de confusión del texto de la presente directiva es notable.

Se recomienda a los Estados miembros estudiar la posibilidad de adoptar medidas necesarias que le permitan proceder al decomiso, total o parcial, de bienes adquiridos por testafierros, ya sean personas físicas o jurídicas (art. 3.3). Finalmente, la presente directiva deja la puerta abierta para que los EEMM puedan recurrir a procedimientos distintos de los de carácter penal para privar al autor de la infracción de los bienes de que se trate (art. 3.4). Entre estos procedimientos se cuentan los procedimientos civiles como, por ejemplo, podría ser la acción de extinción de dominio (*vid. infra*).

b.10) Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo

Esta Directiva responde al compromiso de contribuir a la adopción, aplicación y ejecución de medidas contra la utilización del sistema financiero para la financiación de actividades terroristas, expresado en la declaración pública de 1 de octubre de 2001 del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo (BCE) a raíz de los ataques del 11 de septiembre de ese mismo año en Estados Unidos de Norte América.

Con la Directiva 2005/60/CE se busca reflejar no solo las mejores prácticas internacionales en el control de la legitimación de capitales, sino también mediante una actuación comunitaria dar continuidad a un elevado grado de protección del sector financiero y de otras actividades vulnerables frente a los efectos perjudiciales de las actividades delictivas y el encubrimiento del producto de estas. Ya que, como son contestes en manifestar la Comisión, el Parlamento Europeo y los Estados miembros, en los últimos años se ha tendido a definir la legitimación de capitales de manera mucho más amplia, tomando en consideración una gama mucho más extensa de delitos subyacentes, como atestigua, por ejemplo, la revisión y ampliación sustancial en 2003 de las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). Si bien es cierto que la Directiva 2005/60/CE está especialmente referida a la utilización del sistema financiero para la financiación del terrorismo, esto no ha obstado para que a efectos de este instrumento se incluya como delitos determinantes cualquier tipo de “actividad delictiva” o de la participación en ese tipo de actividad.

De modo que, si se tiene en cuenta lo anterior y el hecho de que a efectos de la presente Directiva, se entenderá por actividad delictiva “cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave”. En este sentido, la

definición de delito grave hecha por la Directiva constituye una de las novedades más importantes y puede estructurarse en dos bloques:

- El primero, se enumera una amplia gama de conductas que constituyen un mínimo de punición a cumplir por todas las legislaciones nacionales de los Estados parte, entre las que se incluyen las conductas previstas en el art. 1, apartado 1, y el art. 2 del Convenio sobre intereses financieros (art. 3.5.d)).
- En segundo lugar, se extiende esta tipificación a todos aquellos delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año (art. 3.f)).

Apreciando lo anterior, la Directiva 2005/60/CE insta a los Estados miembros a prohibir la legitimación de capitales (art.1) y obligar al sector financiero incluidas las entidades de crédito, numerosas entidades financieras de otros tipos y personas físicas o jurídicas que actúen en el ejercicio de su profesión participen en cualquier transacción financiera o inmobiliaria, a identificar a sus clientes, conservar los documentos adecuados, establecer procedimientos internos de formación de personal y vigilar la legitimación de capitales, así como comunicar a las autoridades cualquier indicio de esta actividad (arts. 2-3). De este modo, la Directiva impone importantes obligaciones y deberes a una amplia serie de instituciones financieras, con inclusión de la industria aseguradora. También establece sanciones para las instituciones de crédito y financieras que rechacen cumplir con las exigencias de información de la presente directiva.

Paralelamente, impone a las entidades financieras y de crédito la obligación, de conformidad con la misma directiva, de identificar y comprobar la identidad de los clientes y cualquier titular real mediante disposiciones muy concretas y detalladas. Como acertadamente reconocen la Comisión, el Parlamento Europeo y los Estados miembros en la Directiva 2005/60/CE, si bien debe determinarse la identidad y el perfil empresarial de todos los clientes, hay casos –como los de personas que ocupen o hayan ocupado

cargos públicos importantes, las denominadas *personas del medio político*¹⁰⁸⁷ o *Personas Políticamente Expuestas* (PPE)– en que son necesarios procedimientos particularmente rigurosos de identificación del cliente y comprobación de su identidad. Para ello, la presente Directiva establece normas detalladas en materia de diligencia debida con respecto al cliente, entre las que se pueden mencionar medidas simplificadas y medidas reforzadas de diligencia debida con respecto al cliente aplicables a los clientes o relaciones comerciales de alto riesgo, como procedimientos adecuados para determinar si una persona pertenece al medio político, junto con algunos requisitos adicionales más específicos, como la necesidad de que existan procedimientos y políticas de cumplimiento normativo (arts. 6-13, 34-35).

Finalmente, la Directiva 2005/60/CE atribuye a la Comisión competencias de ejecución, para lo cual se introduce un sistema de informes sobre la aplicación de la misma¹⁰⁸⁸.

b.11) Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de 1 de agosto de 2006, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la definición de “personas del medio político” y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de la diligencia debida con respecto al cliente así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada. La Directiva 2006/70/CE tiene como objeto establecer disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE en lo relativo a: los aspectos técnicos de

¹⁰⁸⁷ Art. 3.8). “A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: ‘personas del medio político’ personas físicas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas importantes, así como sus familiares más próximos y personas reconocidas como allegados”. A lo anterior La Directiva 2006/70/CE oportunamente agrega que “para disponer de una interpretación coherente del concepto de personas del medio político al determinar qué categorías de personas entran en él, resulta esencial tener en cuenta las diferencias sociales, políticas y económicas existentes entre los países”.

¹⁰⁸⁸ *Vid.*, Directiva 2008/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, por la que se modifica la Directiva 2005/60/CE, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión.

la definición de personas del medio político (art. 2); los criterios técnicos aplicables para valorar si determinadas situaciones presentan un riesgo bajo de legitimación de capitales o financiación del terrorismo mediante procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente (art. 3); los criterios técnicos aplicables para valorar si está justificado no aplicar dicha Directiva a determinadas personas físicas o jurídicas que realicen una actividad financiera de forma ocasional o muy limitada (art 4).

La presente Directiva siguiendo la impronta del Convenio de la OCDE, rompe con el criterio que hasta entonces era dominante en el sistema europeo, mediante el cual se entiende que solo es funcionario quien reúne tal condición de acuerdo al derecho extranjero y al propio derecho interno del Estado afectado y, en plena sintonía con la *ratio legis* de los instrumentos internacionales en este campo, adopta un concepto que no solo es autónomo respecto al concepto de funcionario adoptado por las legislaciones nacionales, sino que introduce un nuevo concepto, el de “personas del medio político” o también conocido como “personas políticamente expuestas” (*Politically Exposed Persons-PEPs*)¹⁰⁸⁹. La definición que utilizan los reguladores del sector bancario y financiero o que se emplea en las directrices suele ser bastante general y da lugar a interpretaciones diferentes, de modo que los criterios técnicos introducidos por la directiva bajo análisis que homogenizan el concepto de PEP, fortalecen las medidas preventivas contra el expolio de los patrimonios públicos, aunque siempre es importante tener en cuenta los factores locales del país en cuestión, como por ejemplo el entorno social y político

Pues bien, la Directiva 2006/70/CE incluye a jefes de Estado, jefes de Gobierno, ministros, subsecretarios o secretarios de Estado; parlamentarios;

¹⁰⁸⁹ *Vid.*, al respecto, The Wolfsberg Group: *Wolfsberg Frequently Asked Questions (“FAQs”) on Politically Exposed Persons (“PEPs”)*. Disponible en: <http://www.wolfsberg-principles.com/faq.html>; GREENBERG, T. S./GRAY, L./SCHANTZ, D./GARDNER, C./LATHAM, M., *Personas Expuestas Políticamente...*, *op. cit.*, *passim*.

miembros de altas instancias judiciales; miembros de tribunales de cuenta o de los consejos de bancos centrales; diplomáticos y altos funcionarios de las fuerzas armadas; miembros de los órganos administrativos, de gestión o de supervisión de empresas de propiedad estatal. También introduce dentro de los criterios técnicos de la definición de personas del medio político a los “familiares más próximos” y “personas reconocidas como allegados” de los funcionarios y da, de forma inédita en un instrumento de esta naturaleza, una serie de elementos detalladas para la identificación de quienes estarán considerados dentro de las anteriores categorías¹⁰⁹⁰. De esta forma, la Directiva 2006/70/CE se constituye en una herramienta eficaz y de un gran valor en la investigación y la persecución de la corrupción cuando se ha hecho uso de testaferros o los llamados *hombres de paja* y las sociedades de pantalla, que son figuras propias de entornos delictivos y financiero de los criminales organizados.

Cabe destacar que este instrumento expresamente excluye de su ámbito de aplicación a los funcionarios de niveles intermedios o inferiores. Algo que también se corresponde con el sentido y finalidades político criminales de los instrumentos internacionales que no buscan controlar a los funcionarios de base o niveles inferiores que comenten la “pequeña corrupción” o de bagatela, sino, a las personas que desempeñan o han desempeñado cargos públicos importantes, sus familias y asociados cercanos que acumulan un gran poder e influencia y potencialmente pueden cometer la denominada como “gran corrupción”, por ende sus acciones criminales pueden causar efectos devastadores sobre el desarrollo de los países más pobres del mundo. Las conductas corruptas cometidas por una PEP puede tener un impacto desproporcionado en un país o región, representan un riesgo considerable

¹⁰⁹⁰ En España los familiares y amigos de los funcionarios del más alto nivel pueden ser juzgados de acuerdo a los arts. 122 o 298 y ss. como posesión a título lucrativo. *Vid.*, recientemente, QUINTERO OLIVARE, G., “Sobre la ampliación del comiso...”, *op. cit.*, pp. r2: 13 ss.

para la estabilidad del sector financiero y muchas veces desde las estructuras estatales cuentan a su favor con mecanismo para facilitar su impunidad. Por todo esto, las PEPs requieren un mayor control sobre su patrimonio y operaciones financieras.

En síntesis, la Directiva 2005/60/CE se ocupa de que las entidades y personas comprendidas en su ámbito de aplicación pongan en marcha, basándose en un análisis de riesgo centrados en especial en los productos y transacciones caracterizados por un elevado riesgo de legitimación de capitales, procedimientos reforzados de diligencia debida con respecto al cliente en transacciones o relaciones empresariales con personas del medio político que residan en otro Estado miembro o en un país tercero.

b.12) Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso

La presente Directiva fue adoptada, entre otras, en consideración al programa de medidas adoptado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000, destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de decisiones en materia penal, fijando como primera prioridad (medidas 6 y 7) la adopción de un instrumento que aplique el principio de reconocimiento mutuo al embargo preventivo de bienes y al aseguramiento de pruebas y, de conformidad con este principio, la ejecución en todo Estado miembro de las resoluciones de decomiso dictadas por un tribunal competente en materia penal de otro Estado miembro, en particular a efectos de la devolución a la víctima de una infracción penal. Por tanto, la finalidad de la presente Decisión marco es establecer las normas en virtud de las cuales un Estado miembro deberá reconocer y ejecutar en su territorio una resolución de decomiso dictada en otro Estado miembro (art. 1.1).

A fin de lograr este objetivo, la Decisión Marco 2006/783/JAI, dentro de su ámbito de aplicación, habida cuenta de las disposiciones del Convenio de 1990, reduce los motivos de denegación de ejecución y suprime, entre los Estados miembros, todo sistema de conversión de las resoluciones de decomiso en una medida nacional.

Entre los actos que constituyen infracciones que dan lugar a una resolución de decomiso sin control de la doble incriminación de los actos, se incluyen (art. 6): pertenencia a una organización delictiva; corrupción; fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las CCEE con arreglo al Convenio relativo a los intereses financieros; legitimación del producto del delito; falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos; falsificación de medios de pago; etc.

Por otro lado, la presente Decisión marco contempla una serie de motivos de no reconocimiento o de no ejecución de la resolución de decomiso (art. 8), entre los que se pueden mencionar: la existencia de inmunidad o privilegio en virtud de la legislación del Estado de ejecución y la prescripción de la ejecución de la resolución de decomiso en el Estado de ejecución, siempre que los hechos entren en el ámbito de competencias de dicho Estado en virtud de su propio Derecho penal.

También, es destacable que la Decisión Marco 2006/783/JAI contempla una serie de disposiciones que articulan los recursos contra el reconocimiento y la ejecución en el Estado de ejecución, así como, las que configuran el procedimiento de ejecución de las resoluciones de comiso. Aunque, como hace notar BLANCO CORDERO, la mayor dificultad que presenta esta decisión marco es aparentemente el de su aplicación de forma exclusiva a las resoluciones de comiso dictadas dentro de una causa penal. Ya que las

resoluciones de comiso dictadas en el marco de causas civiles o fiscales no se ejecutan necesariamente en todos los EEMM¹⁰⁹¹.

b.13) Decisión Marco 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y de la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito

Este instrumento tiene como finalidad proporcionar a los servicios de seguridad e investigación financiera de las capacidades necesarias para investigar y analizar las pistas financieras de la actividad delictiva. Como ya hemos aludido una forma eficaz de contraste a la delincuencia organizada requiere entre los EEMM un intercambio expedito de toda información que pueda llevar al seguimiento e incautación de los productos del delito o de bienes equivalentes. Para ello, resulta necesario establecer una estrecha cooperación y una comunicación directa y fluida entre las respectivas autoridades de los EEMM con competencias en el seguimiento de los productos de actividades delictivas. Con acierto, la Decisión 2007/845/JAI mandata a los EEMM disponer de organismo nacionales de recuperación de activos con competencias en estos ámbitos y también garantizar que dichos organismo puedan intercambiar información con rapidez.

Igualmente, son reseñables entre las disposiciones de esta Decisión, por una parte, las referidas a la protección de datos (art. 5) y al intercambio de información entre los organismos de recuperación de activos acerca de sus mejores prácticas para mejorar la eficacia de los esfuerzos de los EEMM en la localización, identificación de los bienes y productos de las actividades delictivas o de bienes equivalentes que puedan ser objeto de una orden de embargo preventivo, incautación o decomiso (art. 6).

¹⁰⁹¹ BLANCO CORDERO, I., "Armonización-aproximación de la legislación...", *op. cit.*, p. 361.

La cooperación entre los ORA así como entre estos y otras autoridades encargadas de facilitar el seguimiento y la identificación de los productos de actividades delictivas debe establecerse sobre la base de los procedimientos y los plazos establecidos en la Decisión marco 2006/960/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los EEMM de la UE¹⁰⁹², incluidos los motivos de denegación que esta contiene.

b.14) Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada

Por todo cuanto hasta aquí se ha dicho sobre la corrupción como forma de criminalidad organizada o delincuencia económica grave de carácter nacional o internacional, cuando la apropiación del patrimonio público se dé conforme a los modos y comportamientos criminalizados en la presente Decisión Marco, según esto el delito de apropiación del patrimonio público se realizará en concurso con el tipo de participación en una organización delictiva.

La Decisión marco 2008/841/JAI derogó y sustituyó la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los EEMM de los EU, ya que en consideración de la Comisión debía reforzarse el dispositivo de lucha contra la delincuencia organizada en la Unión Europea¹⁰⁹³. Entonces, con la nueva regulación se busca armonizar la definición de los delitos relativos a la participación en una organización delictiva en los EEMM para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales, así como

¹⁰⁹² DO L 386 de 29.12.2006, p. 89.

¹⁰⁹³ *Vid.*, comunicación de la Comisión Europea, de 29 de marzo de 2004, relativa a determinadas acciones que deben emprenderse en el ámbito de la lucha contra el terrorismo y otras formas graves de delincuencia.

las labores de investigación y cooperación policial en los ámbitos de delincuencia particularmente grave con implicaciones transfronteriza.

Por consiguiente, la Decisión marco 2008/841/JAI contempla la imposición de sanciones según la gravedad de estos delitos contra las personas físicas o jurídicas responsables de los mismos. De modo que, la presente decisión marco prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos relativos a la participación en una organización delictiva y obliga a los Estados miembros a adoptar programas de cumplimiento normativo necesarios para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la falta de vigilancia o control por parte de un representante de la empresa haya hecho posible que una persona sometida a su autoridad cometa uno de los delitos previstos en la presente decisión marco por cuenta de la persona jurídica. La responsabilidad penal de las personas jurídicas se entenderá de forma incluyente de la responsabilidad penal que las personas físicas que sean autores, incitadores o cómplices en delitos mencionados.

Este instrumento recoge el principio de oportunidad en términos de merecimiento y necesidad de pena. Conforme a lo dispuesto en el art. 4, todos los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para que las sanciones a las conductas previstas en la presente decisión marco puedan levantarse o atenuarse si, por ejemplo, el autor del delito: proporcionar a las autoridades competentes información que estas no habrían podido obtener de otra forma, y que les ayude a: impedir, acabar o atenuar los efectos del delito; encontrar pruebas y privar a la organización delictiva de recursos ilícitos o beneficios obtenidos de sus actividades delictivas. En particular, vemos que este instrumento también se orienta en la línea político criminal de la recuperación de activos.

A la par de todos los instrumentos comentados, dentro de un marco más genérico del sistema jurídico europeo, existen otros instrumentos que

complementan el sistema jurídico europeo para la recuperación de activos producto de la corrupción, entre los cuales destacamos: el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los EE MM de la UE¹⁰⁹⁴ y su protocolo¹⁰⁹⁵. Este último se refiere especialmente a la regulación de información y control sobre transacciones bancarias como forma de cooperación judicial, y la prohibición de invocar el secreto bancario para rechazar una solicitud de asistencia judicial de otro Estado miembro. También completan este sistema la Decisión Marco 2008/978/JAI¹⁰⁹⁶; la Decisión Marco 2006/960/¹⁰⁹⁷; y, la Decisión 2000/642/JAI¹⁰⁹⁸, que incluye la creación de una red de Unidades de Investigación Financiera de la Unión Europea (UIF).

Como hemos podido observar en la UE se han dado significativos pasos en el control de la criminalidad especialmente grave y en el control de sus beneficios económicos, pero su situación no es en absoluto satisfactoria¹⁰⁹⁹. Entre los aspectos negativos se pueden destacar la extensión y complejidad de la normativa existente sobre el embargo y comiso; la falta de una completa incorporación de esta normativa a los ordenamientos jurídicos internos de

¹⁰⁹⁴ Convenio celebrado por el Consejo de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (DO C 197 de 12/07/2000). *Vid.*, también los informes explicativos, de 30 de noviembre de 2000 y de 14 de octubre de 2002, del Convenio de 2000 relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados Miembros de la Unión europea (DO C 379 d2e 29/12/2000 y 257 de 24/10/2002).

¹⁰⁹⁵ Protocolo del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE, celebrado por el Consejo de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la UE (DO C 326 de 21.11.2001).

¹⁰⁹⁶ Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal (DO L 350/72 de 30.12.2008).

¹⁰⁹⁷ Decisión Marco 2006/960/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea (DO L 386 de 29.12.2006).

¹⁰⁹⁸ Decisión 2000/642/JAI del Consejo, de 17 de octubre de 2000, relativa a las disposiciones de cooperación entre las unidades de información financiera de los Estados miembros para el intercambio de información (Diario Oficial L 271 de 24.10.2000).

¹⁰⁹⁹ En este último sentido, BLANCO CORDERO, I., "Armonización-aproximación de la legislación...", *op. cit.*, pp. 360 y ss.

los EE MM; la previsión en la normativa europea de varias modalidades del comiso ampliado hace que las disposiciones del texto sean confusas y ha provocado una transposición fragmentaria de esta medida.

En suma, a la luz del breve repaso a la normativa europea en el ámbito de nuestro estudio hace notoria la consideración de una “refundición” de todos estos instrumentos que armonice el marco jurídico de la UE en vigor para que posteriormente puedan armonizarse los sistemas jurídicos nacionales entre sí.

IV. Conclusiones de derecho internacional

Llegados aquí, podemos extraer algunas consideraciones generales que caracterizan los plurales instrumentos que conforman la red de Derecho Penal Internacional para “pescar” los activos públicos y que está tejida por la convergencia de los derechos global y regional.

En la actualidad, los esfuerzos de control pueden agruparse en dos bloques fundamentales: 1) la inmovilización, comiso y repatriación de los activos, y, 2) los esfuerzos por tipificar penalmente, descubrir y frenar la legitimación de capitales tanto a través del Derecho Internacional como del Derecho interno.

Sin embargo, de modo general, sigue imperando una máxima atención hacia las diversas modalidades del soborno y un pobre o ausente tratamiento de la conducta de apropiación del patrimonio público. Mayoritariamente, cuando esta conducta está presente en algún instrumento, se encuentra prevista de una forma excesivamente genérica e imprecisa. Pero, por otro lado, se acusa una importante tendencia hacia la uniformidad o armonización en aspectos esenciales como la responsabilidad de las personas jurídicas, secreto bancario, sistemas de cooperación judicial.

Indudablemente, el alcance de los objetivos de las nuevas directrices político-criminales requiere un decidido esfuerzo de armonización entre los ordenamientos jurídicos de los diferentes miembros de la Comunidad Internacional en lo referente a la ampliación de los supuestos que sancionen los comportamientos apropiatorios. De esta suerte, emerge la necesidad de configurar dentro del derecho penal internacional un caso tipo de expolio, que permita la potenciación de los medios legales de investigación y la intensificación del auxilio y cooperación judicial internacional, contemplando el fenómeno de la corrupción desde una perspectiva global¹¹⁰⁰. De forma concreta, sobre la materialización de esta propuesta con específicos argumentos y sobre los mecanismos de recuperación de activos, volveremos detalladamente en los siguientes capítulos.

Por otra parte, junto al enfoque global, existen las necesidades primarias de una cooperación interestatal eficaz que garantice la efectiva aplicación de las medidas previstas en el Derecho Internacional y la cooperación de parte de los 25 países actualmente considerados centros *offshore* por la OCDE¹¹⁰¹.

El repaso de los múltiples instrumentos internacionales abordados – regionales y globales– para la recuperación de activos públicos apropiados pone de manifiesto la falta de uniformidad de las soluciones adoptadas por un y otros. En este sentido, si bien es cierto que la UNCAC introduce unas bases internacionales mínimas, susceptibles de mejora en el plano nacional. Esto último es esencial porque la eficacia en la recuperación de activos aconseja la adopción de definiciones armonizadas de las medidas de cualquier tipo,

¹¹⁰⁰ En similares términos solo el fenómeno del tráfico de ilícito de psicotrópico y estupefacientes se expresó, “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas”. En: *ADPCP*, tomo XLVI, fascículo II, 1993, p. 586.

¹¹⁰¹ OECD: *Promoting Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes: A Backgroup Information Brief*, 19 de enero de 2010, disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/26/28/44431965.pdf>

presupuesto fundamental para la efectiva cooperación interestatal y auxilio mutuo en el plano penal.

CONCLUSIONES FINALES

- 1) **La corrupción, de asunto interno de los Estados a un asunto de prioridad internacional:** En los aspectos introductorios de este trabajo se recordó cómo durante la Guerra Fría la no injerencia en los asuntos internos de los Estados aliados era uno de los pilares de las alianzas políticas. Entonces, la corrupción en esos Estados era considerada un asunto eminentemente interno respecto del cual los Estados rechazaban cualquier clase de interferencia externa escudados en esas alianzas, a como hoy aún algunos gobernantes corruptos la rechazan escudados en el principio de soberanía. Sin embargo, como constatamos a lo largo de las páginas de esta obra, la gran corrupción en general dista mucho de ser un asunto que se circunscriban a las fronteras internas de un Estado. Así, desde las postrimerías de la Guerra Fría la corrupción ha sido objeto prioritario de creciente preocupación en el ámbito internacional, lo cual se ha visto reflejado en un aluvión de instrumentos e iniciativas jurídicos internacionales, en los cuales ha predominado la referencia de forma prácticamente exclusiva a los sobornos de gran volumen o a los sobornos de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones internacionales.

2) **La desposesión en el plano internacional:** La malversación, peculado o cualquier otra forma de apropiación indebida o de desposesión (como aquí hemos preferido llamar) de activos públicos, ha sido objeto de atención de la comunidad internacional tan solo desde hace más o menos diez años y sobre todo desde el hito marcado por la UNCAC. La conciencia de la necesaria protección internacional y recuperación de las riquezas nacionales es apenas incipiente.

Hemos llegado al siglo XXI sin que ninguno de los momentos por los que han atravesado la criminología y las ciencias penales se hayan ocupado del expolio de las naciones. Una de las manifestaciones criminales más graves que recorren la historia de la humanidad, como es la desposesión a gran escala de las riquezas nacionales, no ha sido objeto preferencial ni de la criminología, ni de la doctrina penal, sin mencionar a la doctrina internacionalista. Ese espacio ha estado dominado prácticamente por filósofos, politólogos, sociólogos, historiadores y economistas.

El discurso actual contra la gran corrupción requiere para ser llenado de contenido y pierda su halo demagógico, que el poder punitivo pierda su carácter selectivo estructural y someta a su control las conductas criminales cometidas desde el mismo poder estatal, los denominados crímenes de los poderosos. Su inclusión, constituye uno de los principales retos del discurso de modernización del derecho penal.

3) **Desposesión de bagatela versus vastas cantidades de activos:** Con estos presupuestos, actualmente tanto a nivel nacional como internacional las riquezas nacionales se tratan de proteger por los tipos clásicos que comprenden formas de aparición de estas conductas que van desde supuestos de criminalidad de bagatela a supuestos que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción

importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados.

Consideramos que para dar una respuesta integral a esta problemática, por una parte, está la respuesta en el contexto de la pequeña corrupción que se lleva a cabo mediante las tradicionales figuras penales (malversación, peculado, apropiación indebida) y, por otra parte, estaría una respuesta diversa ante los ataques más graves en el contexto de la gran corrupción.

Esta última respuesta se llevaría a cabo a dos niveles. En primer lugar, a nivel nacional por medio del sistema de justicia doméstico. En segundo lugar, cuando en los países víctimas los sistemas judiciales se han hundido o debilitado durante los regímenes corruptos y en virtud del derecho penal internacional, la respuesta se llevaría a cabo a nivel internacional por medio de dos cauces competenciales, a saber: haciendo uso de los sistemas de justicia de terceros países o, poniendo en marcha el sistema de justicia penal internacional. Por todo, consideramos que la prevención del expolio de las riquezas nacionales y su recuperación requiere un sistema global de consenso a partir del Derecho Internacional, y en particular del Derecho Penal Internacional, que tenga como propósito, por un lado, la prevención del expolio de las riquezas nacionales, y por otro lado, cuando la prevención fallara, la recuperación de las riquezas expoliadas.

Sin perder de vista que esta dinámica debe desarrollarse dentro de la lógica de la subsidiariedad y de la soberanía, en virtud de la cual: (1) en primera instancia la prioridad competencial le correspondería a los Estados víctimas del expolio; (2) en un segundo término podrían ser competentes los Estados donde se encuentren los autores y/o productos de estos crímenes, y; (3) finalmente, en virtud del principio de justicia universal, lo serían cualquier Estado o la CPI. Estas cuestiones sacan a

flote la necesidad de llevar a cabo un proceso de armonización, que requiere diseñar en las legislaciones nacionales un tipo común de expolio basado en las normas de derecho internacional.

En esta tesitura, el debate concreto que aquí se está planteando está referido a que los clásicos tipos penales asociados a las formas de delincuencia tradicionales –en particular a la pequeña corrupción–, resultan insuficientes para tutelar eficazmente las riquezas nacionales ante potenciales ataques masivos y/o a gran escala por parte de los funcionarios de alto nivel.

4) **Expolio:** El expolio, tal como aquí se entiende, es el saqueo deliberado, sistemático y a gran escala de las riquezas y los recursos de un Estado por sus altos funcionarios en grave violación de sus obligaciones fiduciarias para con la comunidad y que amenazan o lesionan gravemente los fundamentos económicos de una sociedad.

5) **Efectos del expolio:** En efecto, el expolio, es entendido aquí como un saqueo sistemático o a gran escala de las riquezas y recursos de una nación por parte de los jefes de Estado y funcionarios de mayor nivel que según la magnitud del daño causado afecta al buen funcionamiento del aparato estatal y las bases económicas de una sociedad que puede poner en peligro la paz, la seguridad y bienestar de la humanidad.

La capacidad de esta conducta de generar daños excede del ámbito tradicional de punición, afectando también gravemente a la economía de las naciones, a su capacidad de desarrollo, a la legitimidad de las instituciones públicas y el modelo de Estado y, en última instancia, a la esfera de los derechos humanos. Asimismo, se ha puesto de manifiesto que los tipos penales tradicionales y los términos que les designan expresan solo el acto de depredación en sí, la acción misma, pero no su

efecto, que es la destrucción de la base económica de una nación y las repercusiones que esto tiene en los derechos humanos de las poblaciones que la sufren.

El expolio, en cuanto hecho global, pone en cuestión a la humanidad como tal, en el sentido de un “estándar mínimo de las reglas de la coexistencia humana”. La desposesión a gran escala del patrimonio de una nación es un ataque que puede conllevar a la imposición de condiciones de vida con capacidad para producir sufrimientos graves y/o la extinción de una parte de esa población. El expolio de las riquezas de una nación es un conjunto de acciones contra las condiciones esenciales de vida de la población, acciones que privan del mínimo vital y de la procura existencial a los grupos que la sufren, los cuales son excluidos de la vida económica y cultural en el Estado donde habitan.

- 6) **El bien jurídico y el *harm principle* como criterios justificantes de una criminalización internacional:** Hemos constatado que los esfuerzos que los principales sistemas jurídicos de occidente han realizado para elaborar una teoría sobre los límites normativos de la punición estatal han seguido caminos diversos y entre ellos independientes. Por un lado, en general, en los países que integran el *civil law* es predominante la teoría de la violación o la puesta en peligro de bienes jurídicos. Por otra parte, paralelamente en la doctrina anglo-americana existe un modelo conceptual como teoría de legitimación de las normas penales donde el concepto fundamental en la justificación del derecho penal es el *harm principle* o principio de daño a otros. Cuando se trata de fundamentar una punibilidad directa en el derecho internacional, ambas construcciones teóricas deben tener puntos de encuentros, porque la consideración de cada una de estas construcciones teóricas como idea exclusiva de racionalidad, tanto por sus defectos esenciales internos,

como por sus particularismos propios de una forma de pensamiento jurídico, no se corresponden con las pretensiones de construcción de una base racional de aplicación universal para un sistema jurídico internacional.

7) **La teoría funcional del patrimonio público como criterio de justificación:** A lo largo de las páginas que preceden, hemos analizado desde el Derecho Comparado cómo se han elaborado y desarrollado las teorías que tratan de dar una justificación racional a la intervención penal de los Estados frente a las apropiaciones de las riquezas nacionales. Durante este recorrido, hemos visto que las construcciones doctrinales del civil law de los modelos ahí estudiados adoptan de forma prácticamente absoluta la teoría del bien jurídico como criterio axial de justificación punitiva de las conductas. Asimismo, se ha puesto de manifiesto que las teorías que tratan de explicar la racionalidad de la punición de las conductas apropiatorias desde el concepto de bien jurídico, se enfrascan en un titánico esfuerzo por diseccionar milimétricamente ese “algo” propuesto como bien jurídico, que dejan por fuera otros efectos lesivos de las mencionadas conductas.

En nuestra opinión, de las propuestas teóricas analizadas, es la teoría funcional del patrimonio público la que tiene la suficiente capacidad explicativa para dar cuenta de una adecuada racionalidad teórica a la intervención penal de los sistemas nacionales cuando ocurren casos de apropiación del patrimonio público a menor escala, propios de la pequeña corrupción. Si bien es cierto que desde esa concepción del patrimonio público se justifica una mayor tutela penal frente al patrimonio privado, no obstante, la misma ni tiene una capacidad de reacción suficiente, ni es comprensiva de toda la magnitud del daño social que supone el expolio de grandes volúmenes del patrimonio

público. En todo caso, la idea de que en el delito de expolio se atenta contra la base económica de una sociedad proviene de la función de complementación del bien jurídico patrimonio público. La forma de destrucción total o parcial de los fundamentos esenciales de la vida económica de una sociedad se realiza, precisamente, a través del ataque a los bienes que integran las riquezas nacionales de esa sociedad.

- 8) **El bien jurídico lesionado y la determinación del daño producido por el expolio:** La gran corrupción y en especial los actos de expolio, son capaces de afectar el desarrollo económico y sociopolítico de los países que las padecen, incluso, pueden llevar a esas naciones a la bancarrota. Un saqueo organizado y sistemático o a gran escala de las riquezas y recursos de una nación por parte de los jefes de Estado y funcionarios de mayor nivel ataca de forma sistemática y masiva a los derechos humanos de la población. El hecho en cuestión no afecta, por tanto, exclusivamente a víctimas individuales, sino que representa *una amenaza para la comunidad internacional en su conjunto y los intereses más importantes de la comunidad internacional.*

En consecuencia, en primer lugar, el expolio de las riquezas de las naciones es un acto inhumano cometido por los gobernantes contra la población que provoca un extremo daño social al afectar el desarrollo de los pueblos y la soberanía que estos tienen sobre sus riquezas nacionales. En segundo lugar, un daño de tal magnitud realizado mediante ataques masivos o a gran escala va mucho más allá de una simple lesión al patrimonio público, con estas conductas se conculcan los fundamentos esenciales de la vida económica de una sociedad. Un bien jurídico distinto es lesionado: *la base económica de una sociedad.* La protección de los fundamentos esenciales de la vida económica de una sociedad como bien jurídico supraindividual distinto al patrimonio público, se justifica a

través de la consideración del criterio de gravedad (*“seriousness”*), el cual nos permite, de acuerdo a las conductas, clasificar los tipos de daños (*harms*) en términos de su gravedad. La diversa magnitud del daño producido significa la distinta naturaleza de los bienes jurídicos en juego y diferentes formas de lesión de los mismos y, en consecuencia, exigen tratamientos diferentes e incompatibles. Así, el bien jurídico patrimonio público queda ya lesionado con la acción de desposesión de un bien integrante de ese patrimonio. Pero cuando los resultados de lesión del patrimonio público forman parte de un ataque masivo o sistemático que representan un factor idóneo de magnificación del daño, estos resultados únicamente suponen la peligrosidad de la conducta para la base económica de una sociedad y para los derechos fundamentales de las generaciones presentes y futuras.

Para determinar si el daño causado es suficiente para lesionar el bien jurídico bases económicas de una sociedad consideramos oportuno pasarlas por los tamices del principio del daño (*“harm principle”*) y determinar si los actos en cuestión causan un daño colectivo (*“collective harm”*) en un sentido relevante para este principio. En esta línea de ideas cabe indagar, en primer lugar, si los intereses en juego están diseñados como condiciones necesarias de suprema importancia para que los miembros de una sociedad puedan realizar un proyecto de vida verdaderamente autónomo. En segundo lugar, cómo se cristalizan esos intereses en un bien jurídico de tal importancia que proyecte los daños que sufra a toda la comunidad internacional en su conjunto.

Esto nos lleva a la interpretación de las circunstancias actuales y futuras que rodean los hechos. Estos factores, desde nuestro punto de vista, pueden resultar mejores elementos de juicio en la determinación del daño que los tradicionales criterios cuantitativos determinados objetivamente en los tipos penales. Claro está que aquí no estamos

hablando de requerir una prueba precisa de la relación causal entre la conducta y los daños, sino baremos en la determinación de la gravedad de éste. Esta idea se apoya en jurisprudencia internacional constante que señala la imposibilidad de analizar la gravedad de forma abstracta, sino que deben tenerse en cuenta las características del caso concreto.

- 9) **La internacionalización de los mecanismos de protección de las riquezas nacionales:** La relación con la comunidad internacional y la necesidad de la internacionalización de los mecanismos de protección de las riquezas nacionales resulta, por una parte, de la jerarquía de los intereses afectados; cuya protección es un interés común de todos (o la mayoría) de los Estados. Las violaciones sistemáticas y masivas de los derechos humanos es el objeto de ataque que le confiere a la conducta la dimensión internacional. Por consiguiente, la apropiación masiva del patrimonio público por su gravedad amenaza a los valores fundamentales de la comunidad internacional, esto es: la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. El ataque a los intereses fundamentales de la comunidad internacional otorga al primero una dimensión internacional y lo eleva a la categoría de crimen de derecho internacional.

Por otra parte, la internacionalización se enraíza en dos razones más bien práctica. Consideraciones de utilidad ante la naturaleza transnacional de estos delitos sugieren la internacionalización de la persecución y sanción penal de los mismos, porque su persecución por parte del Estado individual aislado no promete éxito alguno. En segundo lugar, estamos ante el típico caso de los crímenes reforzados por las estructuras estatales, que generalmente no son adecuadamente perseguidos y sancionados por el Estado víctima de los hechos porque la persecución de los autores está en manos de los propios autores. En consecuencia, si

la obligación de castigar estos hechos correspondiera sólo al Estado donde se cometen, tal situación equivaldría muchas veces a hacer de los propios autores los jueces de sus actos y hacerles entrar en una zona de auto-contradicción.

Por tanto, la prevención y castigo del expolio es indudablemente una tarea de la comunidad internacional y, por esta razón el Derecho Internacional, y especialmente el Derecho Penal Internacional, tiene una justificación específica en este caso para configurar una norma que le permita traspasar el “blindaje de la soberanía estatal”.

Sin embargo, el control del expolio de las riquezas nacionales llevado a cabo por los Jefes de Estado o de Gobierno y por el resto de funcionarios de alto nivel, representa un enorme reto para la comunidad internacional. Esto pasa necesariamente por una serie de cambios en la forma de reaccionar en el orden internacional frente a este problema que requiere tanto la ruptura con el imperante equilibrio de poder mundial, así como la búsqueda de un verdadero orden jurídico mundial. De modo que, el planteamiento principal que en este trabajo se ha hecho gira en torno a la propuesta de un “modelo tipo” de expolio como crimen de derecho internacional y la recuperación de activos, ambos de forma complementaria dentro del Sistema del Estatuto de Roma.

- 10) **La estructura de un “modelo tipo” de expolio en el DPI:** Para construir un “modelo tipo” de expolio hemos optado por seguir la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales orientada hacia la estructura bipartita del crimen: *offence-defence*, propia del derecho angloamericano y desde hace tiempo dominante también en el DPI. Con el objetivo de perfilar ese “modelo tipo”, llevamos a cabo esta tarea en el marco de los presupuestos de la responsabilidad individual (*offence*) y al margen de

las posibles causas de su exclusión (*defence*), teniendo en cuenta que estas últimas pertenecen a las reglas generales de imputación del DPI.

En cuanto a los presupuestos de la responsabilidad individual: *actus reus* y *mens rea* del derecho angloamericano, estos se equiparan, respectivamente, a las usuales formas del tipo objetivo y del dolo en el derecho continental europeo.

11) Aspectos externos del “modelo tipo” de expolio (*actus reus*):

La conducta humana que presupone el expolio como crimen de derecho internacional la entendemos como cualquier *acto de sustracción de las riquezas de un Estado dirigido a la desposesión antijurídica* de la población, cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático o como parte de un ataque a gran escala contra esas riquezas.

El expolio provoca como consecuencia (*consequence*) la destrucción de los fundamentos económicos, sociales, y políticos de un Estado y la lesión de los derechos económicos, sociales y culturales de la población de ese Estado. No obstante, somos de la opinión que la materialización de esas consecuencias no es relevante para que se produzca la configuración del tipo de expolio.

Los elementos contextuales (*contextual elements*) o circunstancias de contexto que como presupuestos objetivos que confieren a la conducta de expolio una dimensión internacional lo constituye el hecho de que el comportamiento típico se lleve a cabo en el marco de un contexto colectivo de ejercicio de violencia sistemática o a gran escala contra las riquezas nacionales. Los hechos individuales forman parte de una relación funcional de conjunto que integran un *hecho global*.

12) Aspectos internos del “modelo tipo” de expolio (*mens rea*): Respecto al aspecto interno del expolio se deduce que esta conducta además del dolo

directo no exige un dolo más intenso. En este caso la “*specific intent*”, entendida en el sentido de una voluntad orientada a un fin, no es otra que la intención de desposesión de los bienes públicos. Es suficiente con que la intención de desposesión del autor esté presente en el momento de la ejecución de la acción típica con conocimiento de que su acción es parte de una agresión generalizada o sistemática contra los fundamentos esenciales de la economía de una sociedad o de una parte de ésta. Siempre debe de poder determinarse que el propio autor en su acción (“*conduct*”) ha actuado con la intención de desposesión (“*specific intent*”) y con el conocimiento (“*knowledge*”) de que dicha conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático (“*circumstance*”). Este argumento sigue una posición clara del derecho internacional consuetudinario, según la cual, en los crímenes contra la humanidad es suficiente la presencia objetiva de un hecho global y no se exige que el dolo del autor abarque este requisito.

En cuanto al aspecto interno de las *consecuencias* del expolio –la destrucción de las bases económicas, sociales y culturales de una sociedad–, concluimos que el autor debe, en el momento de la comisión, o bien proponerse causar dicha consecuencia o bien, en cualquier caso, ser consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. Es decir, que el autor al atacar las riquezas de una nación, actúa con conciencia del peligro de *destrucción de los fundamentos esenciales de la economía de una sociedad* pero abandona al desarrollo de los hechos el que este peligro se materialice. El ánimo de destrucción no constituye un elemento subjetivo del tipo sino que sería un elemento de la culpabilidad.

En cuanto a los elementos contextuales, consideramos que la relación entre la conducta individual de desposesión del sujeto activo y el ataque generalizado o sistemático sobre las riquezas nacionales no puede ser

determinada, de modo meramente objetivo, sino que resulta de la *actitud interna* del autor hacia el hecho. Solo cuando el autor se representa la acción individual como parte de una serie de actos que tiene lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar, en un marco de ataque generalizado o sistemático contra las riquezas nacionales, esos hechos individuales se consideraran crímenes de derecho internacional. Sería suficiente con que el conocimiento del hecho global de expolio esté presente en el momento de la ejecución de la acción típica; no se exigiría la planificación previa por parte del autor.

Por tanto, el aspecto interno del expolio exige dolo respecto del hecho individual y conocimiento del contexto funcional.

- 13) **La recuperación de las riquezas expoliadas:** Debe considerarse la recuperación de las riquezas expoliadas como parte necesaria de la evolución de la justicia internacional y una contribución importante en la lucha contra la impunidad, e igualmente en la materialización del deseo de que la justicia tenga significado, por ser un medio que contribuye a un fin, que son las personas. Así, la justicia penal internacional se integraría dentro de una ciencia moderna del derecho penal, orientada a las consecuencias, que pretende verificar continuamente el resultado de sus decisiones, y que por tanto, no puede prescindir de la base empírica ni de la vinculación a la realidad que le da un enfoque holístico entre el bien jurídico, el daño producido, las consecuencias de la conducta y la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación.

Desde nuestro punto de vista compartido con el enfoque que el sistema de justicia internacional otorga a las víctimas y comunidades afectadas por los crímenes, como hemos puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, la recuperación de las riquezas expoliadas debe encontrar su

fundamento más allá del hecho del injusto enriquecimiento y de los fines meramente represivos, fijando así la atención en el afección que sufren con estas conductas el desarrollo y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos.

14) **El decomiso de activos sin condena (*Non-Conviction Based Confiscation*, NCB) como el instrumento más adecuado en la recuperación de activos:** Dentro del esquema general, existen variaciones considerables en el proceso de recuperación de activos entre las jurisdicciones. En la investigación desarrollada en este trabajo, es apreciable, en general, cómo el comiso se ha consolidándose en los últimos años como institución de gran importancia en el control de la criminalidad de especial gravedad, hasta el punto de considerársele el “arma central” dentro del conjunto de instrumentos dirigidos a hacer frente a la criminalidad macroeconómica. Entonces, podemos tomar como punto de partida la hipótesis que el comiso constituye una pieza clave dentro del engranaje del sistema de recuperación de activos de origen delictivo y por ende es un instrumento muy eficaz en la lucha contra la expoliación.

Dentro del proceso general para la recuperación de activos y de las diferentes vías de recuperación, la iniciativa StAR considera al decomiso de activos sin condena (*Non-Conviction Based Confiscation*, NCB) como “una herramienta de suma importancia para recuperar los productos e instrumentos de la corrupción, en particular en los casos en que los productos se transfieren al exterior”. Según esta iniciativa, el NCB “constituye un mecanismo legal que prevé el control, la captura y el decomiso de los activos robados sin la necesidad de una condena penal; puede ser esencial para la recuperación exitosa de los activos cuando el delincuente está muerto, se ha fugado de la jurisdicción, es inmune a la

investigación o al enjuiciamiento, o es esencialmente demasiado poderoso para enjuiciarlo”.

Teniendo como punto de partida lo previsto por la UNCAC puede establecerse un sistema de decomiso de activos NCB válido tanto para jurisdicciones de *civil law* y de *common law*. Si bien es cierto que el NCB presenta ventajas respecto a las modalidades de comiso basado en una condena penal, no obstante, es importante analizar los fundamentos y alcance de cada una de estas modalidades y su conformidad con el respeto y garantías fundamentales, buscando siempre alcanzar ese frágil equilibrio entre eficacia y garantías.

- 15) **La necesaria creación de un Organismo Internacional para la Recuperación de Activos (OIRA):** Finalmente, consideramos que a nivel internacional y dentro del sistema del Estatuto de Roma se hace imprescindible la creación como dependencia de la Corte (conjuntamente a la Oficina del Defensor Público para las Víctimas, el Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas y la Fiscalía) de un Organismo Internacional para la Recuperación de Activos (OIRA). Allí donde los Estados no pudieran hacerlo por falta de capacidad, un OIRA debe estar disponible y capacitado a poner en marcha el proceso de recuperación de activos y, también, estar dispuesto a ayudarles a los Estados a desarrollar las capacidades en este sector.

Asimismo, es necesaria la creación de un OIRA porque, al igual que a nivel nacional, al instruirse una causa ante un tribunal internacional, debe existir un sistema para la planeación, mantenimiento y disposición de las riquezas, previos al decomiso, que sea expedito y eficiente.

Crear un sistema internacional de recuperación de activos efectivo requiere no sólo la adopción y ratificación de instrumentos jurídicos que proporcionen las herramientas adecuadas y una eficiente cooperación

de inteligencia financiera y de las autoridades judiciales del país donde se encuentren las riquezas, sino también una infraestructura organizativa con el fin de hacer frente a la miríada de problemas prácticos que ocurren al manejar propiedades incautadas y confiscadas, que incluyen la custodia, almacenaje seguro, administración y disposición de dichas propiedades en los diferentes lugares que se encuentren y en las respectivas jurisdicciones que rijan en los mismos.

16) **La ampliación de la competencia de la CPI:** En nuestra opinión y a la luz de los argumentos criminológicos, político-criminales y jurídicos expuestos en este trabajo, nada obsta para que sea reconocido el expolio de los recursos naturales y riquezas nacionales como un grave crimen que constituye una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. De ahí que, propongamos que a la hora de examinar la posibilidad de calificar el expolio como crimen de derecho internacional, dicha posibilidad deberá ser analizada atendiendo a las facultades de la CPI y considerar seriamente en la próxima Conferencia de Revisión del ECPI la pertinencia de ampliar su competencia material para incluir el expolio de las riquezas nacionales dentro de la jurisdicción de la CPI. Esto conllevaría, necesariamente, a incluir en el sistema del Estatuto de Roma la creación de un Organismo Internacional de Recuperación de Activos (OIRA) para poder llevar a cabo una adecuada estrategia internacional de recuperación de activos expoliados. Todo ello es acuciante para una efectiva justicia internacional que propugna por la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

- ABENDROTH, Wolfgang, “El Estado de derecho democrático y social como proyecto político”. En: ABENDROTH/FORSTHOFF/DOEHRING, *El Estado social*. Madrid: CEPC, 1986.

- AGAMBEN, Giorgio, *Stato di eccezione. Homo sacer, II, 1*. 1ª ed. Torin: Bollati Boringhieri, 2003.

- AGUADO CORREA, Teresa, “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del código penal”. *RECPC*, nº 05-04, 2003, pp. 04:1- 04:24.
 - AMBOS, Kai,
 - *Derecho y proceso penal internacional. Ensayos críticos*. México, D. F.: Fontamara, 2008.

 - *La parte general del derecho penal internacional: Bases para una elaboración dogmática* (trad. de Ezequiel Malarino). Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

 - *Impunidad y derecho penal internacional*. 2ª ed. act. y rev. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

- "Impunidad, derechos humanos y derecho penal internacional". *Nueva Sociedad*, n° 161, mayo/junio 1999, pp. 86-102 (disponible en: http://www.nuso.org/upload/articulos/2770_1.pdf).

- AMELUNG, Knut,

- „Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz“. En: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 2003, pp. 155-182.

- *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der ‚Sozialschädlichkeit‘ des Verbrechens*. Fráncfort de Meno: Athenäum, 1972.

- ANDRÉS IBÁNEZ, Perfecto,

- "Introducción". En: ANDRÉS IBÁNEZ, Perfecto (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996.

- "Estado de derecho, jurisdicción y corrupción: una reflexión desde España". *Pena y Estado, vol. 1: Corrupción de funcionarios públicos*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1995.

- ANNAN, Kofi, "Prefacio". En: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito-Viena, *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*. Nueva York: Naciones Unidas, 2004, pp. iii-iv.

- ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale I*. 15ª ed. integrada y actualizada por C. F. GROSSO. Milán: Giuffrè Editore, 2008.

- *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*. 16° ed. Milán: Giuffrè, 2003.
- ARROYO/BERDUGO/FERRÉ/GARCÍA/SERRANO/TERRADILLOS (dirs.), *Comentarios al código penal*. Madrid: Iustel, 2007.
- ARDITO, Francesco, “**Frode ai danni** dell’Unione Europea e Corruzione”. En: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos (ed.), *Fraude y corrupción en la administración pública*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, pp. 313-327.
- ASHWORTH, Andrew, *Principles of Criminal Law*. 6ª ed. Nueva York: Oxford University Press, 2009.
- ASÚA BATARRITA, Adela,
 - “**Atenuantes postdelictivas**: necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena”. En: GARRO CARRERA, Enara/ASUA BATARRITA, Adela, *Atenuantes de reparación y de confesión: Equívocos de la orientación utilitaria (a propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*. Valencia: Tirant lo blanch, 2008.
 - “Terrorismo y conductas periféricas. La tensión de los principios penales en los límites del derecho”. En: GARCÍA RAMÍREZ/ISLAS DE GONZÁLEZ: *Panorama internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología. Cultura y sistemas jurídicos comparados. Séptimas jornadas sobre justicia penal*. 1ª ed. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 35-68.

- “**El daño patrimonial** en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin”. *ADPCP*, XLVI, Fasc/Mes 1, 1993, pp. 81-166.

- “**La tutela penal** del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”. En: ASÚA BATARRITA, Adela, (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*. Bilbao: IVAP, 1997, pp. 13-55.

- BADIE, Bertrand, *La diplomatie de connivence. Les dérives oligarchiques du système international*. Paris: La Découverte, 2011.

- BARQUÍN SANZ, Jesús/OLMEDO CARDENETE, Miguel: “Conversaciones: Dr. Enrique Gimbernat Ordeig”, en *RECPC*, nº 3, julio 2001(disponible en <http://criminet.ugr.es>).

- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Los delitos de estafa en el código penal*. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces, 2004.

- BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUARÉZ GÓMEZ, *Manual de derecho penal. Parte especial: delitos patrimoniales y económicos*. 2ª ed. Madrid: Ceura, 1993.

- BARATTA, Alexandro,
 - “**Criminologia e dogmatica** penale. Passato e futuro del modelo integrato di scienza penalistica”. *La Questione criminale*, Año V, nº 2, 1979, pp. 152-173.

 - “Criminología crítica y política criminal alternativa”. *Revue Internationale de droit pénal*, 1978, pp. 43-55.

- BARDHAN, Pranab, "Corruption and Development: A Review of Issues". En: HEIDENHEIMER, Arnold/JOHNSTON, Michael (eds.), *Political corruption. Concepts & Contexts*. 3ª ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002, pp. 321-338.
- BARQUÍN SANZ, Jesús/OLMEDO CARDENETE, Miguel, "Conversaciones: Dr. Enrique Gimbernat Ordeig". *RECPC*, nº 03-c2, julio 2001 (disponible en <http://criminet.ugr.es>).
- BASSIOUNI, Cherif, "**The Subjects of International Criminal Law: Ratione Personae**". En: el mismo (ed.), *International Criminal Law: Sources, Subjects, and Contents*. 3ª ed., vol. I. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 41-70.
- BASSIOUNI, M. Cherif /GUALTIERI, David S., "**Mecanismos internacionales de control** de las ganancias procedentes de actividades ilícitas" (trad. Isidoro BLANCO CORDERO). *RDPC*, n.º 6, Madrid, 1996, pp. 53-136.
- BASSIOUNI, Cherif/WISE, Edward M., *Aut dedere aut judicare: the duty to extradite or prosecute in international law*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- BECK, Ulrich,
 - *Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*. Fráncfort de Meno: Suhrkamp, 2007.
 - *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Fráncfort de Meno: Suhrkamp, 1986.
- BENERÍA, Lourdes/SARASÚA, Carmen, "Crímenes económicos contra la humanidad". En: *El País*, 29/03/2011 (disponible en: http://elpais.com/diario/2011/03/29/opinion/1301349604_850215.html).

- BERDUGO, Ignacio, “**Derechos humanos** y Derecho penal”. *EPC*, nº 11, 1986-1987, pp. 27-62.

- BERNDER, Thomas (ed.), *The Antislavery Debate: Capitalism and Abolitionism as a Problem in Historical Interpretation*. Berkeley/Los Angeles/Londres: University of California Press, 1992.

- BERMEJO MARCOS, Fernando, “**La globalización del crimen** organizado”. *Eguzkilore*, San Sebastián, nº 23, 2009, pp. 99-115.

- BERTUOL, Roberto, “La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali”. Todos en: FORNASARI, Gabriele/LUISI, Nicola (eds.), *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*. Padova: Cedam, 2003, pp. 229-33.

- BESNÉ MAREÑO, Rosario, *El crimen internacional. Nuevos aspectos de la responsabilidad internacional de los estados*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999.

- BLANCO CORDERO, Isidoro,
 - “**El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?**”. En: *La Ley*, año XXXII, nº 7569, 15 febrero 2011, pp. 1-9.

 - “**Introducción. La estrategia de la Unión** Europea en la lucha contra los productos de la delincuencia organizada: garantizar que el delito no resulte provechoso (*making sure that crime doesn't pay*)”. En: ARANGÜENA FANEGO, Coral (dir.), *Espacio europeo de libertad*,

seguridad y justicia: últimos avances en la cooperación judicial penal. Valladolid: Lex Nova, 2010, pp. 350-378.

- **“Armonización-aproximación de la legislación** en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito”. En: ARANGÜENA FANEGO, Coral (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal.* Valladolid: Lex Nova, 2010, pp. 350-378.
- **“Eficacia del sistema de prevención** del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (*compliance*) desde una perspectiva criminológica”. *Eguzkilore*, nº 23, San Sebastián, 2009, pp. 117-138.
- **“La aplicación del comiso** y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos”. En: *ReAIDP/e-RIAPL*, A-01, 2007, pp. 1-19.
- **“La corrupción desde una perspectiva** criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional”. En: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.), *Serta in memoriam Alexandro Baratta.* Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pp. 267-296.
- BOISTER, Neil, “Teatry Crimes, International Criminal Court?” *New Crim. L. Rev.*, vol. 12, nº 3, 2009, pp. 341-365.
- BOWMAN, Blythe A., “Transnational Crimes against Culture Looting at Archaeological Sites and the ‘Grey’ Market in Antiquities”. *CCJ*, vol. 24, nº 2, agosto 2008, pp. 225-242.

- BROOMHALL, Bruce, *International Justice & The International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*. Nueva York et. al.: Oxford University Press, 2003.

- BUNZEL/SCHMIDT/STOLLE, "Sitzung, Rechtsgutstheorie und Harm Principle". En: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 2003, pp. 291-296.

- BURN, J.-P./GRAY, L./SCOTT, C./STEPHNSON, K., *Asset Recovery Handbook: A Guide for Practitioners*. Washington, DC.: Banco Mundial, 2011.

- BUSTOS GISBERT, Rafael: "**La recuperación de la responsabilidad política** en la lucha contra la corrupción de los gobernantes: una tarea pendiente", en RODRÍGUEZ GARCÍA, N./FABIÁN CAPARRÓS, E. (coords.): *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan,
 - "Política criminal y Estado". En: AA. VV., *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruíz*, Vol. I. Valencia: Universitat de València, 1998, pp. 317-325.

 - *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 4ª ed. (aumentada, corregida y puesta al día por: Hernán Hormazábal Malarée). Barcelona: PPU, 1994.

- CADOPPI, Alberto, *Materiali per un'introduzione allo Studio del diritto penale comparato*. Padova: CEDAM, 2004.

- “**Liberalismo, paternalismo** e diritto penale“, en FIANDACA/FRANCOLINI (dirs.), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*. Torino: Giappichelli, 2008, pp. 83-123.
- CARMONA, Angelo, *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*. Bologna: Il Mulino, 1996.
- CARZOLA PRIETO, Soledad, “El comiso. Ganancias procedentes del delito en relación con la sentencia de 29 de julio de 2002. Caso Banesto”. En: BARJA DE QUIROGA, Jacobo; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. T. I. Madrid/Barcelona: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset/Marcial Pons, 2004, pp. 79-87.
- CASABÓ RUÍZ, José, “**Introducción al estudio** de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”. En: del mismo (dir.), *Escritos penales*. Vol. 8 de Colección de Estudios. Valencia: Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal - Universidad de Valencia, 1979.
- CASTILLO MONTERREY, Marcelo A.: “La corrupción y sus efectos en la legitimidad del modelo de Estado constitucional”. *Estudios en Derecho y Gobierno*, Bogotá, nº 2 (1), Universidad Católica de Colombia, 2009, pp. 83-102.
- CASTRO MORENO, Abraham, *La malversación de caudales en el código penal de 1995*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001.
- CASSESE, Antonio,
 - *International Criminal Law*. 2ª ed. Oxford/Nueva York (et. alt.): Oxford University Press, 2008.

- "Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law". *Eur J. Int. Law*, vol. 12, nº 5, 2001, pp. 993-1001.
- CASSESE/ACQUAVIVA/FAN/WHITING, *International Criminal Law: Case's and Commentary*. Nueva York: Oxford University Press, 2011.
- CEREZO MIR, José, "**La actual orientación político-criminal** del Código Penal español". En: GARCÍA RAMÍREZ/ISLAS DE GONZÁLEZ: *Panorama internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología. Cultura y sistemas jurídicos comparados. Séptimas jornadas sobre justicia penal*, 1ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2007, pp. 519-546.
- CERVINI, Raúl, "**Macrocriminalidad económica** contemporánea. Nuevas reflexiones sobre aspectos conceptuales y metodológicos". *RDPC*, 2ª Época, nº 14, 2004, pp. 117-154.
- CHANG, David N., "Stealing Beauty: Stopping the Madness of Illicit Art Trafficking". *Hous. J. Int'l L.*, vol. 28, 2006, pp. 829-870.
- CLARK, Roger S., "**Subjektive Merkmale im Völkerstrafrecht**". *ZStW*, vol. 114, nº 2, 2002, pp. 372-402.
- CLARKSON, Thomas, *The History of the Rise, Progress, and Accomplishment of the Abolition of the African Slave-Trade by the British Parliament*. London: impreso por R. Taylor & Co., para Longman, Hurst, Rees y Orme, 2 vols., 1808.
- CONTRERAS ALFARO, Luis Humberto, *Los delitos económicos relacionados con la corrupción*. Santiago, Chile: La Aurora, 2004.

- CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, “**Valoración crítica de la reforma del comiso** (LO 15/2003, de 25 de noviembre)”. En: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.), “*Universitas vitae*”. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, pp. 109-125.

- CREEGAN, Erin, “A Permanent Hybrid Court for Terrorism”. *Am. U. Int’l L. Rev.*, vol. 26, 2011, pp. 237-314.

- CRESPI, Alberto/ STELLA, Federico/ZUCCALÀ, Giuseppe (dirs.), *Commetario breve al codice penale*. Milán: CEDAM, 2003.

- CRIPPS, Elizabeth, “Climate change, collective harm and legitimate coercion”. *CRISPP*, vol. 14, nº 2, marzo 2011, pp. 171-193 (disponible en: <http://www.tandfonline.com/toc/fcri20/14/2>).

- CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”. *EGUZKILORE*, nº 17, San Sebastián, diciembre 2003, pp. 5-26.

- CUGAT MAURI, Miriam,
 - *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*. Barcelona: Cedecs, 1997.

 - “Tráfico de influencias (art. 8)”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis/NIETO MARTÍN, Adán, *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 61-77.

- CUNILL GRAU, Nuria, “**Modernización administrativa** y nueva institucionalidad pública en América Latina”. *RVAP*, nº 45 (2), Oñate, 1996, pp. 347-363.
- DAMASO SIMÕES, Euclides, “Sesión especial: cooperación judicial internacional y armonización de leyes en el ámbito europeo”. En: AA. VV., *La cooperación internacional en contra de la corrupción y el delito organizado transnacional: Balance y perspectivas. Conclusiones de un seminario para los países andinos: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, UNICRI, 2007, pp. 223-230.
- d’ANJOU, Leo, *Social Movements and Cultural Change: The First Abolition Campaign*. Nueva York: Aldine de Gruyter, 1996.
- DAVID, Pedro, “Corrupción en el sector público y el enriquecimiento ilícito”. En: AA. VV., *La cooperación internacional en contra de la corrupción y el delito organizado transnacional: Balance y perspectivas. Conclusiones de un seminario para los países andinos: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. UNICRI, 2007, pp. 47-60.
- DAVID, Pedro, “Recuperación de activos”. En: AA. VV., *La cooperación internacional en contra de la corrupción y el delito organizado transnacional: Balance y perspectivas. Conclusiones de un seminario para los países andinos: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. UNICRI, 2007, pp. 87-90.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto,
 - “¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?”. *Eguzkilore*, San Sebastián, nº 23, 2009, pp. 245-259.
 - “**El concepto de patrimonio** y de daño patrimonial en el delito de estafa”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis/NIETO MARTÍN, Adán, *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y*

- fraude*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 205-230.
- *La respuesta a la corrupción pública: Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*. Granada: Comares, 2004.
 - *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación (El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida)*. Barcelona: PPU, 1994.
 - DE LA MATA, Norberto/ETXEBARRIA, Xabier, *Malversación y lesión del patrimonio público*. Barcelona: Bosch, 1995.
 - DELAZAY, Yves/GARTH, Bryant, "Merchants of Law as Moral Entrepreneurs: Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes". *Law and Society Review*, nº 29:1, 1995, pp. 27-64.
 - DELMAS-MARTY, Mireille: "**Introducción**. Objetivos y metodología". En: DELMAS-MARTY/PIETH/SIEBER (dirs.), *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2009, pp. 27-40.
 - "**Estudios jurídicos comparados** e internacionalización del derecho" (trad. de Aurelia Richard Rodríguez, revisión Luis Arroyo Zapatero). *RP*, nº 15, 2005, pp. 46-56.
 - (dir.), *Corpus Juris, sobre disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*. París: 1997 (disponible en: http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/fwk-green-paper-corpus/corpus_juris_es.pdf).
 - DELMAS-MARTY/PIETH/SIEBER (dirs.), *Los caminos de la armonización penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- DELMAS-MARTY, Mirelle/VERVAELE, J. A. E. (eds.), *Un Derecho Penal para Europa: Corpus Juris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*. Madrid: Dykinson, 2004.
- DE PALMA, Angelo, *Manuale delle misure di prevenzione: Linee teoriche e operative*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli editore, 2008.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, "Sobre la armonización de las sanciones en la Unión Europea". En: ARROYO ZAPATERO, Luis/NIETO MARTÍN, Adán (eds.), *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 501-517.
- DEWIND, Josh/KINLEY, David H., *Aiding Migration: The Impact of International Development Assistance on Haiti*. Nueva York: West view Press, 1988.
- DÍAZ PALOS, Fernando, DÍAZ PALOS, Fernando, "Malversación de caudales públicos". *NEJ*, Barcelona, t. XV, Seix Barral, 1972, pp. 816-824.
- DÍEZ-PICAZO, Luis M.: *La criminalidad de los gobernantes*, 2ª ed. Barcelona: Crítica, 2000.
- DÍEZ MORENO, Fernando, *El Estado social*. Madrid: CEPC, 2004.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un de bate desenfocado". *RECPC*, nº 07-01, 2005, pp. 01:1-01:37 (disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc>).

-“El control de constitucionalidad de las leyes penales”. *REDC*, Año 25, nº 75, 2005, pp. 59-106.

“El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”. *RECPC*, nº 06-03, 2004, pp. 03:1-03:34 (disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc>).

- DI FILIPPO, Marcello, “Terrorist Crimes and International Co-operation: Critical Remarks on the Definition and Inclusion of Terrorism in the Category of International Crimes”. *Eur J. Int. Law*, vol. 19, nº 3, 2008, pp. 533-570.
- DINSTEIN, Yoram, “Defences”. En: MCDONALD, Gabrielle Kirk/SWAAK-GOLDMAN, Olivia (eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts*. Vol. I: Commentary. La Haya (et. alt.): Kluwer Law International, 2000, pp. 371-389.
- DOES DE WILLEBOIS, E./ HALTER, E./HARRISON, R./PARK, J. W./SHARMAN, J. C., *The Pupper Masters: How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It*. Washington, DC.: Banco Mundial, 2011.
- DRUMBL, Mark A., “International Human Rights, International Humanitarian Law, and Environmental Security: Can the International Criminal Court Bridge the Gaps?” *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, vol. 5, nº 2, 2000, pp. 305-341.
- DUPUY, Alex, *Haiti in the World Economy: Class, Race, and Underdevelopment since 1700*. Nueva York: West view Press, 1989.
- ELLIOTT, Kimberly Ann, “Corruption as an International Policy Problem”. En: HEIDENHEIMER, Arnold/JOHNSTON, Michael (eds.), *Political corruption. Concepts & Contexts*. 3ª ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002, pp. 925-942.
- ESER, Albin, „§242”. En: *Strafgesetzbuch Kommentar*. Múnich: C. H. Beck, 2001.

- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier, “Malversación de caudales públicos”. En: ASÚA BATARRITA, Adela, (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*. Bilbao: IVAP, 1997, pp. 179-203.
- ETZIONI, Amitai, *Capital: Corruption. The new attack on America democracy*. San Diego: Harcourt, 1984.
- ETZIONI-HALEVY, Eva, “Exchanging Material Benefits for Political Support: A Comparative Analysis”. En: HEIDENHEIMER, Arnold/JOHNSTON, Michael (eds.), *Political corruption. Concepts & Contexts*. 3ª ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002, pp. 233-250.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo,
 - *Estrategias internacionales desarrolladas en la recuperación de activos*. Ponencia inédita brindada en la República Plurinacional de Bolivia en el marco del Diplomado en investigación penal de hechos de corrupción.
 - *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
 - “**Consideraciones de urgencia** sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas”. En: *ADPCP*, tomo XLVI, fascículo II, 1993, pp. 585-624.
- FEINBERG, Joel,

- *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 3: Harm to Self.* Nueva York: Oxford University Press, 1986.
- *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 1: Harm to Others.* Nueva York/Oxford: Oxford University Press, 1984.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, *Ley de partidos políticos y derecho penal. Una nueva perspectiva en la lucha contra el terrorismo.* Valencia: Tirant lo blanch, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi,
 - “**Criminalidad y globalización**”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIX, nº 115, enero-abril 2006, pp. 301-316 (disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/>).
 - *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Prólogo de Norberto Bobbio). Madrid, Trotta, 9ª ed., 2009.
 - “**El Estado constitucional** de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”. En: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción.* Madrid: Trotta, 1996, pp. 15-29.
 - “Estado de derecho, jurisdicción y corrupción: una reflexión desde España”. *Pena y Estado, vol. 1: Corrupción de funcionarios públicos*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1995.
- FIANDACA, Giovanni, “**Deritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia**”. En: FIANDACA/FRANCOLINI (dirs.), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto.* Torino: Giappichelli, 2008, pp. 153-163.

- FIANDACA, Giovanni/DI CHIARA, Giuseppe, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*. Nápoles: Jovene editore, 2003.
- FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo,
 - *Diritto Penale. Parte Speciale. Vol. I*, 4ª ed. Bologna: Zanichelli Editore, 2007.
 - *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contra il patrimonio*. Vol. II, tomo 2º, 4ª ed. Bologna: Zanichelli Editore, 2005.
- FORSTHOFF, Ernst, *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*, Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung (existe version en castellano: “Problemas constitucionales del Estado social”. En: ABENDROTH/FORSTHOFF/DOEHRING: *El Estado social*. Madrid: CEPC, 1986). Münster-Westf, Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung, 1954.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión* (trad. Aurelio Garzón), 1ª ed., 1ª reimp. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2002.
- FRANCO VASCO, Andrés, “**El tema de la corrupción** y la respuesta multilateral”. En: AA. VV.: *Talleres de divulgación e implementación de la Convención interamericana contra la corrupción*. Santa Fe de Bogotá: JAVEGRAF, 1999.
- FRANCOLINI, Giovanni,
 - “**Il dibattito angloamericano** sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice”. En: FIANDACA/FRANCOLINI (dirs.), *Sulla legittimazione*

- del diritto penale. Culture europeo-continental e anglo-americana a confronto.*
Torino: Giappichelli, 2008, pp. 1-26.
- “**L’harm principle del diritto** angloamericano nella concezione di Joel Feinberg”. *RIDPP*, Milán, n° 51, Giuffrè, 2008, pp. 276-308.
 - FRIEDRICH, Carl J., “Corruption concepts in historical perspective”. En: HEIDENHEIMER, Arnold/JOHNSTON, Michael (eds.), *Political corruption. Concepts & Contexts*. 3ª ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002, pp. 15-23.
 - PALERMO GALAIN, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
 - GALLEGO SOLER, José Ignacio, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. Valencia: Tirant lo blanch, 2002.
 - GARCÍA ALBERO, Ramón, “Libro I: Título III (art. 78)”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.)/MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*. 6ª ed. (1ª con este título). Navarra: Aranzadi, 2011, pp. 562-579.
 - GARCÍA ARÁN, Mercedes,
 - “Prólogo”. En: CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*. Barcelona: Cedecs, 1997.
 - *La prevaricación judicial*. Madrid: Tecnos, 1990.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, 5ª ed. Navarra: Civitas, 2005.
- GARCÍA MEXÍA, Pablo: *Los Conflictos de Intereses y la Corrupción Contemporánea*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2001.
- GARDINER, John, "Defining Corruption". En: HEIDENHEIMER, Arnold/JOHNSTON, Michael (eds.), *Political corruption. Concepts & Contexts*. 3ª ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002, pp. 25-40.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "**Acerca del concepto** de corrupción". En: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*. Madrid: Alianza editorial, 1997.
- GERAGHTY, Anne H, "Universal Jurisdiction and Drug Trafficking: A Tool for fighting one of the World's most pervasive Problems". *Fla. J. Int'l L.*, vol. 16, 2004, 371-403.
- GIL GIL, Alicia,
 - "**Die Tatdestände der Verbrechen** gegen die Menschlichkeit und des Völkermordes in Römanischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs". *ZStW*, vol. 112, nº 2, 2000, pp. 381-397.
 - *Derecho Penal Internacional: especial consideración del delito de genocidio*. Madrid: Tecnos, 1999.
 - *El genocidio y otros crímenes internacionales*. Valencia: Centro Francisco Tomás y Valiente, 1999.

- GOLDSTONE, Richard J./SIMPSON, Janine, "Evaluating the Role of the International Criminal Court as a Legal Response to Terrorism". *Harv. Hum. Rts. J.*, vol. 16, 2003, pp. 13-26.
- GONZÁLEZ, Eric, "La nueva camorra". *EPS*, nº 1.498, 12 de junio de 2005, pp. 38-47(disponible en: http://elpais.com/diario/2005/06/12/eps/1118557610_850215.html).
- GONZÁLEZ CUSSAC,
 - *El delito de prevaricación de funcionario público*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.
 - "Los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual". En: ORTS BERENGUER, Enrique (dir.), *Delitos de los funcionarios públicos*. CDJ, Madrid, nº 4, 1994, pp. 57-68.
 - "Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal". *PJ*, nº 28, 1992, pp. 7-36.
- GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, *EL Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Civitas, 2002.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *El Estado social y democrático de derecho*. Pamplona: EUNSA, 1992.
- GONZÁLEZ VIDAURRI/SÁNCHEZ SANDOVAL, "El control social posmoderno en México: El realismo de derecha y la delincuencia organizada". En: GARCÍA RAMÍREZ/ISLAS DE GONZÁLEZ, *Panorama internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología. Cultura y sistemas*

jurídicos comparados. Séptimas jornadas sobre justicia penal, 1ª ed. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 157-172.

- GRACIA MARTÍN, Luis, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’”. *RECPC*, nº 07-02, 2005, pp. 02:1-02:43.
- *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.
- GREENBERG, T. S./GRAY, L./SCHANTZ, D./GARDNER, C./LATHAM, M., *Personas Expuestas Políticamente: Medidas preventivas para el sector bancario*. Washington, DC.: Banco Mundial, 2012.
- GREENBERG, T. S./SAMUEL, L. M./GRANT, WINGATE, G./GRAY, L., *Recuperación de activos robado: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Washington, DC: Banco Mundial, 2009.
- GROIZARD, Alejandro, *El Código penal de 1870*, t. IV. Salamanca: Esteban-Hermanos, 1891.
- HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco,
 - *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1995.
 - *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1989.
- HASSEMER, Winfried/NEUMANN, Ulfrid, „Vor § 1“. En: KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *NK*, t. I. Baden-Baden: Nomos, 2005, pp. 67-149.

- HARCOURT, Bernard: "Neoliberal Penalty: A Brief Genealogy". *Theoretical Criminology*, vol. 14, n° 1, Febrero 2010, pp. 74-92.

- "The collapse of the harm principle", *J. CL&C*, Illinois, vol. 90, n° 1, 1999, pp. 109-194.

- HARDT, Michael/NEGRI, Antonio, *Imperio* (trad. del inglés de Alcira Bixio del original: *Empire*. Cambridge, Massachusetts/Londres: Harvard University Press, 2000). Barcelona/Buenos Aires: Paidós, 2005.

- HARVEY, David, "El 'nuevo' imperialismo: Acumulación por desposesión". En: PANITCH, Leo/LAYES, Colin (eds.), *El nuevo desafío imperial*. Buenos Aires: CLACSO, enero 2005, pp. 99-129.

- HEFENDEHL, Roland (ed.),
 - *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

 - „Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm“. En: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 2003, pp. 119-132.

- HEIDENHEIMER, Arnold, "Perspectives on the Perception of Corruption". En: HEIDENHEIMER, Arnold/JOHNSTON, Michael (eds.), *Political corruption. Concepts & Contexts*. 3ª ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002, pp. 141-154.

- HENNING, Peter J., “**Public Corruption: A comparative** analysis of International Corruption Conventions and United States Law”. *Ariz. J. Int’l & Comp. L.*, vol. 18, nº 3, 2001, pp. 793-865.

- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, “Imputación objetiva y principio de lesividad”, en *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999.

- HÜBER, Bárbara, “La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional”. *RP*, nº 11, 2003, pp. 42-52.

- HUERTA TOCILDO, Susana, *Protección penal del patrimonio inmobiliario*. Madrid: Civitas, 1980.

- HUNTINGTON, Samuel, “Modernization and Corruption”. En: HEIDENHEIMER, Arnold/JOHNSTON, Michael (eds.), *Political corruption. Concepts & Contexts*. 3ª ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002, pp. 253-264.

- IPSEN, Knut/MENZEL, Eberhard/EPPING, Volker, *Völkerrecht*. 6ª ed. Múnich: Beck, 2012.

- JÄGER, Hebert,

- „Ist Politik kriminalisierbar?“ En: LÜDERSEN, Klaus (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, t. III: Makrodelinquenz. Baden-Baden: Nomos, 1998, pp. 121-138.

- „Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts: Kriminalpolitisch-kriminologische Aspekte“. En: HANKEL, Gerd/STUBY, Gerhard (eds.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen: Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*. Hamburgo: Hamburger Edition, 1995, pp. 325-354.

- *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*. Fráncfort de Meno: Suhrkamp, 1989. „Versuch über Makrokriminalität“. *StV* 1988, p. 172-179.

- *Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens: Zur strafrechtlich-kriminologischen Bedeutung der Gruppendynamik*. Fráncfort de Meno: Metzner, 1985. „Gedanken zur Kriminologie kollektiver Verbrechen“. *MschKrim*, 1980, pp. 358-365.

- JAKOBS, Günther,
 - “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”. En: JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel, *El Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003, pp. 21-56.

 - *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (trad. de Cancio Meliá y Feijóo Sánchez). Madrid: Civitas, 1996.

 - *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*. Múnich: Beck, 1992.

- JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel, *El Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

- JESCHECK, Hans-Heinrich,
 - “The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute”. *JICJ*, vol. 2, nº 2, 2004.
 - „Die internationale Genocidium-Konvention vom 9. Dezember 1948 und die Lehre vom Völkerstrafrecht“. *ZStW*, vol. 66, nº 2, 1954, pp. 193-217.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general* (trad. de Olmedo Cardenete). 5ª ed. corregida y ampliada. Granada: Comares, 2002.
- JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel, “**La corrupción en la democracia**”. En: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*. Madrid: Alianza editorial, 1997.
- JOHNSTON, Michael, “Right and Wrong in American Politics: Popular Conceptions of Corruption”. En: HEIDENHEIMER, Arnold/JOHNSTON, Michael (eds.), *Political corruption. Concepts & Contexts*. 3ª ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002, pp. 173-191.
- JORGE, Guillermo,
 - “Introducción”. En: JORGE, Guillermo (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008, pp. XIII-XXXII.

- "el decomiso del producto del delito". En: JORGE, Guillermo (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008, pp. 67-106.

- KAHLO, Michael: „Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht“. En: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 2003, pp. 26-38.

- KIEFER, Heather L., "Just Say No: The Case against Expanding the International Criminal Court's Jurisdiction to Include Drug Trafficking". *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 31: 101, 2008, pp. 157-181.

- KLITGAARD, Robert, *Controlling Corruption*. Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, 1991.

- KNOOPS, Geert-Jan Alexander, *Defenses in Contemporary International Criminal Law*. 2ª ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

- KOFELE-KALE, Ndiva,
 - *The International Law of Responsibility for Economic Crimes*. 2ª ed. Burlington: Ashgate, 2006.

 - "Patrimonicide: The International Economic Crime of Indigenous Spoliation". *Vand. J. Transnat'l L.*, vol. 28, núm. 48, enero 1995, pp. 45-118.

- KOLLER, David, "...and New York and The Hague and Tokyo and Genova and Nuremberg and...: The Geographies of International Law". *Eur J. Int. Law* (2012), vol. 23, n° 1, pp. 97-119.
- KROHNE, Steven W., "The United States and the World need an International Criminal Court as an Ally in the war Against Terrorism". *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 159, 1997-1998, pp. 159-187.
- KUNITZ, Michele, "Switzerland & the International Trade in Art & Antiquities". *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, vol. 21, n° 2, 2000, pp. 519-542.
- LACEY, Nicola, *State Punishment. Political principles and community values*. Londres: Paperback, 1994.
- LAGODNY, Otto, "Legitimation und Bedeutung des Ständigen Internationalen Strafrechtshofes". *ZStW*, vol. 113, n° 4, 2001, pp. 801-826.
- LANE/BROMLEY/HICKS/MAHONEY, "Time Crime: The Transnational Organization of Art and Antiquities Theft". *CCJ*, vol. 24, n° 3, agosto 2008, pp. 243-262.
- LANGER, Winrich, *Das Sonderverbrechen: eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1972.
- LAPORTA, Francisco, "**Introducción general**". En: LAPORTA/ÁLVAREZ (Eds.): *La corrupción política*, Alianza editorial, Madrid, 1997.
- LEFF, Nathaniel H., "Economic Development Through Bureaucratic Corruption". En: HEIDENHEIMER, Arnold/JOHNSTON, Michael (eds.),

Political corruption. Concepts & Contexts. 3ª ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002, pp. 307-320.

- LEMKIN, Raphaël,
 - *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* (nueva presentación de Samantha Power). Nueva Jersey: The Lawbook Exchange, 2005.
 - "Genocide as a Crime under International Law". *Am. J. Int'l L*, vol. 41, nº 1, 1947, pp. 145-151.
- LÓPEZ BARJA, Jacobo, "**De la malversación**". En: CONDE-PUMPIDO, Cándido, *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. III. Madrid: Trivium, 1997.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás, "**Corrupción, ética y democracia**". En: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*. Madrid: Alianza editorial, 1997.
- LÓPEZ DÍAZ, Claudia (trad.), *Código Penal Alemán*. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego, "La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y el principio de jurisdicción universal". En: GARCÍA ARÁN, M./LÓPEZ GARRIDO, D. (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal: El caso Pinochet*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 49-53.

- LÓPEZ GARRIDO, Diego/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador: comentario al texto y al debate parlamentario*. Madrid: Closas-Orcoyen, 1996.

- LÓPEZ, Humberto: “**La Función del Cabildero**. Relaciones con el Gobierno”. *RYP*, nº 23, abril-mayo de 2003 (disponible en: <http://www.razonypalabra.org.mx>, último acceso realizado el 14-06-2012).

- MADRUGA, Antenor, “Sesión especial: la experiencia brasilera en la recuperación de activos”. En: AA. VV., *La cooperación internacional en contra de la corrupción y el delito organizado transnacional: Balance y perspectivas. Conclusiones de un seminario para los países andinos: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, UNICRI, 2007, pp. 91-93.

- McCALISTE, Adrew, “Organized crime and the theft of Iraqi antiquities”. En: *Trends in Organized Crime*, vol. 9, nº 1, 2005, pp. 24-37.

- MAGALDI PATERNOSTRO, María, “**La prevaricación de abogado y procurador**”. En: ORTS BERENGUER, Enrique (dir.), *Delitos de los funcionarios públicos*. CDJ, Madrid, nº 4, 1994, pp. 101-128.

- MALEM SEÑA, Jorge,
 - *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002.

 - *Globalización, comercio internacional y corrupción*, 1ª ed. Barcelona: Gedisa, 2000.

- “**El fenómeno de la corrupción**”. En: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*. Madrid: Alianza editorial, 1997.

- MANACORDA, Stefano,
 - “La traslación legislativa al sistema italiano de los acuerdos internacionales relativos a la corrupción de funcionarios públicos”. En: ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN, *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 423-446.

 - *La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell’indagine penalistica*. Nápoles: Eugenio Jovene, 1999.

 - “**L’efficacia espansiva** del diritto comunitario sul diritto penale”. *Il foro italiano*, Roma, IV, año CXX, vol. CXVIII, 1995, pp. 55-71.

- MANACORDA, Stefano/CHAPELL, Duncan (eds.), *Crime in the Art and Antiquities World: Illegal Trafficking in Cultural Property*. Nueva York, et al.: Springer, 2011.

- MANES, Vittorio, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*. Torino: Giappichelli, 2005.

- MANTOVANI, Ferrando,
 - *Diritto Penale. Parte speciale II: Delitti contro il patrimonio*. 3ª ed. Padova: CEDAM, 2009.

- "The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer". *JICJ*, vol. 1, nº 1, 2003.

- MARCELO, Simeon V., "The long road from Zurich to Manila: The recovery of the Marcos Swiss dollar deposits". En: PIETH, Mark (ed.), *Recovering Stolen Assets*. Berna: Peter Lang AG, 2008, pp. 89-110.

- MARENCO TERCERO, Eduardo, *Nicaragua: entre el patrimonialismo de los Somoza y la corrupción de Alemán*. Managua: Fondo editorial CIRA, 2004.

- MAROTO CALATAYUD, Manuel, *Corrupción y financiación de partidos políticos: Un análisis político-criminal*. Tesis doctoral inédita, Universidad de Castilla-La Mancha, 2012.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, "Los derecho fundamentales y la Constitución a los veinticinco años". *REDUR*, nº 2, año 2004 (disponible en <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/home.htm>).

- MARTÍN-RETORTILLO, Martín, "¿Funcionarios públicos por gracia del partido?". *RAP*, Madrid, CEPC, nº 39, 1962, pp. 229-240.

- MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos: *El delito fiscal*. Madrid: Montecorvo, 1982.

- MARX, Michael: *Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“*. *Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre*. Colonia (et. alt.): Heymanns, 1972.

- MATSHEZA, Phil, *SADC Protocol Against Corruption: "Making it Work"*. Praga: African Workshop, 09 de octubre de 2001 (disponible en:

http://iacconference.org/documents/10th_iacc_workshop_SADC_Protocol_against_Corruption.pdf).

- MAURO, Paolo, "The effects of Corruption on Growth and Public Expenditure". En: HEIDENHEIMER, Arnold/JOHNSTON, Michael (eds.), *Political corruption. Concepts & Contexts*. 3^a ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002, pp. 339-352.
- McCONVILLE, Molly, "A Global War on Drugs: Why the United States should support the Prosecution of Drug Traffickers in the International Criminal Court". *Am. Crim. L. Rev.*, vol. 37, 2000, pp. 75-102.
- McDONALD, Gabrielle Kirk/SWAAK-GOLDMAN, Olivia, "Introduction". En: McDONALD, Gabrielle Kirk/SWAAK-GOLDMAN, Olivia (eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts*. Vol. I: Commentary. La Haya: Kluwer Law International, 2000, pp. xiii-xiv.
- MERLI, Antonella, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema, le fonti, le tecniche di tutela penale*. Nápoles: Ed. Scientifiche Italiane, 2006.
- MERKEL, Reinhard, „Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit im Völkerstrafrecht“. *ZStW*, vol. 114, n° 2, 2002, pp. 437-454.
- MICHELS, Johan David, "Keeping dealers off the Docket: The perils of prosecuting serious Drug-Related Offences at the International Criminal Court". *Fla. J. Int'l L.*, vol. 21, 2009, pp. 449-459.

- MILITELLO, Vincenzo, “**Dogmática penal** y política criminal en perspectiva europea” (trad. Miguel Rodríguez Arias). En: ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTÍN (coords.), *Ciencia y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 41-65.

- MILL, John Stuart, *On Liberty* (editado con una introducción de Gertrude Himmelfarb). Londres: Penguin Books, 1982.

- MILLET, Richard, *Guardianes de la dinastía: historia de la Guardia Nacional de Nicaragua, creada por Estados Unidos, y de la familia Somoza*. San José: Educa, 1979.

- MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*. Barcelona: Bosch, 2000.

- MOCCIA, Sergio, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*. Padova: CEDAM, 1988.

- MOODY-STUART, *La gran corrupción*. Madrid: Siddharth Mehta, 1994.

- MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*. 2ª ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

- MONFRINI, Enrico, “The Abache Case”. En: PIETH, Mark (ed.), *Recovering Stolen Assets*. Berna: Peter Lang AG, 2008, pp. 42-62.

- MORALES GARCÍA, Oscar, *Los delitos de malversación: Apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*. Navarra: Aranzadi, 1999.

- MORALES PRATS, Fermín/MORALES GARCÍA, Oscar, “Capítulo VII: De la malversación”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios a la Pate Especial del Derecho Penal*. 9ª ed. Pamplona: Aranzadi, 2011, pp. 1811-1834.

- MORALES PRATS, Fermín/RODRÍGUEZ PUERTA, María José, “Título XIX: Delitos contra la Administración pública. Cometario”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios a la Pate Especial del Derecho Penal*. 9ª ed. Pamplona: Aranzadi, 2011, pp. 1681-1686.

- MORÁN MARTÍNEZ, Rosa Ana, “El decomiso: regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España”. En: ARANGÜENA FANEGO, Coral (dir.), *Espacio europeo de libertas, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*. Valladolid: Lex Nova, 2010, pp. 380-410.

- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “Estado de derecho y política criminal”. En: GARCÍA RAMÍREZ/ISLAS DE GONZÁLEZ, *Panorama internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología. Cultura y sistemas jurídicos comparados. Séptimas jornadas sobre justicia penal*. 1ª ed. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 69-90.

- MUÑOZ CONDE, Francisco,
 - “Prólogo”. En: WERLE, Gerhard, *Tratado de derecho penal internacional*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 31-32.

 - *Derecho Penal. Parte especial*. 18ª ed., revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

- *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*. Valencia: Tirant lo blanch, 2002.
- "Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal". *RP*, nº 5, 2000, pp. 44-51.
- MUÑOZ CUESTA, Javier, "El delito de malversación". *La Ley: RJEDJB*, nº 5, 1996, pp. 1570-1573.
- MÜSSIG, Bernd: *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema* (trad. de Cancio Meliá/Peñaranda Ramos). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- NAIMARK, Norman M., *Stalin's Genocides*. Nueva Jersey: Princenton University Press, 2010.
- NAUCKE, Wolfgang, *Strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter kriminalität*. Fráncfort del Meno: Vittorio Klostermann, 1996.
- NAVARRO, V./TORRES LÓPEZ, J./GARZÓN ESPINOSA, A., *Hay alternativas. Propuestas para crear empleo y bienestar social en España*. Prólogo de Noam Chomsky. Madrid: Sequitur, 2011.
- NEGRI, Antonio, *Europa y el imperio. Reflexiones sobre un proceso constituyente* (trad. de Molina Bodelón y Sánchez Cedillo). Madrid: Akal, 2005.
- NIETO, Alejandro, *Corrupción en la España democrática*. Barcelona: Ariel, S. A., 1ª ed., 1997.
- NIETO MARTÍN, Adán,

- “**Bases para un futuro Derecho Penal Internacional del medio ambiente**”.
DPyC, año I, nº 1, septiembre 2011, pp. 247-264.

- “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: **esquema de un modelo** de responsabilidad penal”. En: NIETO MARTÍN, Adán/MEJÍA PATIÑO, Omar (eds.), *Estudios de Derecho Penal Económico*. Ibagué: Universidad de Ibagué, 2009, pp. 171-204.

- *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.

- “**La lucha contra la corrupción** en la Constitución Europea (art. III-274 CE)”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis/NIETO MARTÍN, Adán (eds.), *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 79-88.

- “**La corrupción en las transacciones** comerciales internacionales”. En: NIETO MARTÍN, Adán (coord.), *Estudios de derecho penal. Trabajos preparatorios del Grupo español de la Asociación Internacional de Derecho Penal con ocasión del XVII Congreso Internacional de Derecho Penal*. Pekín 2004. Ciudad Real: Ediciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla La Mancha y Grupo Español de la AIDP, 2004, pp. 45-151.

- “Financiación ilegal de partidos políticos (arts. 10-13)”. En: ARROYO/NEUMEANN/NIETO, *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 117-138.

- NILL-THEOBALD, Christiane, „**Die Straffreistellungsdiskussion** im Bereich des materiellen Völkerstrafrechts”. *ZStW*, vol. 109, nº 4, 1997, pp. 950-972.

- NOVOA MONREAL, Eduardo: *El derecho como obstáculo al cambio social*, 4ª ed. México: Siglo veintiuno, 1980.

- *El derecho de propiedad privada*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1979.

- NYE, Joseph S., "Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis". En: HEIDENHEIMER, Arnold/JOHNSTON, Michael (eds.), *Political corruption. Concepts & Contexts*. 3ª ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002, pp. 281-301.

- OBAMA, Barack, *La audacia de la esperanza*. 2ª ed. Barcelona: Ediciones Península, 2008.

- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio,
 - "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos". *ADPCP*, 1990.

 - *La prevaricación del funcionario público*. Madrid: Civitas, 1980.

- OLÁSOLO, Héctor, *Unlawful Attacks in Combat Situations: From the ICTY's Case Law to the Rome Statute*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

- OLESA MUÑIDO, Francisco, "El delito de malversación por sustracción de caudales o efectos públicos en el vigente código penal español". En: MIR PUIG/CÓRDOBA RODA/QUINTERO OLIVARES (coords.), *Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria*. t. I. Barcelona: Bosch, 1983, pp. 621-674.

- ORTS BERENGUER, Enrique,
 - "Título XIX-Capítulo VII: De la malversación". En: VIVES ANTÓN, Tomás (coord.), *Comentarios al código de 1995*. Valencia: Tirant lo blanch, vol. II, 1996.

- “**Revelación y uso indebido** de secretos e información”. En: ORTS BERENGUER, Enrique (dir.), *Delitos de los funcionarios públicos*. CDJ, Madrid, nº 4, 1994, pp. 211-236.

- OSPINA PEÑA, Anna, “Sesión especial: la acción de extinción de dominio en la experiencia colombiana”. En: AA. VV., *La cooperación internacional en contra de la corrupción y el delito organizado transnacional: Balance y perspectivas. Conclusiones de un seminario para los países andinos: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, UNICRI, 2007, pp. 94-101.

- OTTO, Harro, *Die struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*. Berlín: Duncker & Humblot, 1970.

- PABLO VI, *Carta Encíclica Populorum Progressio del Papa Pablo VI a los obispos, sacerdotes, religiosos y fieles de todo el mundo y a todos los hombres de buena voluntad sobre la necesidad de promover el desarrollo de los pueblos, 1967* (disponible en: http://www.vatican.va/holy_father/).

- PACKER, Herbert L., *The limits of the Criminal Sanction*. Stanford, California: Stanford University Press, 1968.

- PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*. 7ª ed. Madrid: DYKINSON, 2003.

- PALOU, Juan, “El mandato anticorrupción de las Naciones Unidas”. En: AA. VV., *La cooperación internacional en contra de la corrupción y el delito organizado transnacional: Balance y perspectivas. Conclusiones de un seminario para los países andinos: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Torino: UNICRI, 2007, pp. 33-40.

- PEDRAZZI, Cesare, „Multinationale Unternehmen und nationale Strafgewalt“. En: TIEDEMANN, Klaus (dir.), *Multinationale Unternehmen und Strafrecht: Beiträge zum Problem der Kriminalität im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr*. Colonia/Berlin/Bonn/München: Heymanns, 1980, pp. 81-98.

- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel,
 - (coord.), *El principio de justicia universal: fundamento y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

 - “Definición del delito de terrorismo como un delito internacional”. En: SERRANO-PIEDRECASAS, J. R./DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho*. Madrid: Iustel, 2010, pp. 53-79.

 - *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

- PETERS, John/WELCH, Susan, “Gradients of Corruption in Perceptions of American Public Life”. En: HEIDENHEIMER, Arnold/JOHNSTON, Michael (eds.), *Political corruption. Concepts & Contexts*. 3ª ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002, pp. 155-172.

- PHILP, Mark, “Conceptualizing Political Corruption”. En: HEIDENHEIMER, Arnold/JOHNSTON, Michael, *Political Concepts & Contexts*. 3ª ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002, pp. 41-57.

- PIETH, Mark,
 - “**La armonización del Derecho** penal: la prevención de la corrupción como caso de estudio”. En: DELMAS-MARTY/PIETH/SIEBER (dirs.), *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 293-329.

- PIETH, Mark, “Prólogo”. En: JORGE Guillermo (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008, pp. I-III.

- PIRAGOFF, Donald K./ROBINSON, Darryl, “Art. 30. Mental element”. En: TRIFFTERER, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court –Observaciones’ Notes, Article by Article–*. 2ª ed. Múnich: C. H. Beck-Hart-Nomos, 2008, pp. 849-861.

- POLIMENI, Gioacchino, “La convención de las Naciones Unidas contra la corrupción”. En: AA. VV., *La cooperación internacional en contra de la corrupción y el delito organizado transnacional: Balance y perspectivas. Conclusiones de un seminario para los países andinos: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Torino: UNICRI, 2007, pp. 27-32.

- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “**El Derecho penal y procesal** penal del ‘enemigo’. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”. En: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 693-720.

- PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal. Vol. 2: Parte especial*. 7ª ed. Madrid: Mateu Cromo, 1988.

- QUAGLIONI, Diego, “«Delinquens in officio». Spunti dal diritto comune”. En: FORNASARI, Gabriele/LUISI, Nicola (eds.), *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*. Padova: Cedam, 2003, pp. 37-55.

- QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*. 6ª ed. rev. y act. Barcelona: Atelier, 2010.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia de la receptación civil". *RECPC* 12-r2, 2010, pp. r2: 1-r2: 20.
- "La reforma del comiso, art. 127". En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*. 1ª ed. Madrid: Aranzadi, 2010, pp. 107-110.
- "Comiso". En: BOIX REIG, Javier (dir.), *Diccionario de derecho penal económico*. Madrid: Iustel, 2008, 165-168.
- RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1986.
- RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea, "**Nuevas tendencias político-criminales** en la lucha contra la criminalidad organizada. El modelo procesal de Colombia". En: NIETO MARTÍN, Adán/MEJÍA PATIÑO, Omar (eds.), *Estudios de Derecho Penal Económico*. Ibagué: Universidad de Ibagué, 2009, pp. 357-404.
- REISMAN, Michael, "Harnessing International Law to restrain and recapture indigenous spoliations". *Am. J. Int'l L.*, vol. 83, n.º 1, 1989, pp. 56-59.
- RESNICK, Daniel P., *The Société des Amis Noirs and the Abolition of Slavery*. En: *French Historical Studies*. Autumn: Duke University Press, vol. 7, Nº 4, 1972, pp. 558-569.

- ROCA AGAPITO, Luis, *El delito de malversación de caudales públicos*. Barcelona: Bosch, 1999.
- RODRÍGUEZ, María Dolores, "Los límites del 'ius puniendi'". ADPCP, Madrid, t. XLVII, fasc. III, Centro de publicaciones, 1994, pp.87-113.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial*, 17ª ed. rev. y puesta al día. Madrid: Dykinson, 1994.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, "El quehacer criminológico, ¿devaluado? En: GARCÍA RAMÍREZ/ISLAS DE GONZÁLEZ: *Panorama internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología. Cultura y sistemas jurídicos comparados. Séptimas jornadas sobre justicia penal*, 1ª ed. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 231-241.
- RODRÍGUEZ, V./ CUÉLLAR, R., "El fenómeno de las maras en Centroamérica: Un estudio penal con un enfoque de derechos humanos". En: GARCÍA RAMÍREZ/ISLAS DE GONZÁLEZ: *Panorama internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología. Cultura y sistemas jurídicos comparados. Séptimas jornadas sobre justicia penal*. 1ª ed. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 187-215.
- RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1986.
- ROMERO FLORES, Beatriz, *Partidos políticos y responsabilidad penal: La financiación electoral irregular*. Barcelona: Atelier, 2005.
- ROSE-ACKERMAN, Susan,

- “‘Grand’ corruption and the ethics of global Business”. *Journal of Banking & Finance*, Elsevier, vol. 26, nº 9, 2002, pp. 1889-1918.
- “When is Corruption Harmful?”. HEIDENHEIMER, Arnold/JOHNSTON, Michael (eds.), *Political corruption. Concepts & Contexts*. 3ª ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002.
- *La corrupción y los gobiernos: Causas, consecuencias y reforma* (trad. de Alfonso Colodrón Gómez de la primera edición en inglés con título original *Corruption and government: causes, consequences, and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999), 1ª ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 2001.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*, Estudio preliminar, traducción y notas de Antonio Pintor Ramos, 3ª ed. Madrid: Ediciones Tecnos, 1995.
- ROXIN, Claus,
 - *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen* (trad. De Manuel Cancio Meliá). Texto inédito de la conferencia brindada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid a 20 de junio de 2012.
 - „Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen“. En: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, pp. 671-690.

- “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”
En: HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*
Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007, pp. 443-458.

- *Problemas actuales de dogmática penal* (trad. de Abanto Vásquez). Lima: Ara Editores, 2004.

- *La evolución de la Política criminal, el derecho penal y el proceso penal* (trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García). Valencia: Tirant lo blanch, 2000.

- *Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. de la 2ª ed. alemana y notas por Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/de Vicente Remesal). 1ª ed., reimp. Madrid: Civitas, 2001.

- RUDOLPHI, Hans Joachim, “Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico” (trad. Enrique Bacigalupo), *NPP*, Buenos Aires, año 4, nº 7, 1975, pp. 329-347.

- SALAND, Per, “Chapter seven: International Criminal Law Principles”. En: LEE, Roy S. (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*. La Haya: Kluwer Law International, 1999, pp. 189-216..

- SALVIONI, Sergio, “Recovering the proceeds of corruption: Ferdinand Marcos of the Philippines”. En: PIETH, Mark (ed.), *Recovering Stolen Assets*. Berna: Peter Lang AG, 2008.

- SÁNCHEZ, Carlos Manuel, “El dinero congelado de los ‘cleptócratas’. La nueva edad de hielo”. *XLsemanal*, nº 1220, del 13 al 19 de marzo, 2011 (disponible en: <http://xlsemanal.finanzas.com>).

- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “**La corrupción y los problemas** del control de las administraciones públicas”. En: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*. Madrid: Alianza editorial, 1997.

- SASSEN, Saskia, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2001.

- SCHABAS, William A.,
 - *An Introduction to the International Criminal Court*. 4ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

 - “Principios generales del derecho penal”. En: AMBOS, Kai/GUERRO, Óscar (comps.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Santa Fe de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 269-314.

- SEHER, Gerhard, „Prinzipiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff“. En: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 2003, pp. 39-56.

- SELBMANN, Frank, *Der Tatbestand des Genozids im Völkerstrafrecht*. Leipziger: Leipziger Universitätsverlag, 2003.

- SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal. Parte especial*. 14ª ed. Madrid: Dykinson, 2009.

- SESSA, Antonio, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione. Prospettive di riforma*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2006.
- SHAKESPEARE, William, *The Merchant of Venice* (editado por Barbara A. Mowat y Paul Werstine). Washington, D. C.: Folger Shakespeare Library, Simon & Schuster, 2003.
- SIEBER, Ulrich,
 - “**El control de la complejidad** en el ciberespacio global: la armonización de los delitos informáticos”. En: DELMAS-MARTY/PIETH/SIEBER (dirs.), *Los caminos de la armonización penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 155-262.
 - “**Límites del Derecho Penal**. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal extranjero e internacional”. *RP*, nº 22, Julio 2008, pp. 125-159.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús,
 - *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Reimp. de la 2ª ed. Bueno Aires: BdeF, 2006.
 - “Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la Teoría del delito”. En: WOLTER, Jürgen/FREUND, Georg (eds.), *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
 - “**Retos científicos y retos políticos** de la ciencia del derecho penal”. En: ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTÍN (coords.), *Ciencia y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 25-40.

- SIMONETTI, José María, “**Notas sobre la corrupción**”. *Pena y Estado*, vol. 1: *Corrupción de funcionarios públicos*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1995, pp. 165-202.

- STEPHENSON, K. M./GRAY, L. et alt., *Barriers to Asset Recovery: An Analysis of the Key Barriers and Recommendations for Action*. Washington, DC.: Banco Mundial, 2011.

- StAR Initiative, *Stolen Asset Recovery. Management of Returned Assets: Policy Considerations*. Washington, DC: Banco Mundial, 2009.

- SUTHERLAND, Edwin H., *El delito de cuello blanco* (trad. del inglés de Rosa del Olmo, edición y prólogo de Fernando Álvarez-Uría). Madrid: La Piqueta, 1999.

- SOJO, Carlos,
 - “**Estado, ajuste estructural** y gobernabilidad. Una visión comparada de Centroamérica”. *Política y sociedad*, vol. 17, 1994, pp. 59-69.

 - *El traje nuevo del emperador: la modernización del estado en Centroamérica*, Institut für Iberoamerika-Kunde (CA 2020: documento de trabajo #6), 2000 (disponible en http://www.flacso.or.cr/Revista_Virtual).

- SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna*. Granada: Comares, 2003.

- SUARÉZ MONTES, Rodrigo: “**El delito de malversación** de caudales públicos”, en *RGLJ*, Madrid, 1966, pp. 831-879.

- SUTHERLAND, Edwin H., *El delito de cuello blanco* (trad. del inglés de Rosa del Olmo. Edición y prólogo de Fernando Álvarez-Uría). Madrid: La Piqueta, 1999.

- SUTHERLAND, Edwin H./CRESSEY, Donald R./LUCKENBILL, David F., *Principles of Criminology*. 11ª ed. Oxford: Rowman & Littlefield, 1992.

- SYKES, Gresham M./MATZA, David, "Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency". *ASR*, Washington, DC, vol. 22, nº 6, 1957, pp. 664-670.

- TARUFFO, Michele, "**La justicia civil**: ¿opción residual o alternativa posible?". En: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996.

- TIEDEMANN, Klaus, *Subventionskriminalität in der Bundesrepublik*, Rowohlt, Hamburg, 1974.

- TRIFFTERER, Otto,
 - "Preamble". En: TRIFFTERER, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court –Observaciones' Notes, Article by Article–*. 2ª ed. Múnich: C. H. Beck-Hart-Nomos, 2008, pp. 1-14.

 - "Preliminary Remarks: The permanent ICC- Ideal and Reality". En: TRIFFTERER, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court –Observaciones' Notes, Article by Article–*. 2ª ed. Múnich: C. H. Beck-Hart-Nomos, 2008, pp. 15-47.

- “Commentaire de la Question IV. Les crimes Internationaux et le Droit Pénal Interne”. *Revue International de Droit Pénal*, vol. 60, 1989.

- United Nations. Office on Drugs and Crime y The World Bank, *Stoles Asset Recovery (StAR) initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan.* , Washington, D.C.: The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2007.

- United Nations. Office on Drugs and Crime/ The World Bank , *Stolen Asset Recovery (StAR): Initiative: Challenges Opportunities, and Action Plan.* Washington, DC: The World Bank, 2007 (disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/Star-rep-full.pdf>).

- VALEIJE ALVAREZ, Inmaculada,

- “**Reflexiones sobre los conceptos penales** de funcionario público, función pública y ‘personas que desempeñan una función pública’”. *CPC*, Madrid, n° 62, Edersa, 1997, pp. 435-498.

- *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario. El delito de cohecho.* Madrid: EDERSA, 1995.

- VALLE MUÑIZ, José, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal.* Barcelona: PPU, 1994.

- VAN DER VYVER, Johan D., “Prosecuting terrorism in international tribunals”. *EILR*, vol. 24, n° 2, 2010, pp. 527-547.

- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*. Santiago de Compostela: Instituto Nacional de Administración Pública. Universidad de Santiago de Compostela, 2003.
- VEST, Hans, **“Humanitätsverbrechen-Herausforderung für das Individualstrafrecht?** *ZStW*, vol. 113, nº 3, 2001, pp. 457-498.
- VERCHER NOGUERA, A., “Introducción”. En: RODRÍGUEZ GARCÍA, N./FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.
- VENTURINI, Carlo, “La corruzione: complessità dell’esperienza romanistica”. En: FORNASARI, Gabriele/LUISI, Nicola (eds.), *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*. Padova: Cedam, 2003, pp. 5-36.
- VIVES ANTÓN, Tomás (coord.), “La responsabilidad de los jueces en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial”. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, nº 9, 1984-1985, pp. 257-280.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge,
 - **“El comiso de las ganancias** provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas”. *RP*, nº 19, 2007, pp. 162-177.
 - **“El comiso de los efectos** e instrumentos del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstos”. *RGDP*, nº 6, Iustel, noviembre 2006, pp. 1-31.

- VOGEL, Joachim, "Estafa en la UE". En: ARROYO ZAPATERO, Luis/NIETO MARTÍN, Adán, *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 41-51.

- VON HIRSCH, Andrew, „Der Rechtsgutsbegriff und das ‚Harm Principle‘“. En: Hefendehl/von Hirsch/Wohlens (eds.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 2003, pp. 13-25.

- VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (eds.), *Mediating Principles: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006.

- WANG, Shizhou, "Introducción al sistema Anti-corrupción de la República Popular China". *RPC*, Bogotá, nº. 1, Grupo Editorial Ibañez, 2010, pp. 197-202.

- WAGNER, Heinz, *Amtsverbrechen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975.

- WEBER, Max, *Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*. 2ª ed. en castellano de la 4ª reimp. en FCE-España. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2002.

- WEIGEND, Thomas, "Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit". *ZStW*, vol. 93, nº 2, 1981, pp. 657-700.

- WERLE, Gerhard,

- *Tratado de derecho penal internacional*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

- „Menscherechtsschutz durch Völkerstrafrecht“. *ZStW*, vol. 109, n° 4, 1997, pp. 808-829.

- WOHLERS: Wolfgang, “**Le fattispecie penali** come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e de una angloamericana”. En: FIANDACA/FRANCOLINI (dirs.), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continental e anglo-americana a confronto*. Torino: Giappichelli, 2008, pp. 125-150.

- ZABALEGUI MUÑOZ, M. del Carmen, “**La malversación de caudales públicos**”. En: ORTS BERENGUER, Enrique (dir.), *Delitos de los funcionarios públicos*, CDJ, Madrid, 1994, pp. Pp. 153-200.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl,
 - *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*. 1ª ed. Buenos Aires: EDIAR, 2011.
 - *Crímenes de masa*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2010.
 - “**Masacres: Larvas y semillas**. Lineamientos para un replanteo criminológico”. Instituto de Investigaciones. Corte Suprema de la Nación. *Investigaciones*, Buenos Aires, n° 1, 2010, pp. 11-32.
 - “**¿Vale la pena?**”. *Revista Programma*, Programma I, 2006, pp. 41-59.
 - “El derecho penal liberal y sus enemigos”. En *Ceremonia del acto extraordinario de solemne investidura como Doctor “Honoris Causa” del Excelentísimo Sr. D. Eugenio Raúl Zaffaroni* (Laudatio por J. R. Serrano-Piedecabras). Ciudad Real: Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, pp. 19-46.

- *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2004.

- “La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable)”. *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?* Buenos Aires, nº 3, Fabián J. Di Plácido Editor, 2003, pp. 221-230.

- “**La globalización y las actuales orientaciones** de la política criminal”, en *Direito e cidadanía*, Praia-Cabo Verde, ano III, nº8, 1999-2000.

- *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, 2ª reimp. Buenos Aires: Ediar, 1998.

- *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Venezuela: Monte Ávila Latinoamericana, 1993.

- ZUBOFF, Shoshana, “Wall Street’s Economic Crimes Against Humanity”. *Bloomberg Businessweek*, 20/03/2009 (disponible en: http://www.businessweek.com/managing/content/mar2009/ca20090319_591214.htm).

ANEXO: RESUMEN Y CONCLUSIONES EN LENGUA ITALIANA

ESPOLIAZIONE E RECUPERO DELLE RICCHEZZE NAZIONALI: NUOVE SFEIDE PER IL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE

ASPETTI INTRODUTTIVI:

I. L'espoliamento delle ricchezze nazionali

1. Anastasio Somoza García, il geofago:

“Che io sappia possiedo un'unica proprietà e si chiama Nicaragua”.

Questa espressione attribuita a Somoza García riflette graficamente la natura del modello di Stato che questi instaurò in Nicaragua, che può essere definito in termini "weberiani" come uno Stato marcatamente patrimonialista. In questo Stato, nell'ambito amministrativo, si esercitava un controllo patrimoniale di tipo sultanista¹¹⁰². Somoza García aveva accesso illimitato alle risorse pubbliche senza nessun tipo di controllo, perché in questo regime non vigeva il principio di separazione assoluta tra il patrimonio pubblico e quello privato del governante, in una logica clientelare e prebendaria.

Richard Millet, scrisse che la presidenza diede a Somoza García di più che potere e prestigio. Durante i suoi primi tre anni di mandato (1937-1940), accumulò una fortuna stimabile tra i 3 ed i 4 milioni di dollari statunitensi (da qui in poi USD, secondo il codice ISO 4217 relativo a questa moneta) cifra alla quale nessun presidente precedente del Nicaragua si era avvicinato¹¹⁰³. Si

¹¹⁰² WEBER, Max, *Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*. 2ª ed. in castellano della 4ª rist. in FCE-España. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 185 ss.

¹¹⁰³ MILLET, Richard, *Guardianes de la dinastía: historia de la Guardia Nacional de Nicaragua, creada por Estados Unidos, y de la familia Somoza*. San José: Educa, 1979, pp. 264-265.

calcola che prima della sua morte, possedesse il 50% delle terre coltivabili del paese, oltre a grandiosi palazzi sparsi in tutto il Nicaragua e al di fuori dei suoi confini.

Secondo ricerche fatte al riguardo, il patrimonio originario della famiglia Somoza era composto da quattro proprietà (aziende caffearie) valutate al massimo 2.000 córdobas dell'epoca. Nel 1951 il patrimonio di Somoza García contava più di 150 proprietà immobiliari, oltre al fatto di possedere fabbriche tessili, del ghiaccio, di bevande gassate nonché di calzature, per la sgranatura del cotone, così come piantagioni di caffè, zuccherifici ed impianti per l'estrazione del sale¹¹⁰⁴.

In seguito, i discendenti di Somoza García si appropriarono delle principali risorse terrestri, marine ed aeree nicaraguensi. Dimodoché non rimase un solo aspetto dell'economia nicaraguense che non fosse di pertinenza della famiglia Somoza. La dittatura dinastica dei Somoza governò in Nicaragua per 43 años, dal 1936 al 1979, fino a quando il popolo del Nicaragua si unì per abbatterla attraverso un'insurrezione.

Conseguentemente alla caduta del regime, tutte le proprietà che la famiglia Somoza ed il relativo parentato possedevano in Nicaragua furono confiscati e nazionalizzati dal nuovo governo. Fino alla sua morte, Somoza Debayle godette di un "esilio dorato" grazie ai grandi commerci e alle ricchezze sommerse dislocate tra Stati Uniti, Europa ed altre parti del mondo. Nel contesto della Guerra Fredda, era impensabile proporre la ripartizione di tale fortuna.

2. Abacha, anatomia di una grande corruzione:

Tra il 1993 ed il 1998, il generale Sani Abacha governò la Nigeria durante quasi cinque anni, fino alla sua morte nel 1998. Questo tempo fu sufficiente

¹¹⁰⁴ MARENCO TERCERO, Eduardo, *Nicaragua: entre el patrimonialismo de los Somoza y la corrupción de Alemán*. Managua: Fondo editorial CIRA, 2004, pp. 48 ss.

affinché Abacha perpetuasse uno dei maggiori saccheggi che la nazione nigeriana abbia conosciuto nella storia moderna. La suddetta espoliazione non si è potuta quantificare esattamente, però è stata stimata intorno a USD 5 bilioni. Secondo ricerche successive alla caduta di questo regime, è stato determinato che Abacha, la sua famiglia ed i parenti utilizzarono quattro metodi per il saccheggio delle ricchezze nazionali: l'appropriazione delle ricchezze attraverso la Banca Centrale della Nigeria, l'inflazione sui contratti pubblici, la riscossione di tangenti dagli appaltatori, e le transazioni fraudolente. Il risultato di questi atti fu legittimato attraverso una complessa rete di banche e compagnie di facciata in vari paesi, però principalmente in Nigeria (i membri della famiglia Abacha ed i loro parenti erano titolari di più di 140 conti bancari in Nigeria), Regno Unito, Svizzera, Lussemburgo, Liechtenstein, Jersey ed alle Bahamas. Nel frattempo, tra 50 e 90 milioni di nigeriani sopravvivevano con meno di un USD al giorno nel paese maggiormente popolato del continente africano.

Nel 2000 la Commissione Federale delle Banche Svizzere (SFBC, secondo la sua sigla in inglese) pubblicò la relazione *Abacha funds at Swiss banks* (Fondi di Abacha nelle banche svizzere), risultato di una ricerca che coinvolse 19 banche, ottenendo come risultato la localizzazione e l'immobilizzazione di circa 660 milioni di USD sul finire del 1999¹¹⁰⁵. Nella sua sentenza, 7 febbraio 2005, relativa al caso Abacha, il Tribunale Supremo Federale Svizzero confermò una decisione del Dipartimento Federale di Giustizia che prevedeva di attribuire alla Nigeria 458 milioni di USD del rimanente dei 505 milioni di USD che Abacha depositò in Svizzera. Al fine di facilitarne il ritorno in patria, i governi di entrambi i paesi convennero che i fondi spartiti sarebbero stati utilizzati per finanziare progetti vincolati a programmi di riduzione della povertà, monitorati dalla Banca Mondiale. In totale è stato possibile recuperare all'incirca USD 2.1

¹¹⁰⁵ Disponibile in: <http://www.finma.ch/archiv/ebk/e/archiv/2000/medien2000.html>.

bilioni (dei quali 1.3 bilioni furono recuperati internazionalmente). Però, a causa di diversi ostacoli derivanti da leggi nazionali dei paesi coinvolti, quasi 1 bilione di USD è ancora in attesa di essere trasmesso alla Nigeria.¹¹⁰⁶ Parte di queste risorse finanziarie si trovano "congelate" in Liechtenstein, Lussemburgo, Le Bahamas, Francia, Jersey e Regno Unito.

3. Gadafi, gli artigli dell'ultimo leone del deserto:

Il giorno 9 Marzo 2011, i principali organi di informazione del mondo riportavano un fatto inedito: all'incirca venti persone (presumibilmente di origini libiche) occupavano una casa a Londra valutata approssimativamente 13 milioni di euro e comprata da Saif al-Islam Gadafi, figlio dell'allora capo della Libia, Muamar Gadafi. Una di queste persone spiegò ai mezzi d'informazione che avevano occupato la proprietà "affinché la stessa fosse restituita al suo legittimo proprietario, il popolo libico" e che sarebbero rimasti in questa proprietà fin quando non avessero ottenuto la certezza che tutto ciò sarebbe accaduto. Da parte sua, il portavoce della Polizia metropolitana londinese annunciava che si stava trattando il caso come un affare civile. Una settimana prima di questi fatti, il Ministro dell'Economia britannico aveva già bloccato le ricchezze che Muamar Gadafi e la sua famiglia possedevano in quel territorio.

Prima, il 25Febbraio, l'Unione Europea accordò il blocco dei beni e degli averi presenti nel territorio comunitario riconducibili alla famiglia Gadafi, al Fondo Sovrano Libico (LIA, nella sua sigla inglese) ed alla Banca Centrale Libica. I depositi delle due ultime istituzioni rappresentavano circa USD 150 mila milioni. Il giorno successivo, il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite

¹¹⁰⁶ Cfr., per una descrizione dettagliata del modus operandi di questa espoliazione sistematica e della legittimazione del risultato ottenuto, MONFRINI, Enrico, "The Abache Case". In: PIETH, Mark (ed.), *Recovering Stolen Assets*. Berna: Peter Lang AG, 2008, pp. 42 ss. Cfr. anche Daily Independent (09.05.2011), disponibile in <http://www.independentngonline.com/DailyIndependent/Article.aspx?id=33500>.

approvò la Risoluzione 1970 (2011), la quale tra le altre misure adottate, decise che tutti gli Stati Membri avrebbero dovuto congelare immediatamente tutti i fondi, gli attivi finanziari e le risorse economiche che si trovassero nei loro territori e che fossero di proprietà o sotto controllo, diretto o indiretto, di Gadafi e della sua famiglia¹¹⁰⁷. Tale misura, in virtù della successiva Risoluzione 1973 (2011) del Consiglio di Sicurezza, del 17 Marzo 2011, fu estesa agli attivi finanziari ed alle risorse economiche dei principali collaboratori di Gadafi e delle entità controllate da lui e dalla sua famiglia¹¹⁰⁸.

Potremmo continuare elencando questa lunghissima catena di espoliazioni che vanno dalla "A" di Abache fino alla "Z" di Zine el Abidine Ben Ali. Catena nella quale occupa una posizione tristemente famosa la lista costituita dai dieci lider politici più corrotti al mondo degli ultimi due decenni, secondo il Global Report riguardante la Corruzione elaborato da Transparency International nel 2004, e sarebbe a dire: 1° Mohamed Suharto (USD 15-35 bilioni); 2° Ferdinand Marcos (USD 5-10 bilioni); 3° Mobutu Sese Seko (USD 5 bilioni); 4° Sani Abacha (USD 5 bilioni); 5° Slobodan Milosevic (USD 1 bilioni); 6° Jean-Claude Duvalier (USD 300-800 milioni); 7° Alberto Fujimori (USD 600 milioni); 8° Pavlo Lazarenko (USD 114-200 milioni); 9° Arnoldo Alemán (USD 100 milioni); 10° Joseph Estrada (USD 70-80 milioni). Anche se, come segnala lo stesso studio, costoro, una volta potenti, non sono gli unici né probabilmente quelli che abbiano espoliato i maggiori fondi alle rispettive nazioni, però sono coloro rispetto ai quali si hanno le informazioni più affidabili.

In ogni caso, l'Iniziativa StAR¹¹⁰⁹ stima che i fondi ottenuti attraverso la corruzione, saccheggiate ai paesi in via di sviluppo, fluttuano tra i \$ 20 mila milioni ed i \$ 40 mila milioni per anno –approssimativamente l'equivalente del

¹¹⁰⁷ Cfr. Allegato II, RES/1970-2011. Approvata dal Consiglio di Sicurezza nella sua 6491^a sessione, celebrata il 26 di febbraio del 2011.

¹¹⁰⁸ Cfr., Allegato II, RES/1973-2001. Approvata dal Consiglio di Sicurezza nella sua 6498^a sessione, celebrata il 17 di marzo del 2011.

¹¹⁰⁹ Cfr., riguardo l'iniziativa StAR, Capitolo Quarto di questo lavoro.

PIL annuale dei 12 paesi più poveri del mondo, dove vivono più di 240 milioni di persone¹¹¹⁰.

II. Il recupero delle ricchezze in una "nuova era glaciale"

Iniziamo l'introduzione al tema con il racconto di drammatici avvenimenti cui si riferiscono cifre esorbitanti, dal momento che le domande che costituirono il germe di questo studio e che ci hanno spinto a svilupparlo, sorsero, senza dubbio, in maniera più intuitiva che razionale sulla base della conoscenza e dell'esperienza fatta di alcuni degli eventi descritti. In questo senso e senza voler soffermarsi troppo su fatti ben noti, è stata sufficiente una rapida scorsa ai casi più emblematici che hanno caratterizzato l'insorgere di questa problematica fino a giungere all'attuale stato della questione sulla scena mondiale, per cogliere come si sia trattato di un evolversi di eventi che trasmettono la sensazione che si tratti quasi di una lotta contro i mulini a vento, di una battaglia solitaria di alcuni (molti) contro tutti gli altri (pochi). Lungo questo processo evolutivo si possono distinguere tre diverse tappe. Ad ognuna di esse corrisponde cronologicamente uno degli esempi elencati all'inizio di questa introduzione. Questi esempi sono molto chiarificatori ed utili al fine di valutare in che misura si siano fatti gli sforzi internazionali sufficienti, e per far luce su alcune zone inesplorate che continuano a causare grandi difficoltà rispetto al controllo globale della grande corruzione.

Così, possiamo identificare una prima tappa nella quale si iscrive l'era di Somoza, e durante la quale, in generale, il problema della espoliazione delle

¹¹¹⁰ UNODC/Banco Mundial, *Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR): Desafíos, Oportunidades y Plan de Acción*. Washington, DC.: Banco Mundial, 2007, p. 9; GREENBERG, T. S./SAMUEL, L. M./GRANT, WINGATE, G./GRAY, L., *Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Washintong, DC: Banco Mundial, 2009, p. xvii.

nazioni rimase convenientemente ignorato fino all'indomani della Guerra Fredda. Durante quell'epoca la non intromissione nelle questioni finanziari degli alleati era uno dei pilastri delle alleanze politiche, così come non era permesso immischiarsi nelle destinazioni degli aiuti finanziari internazionali. Tra le motivazioni che guidavano la politica estera delle potenze egemoni non c'era posto per la democrazia, la libertà ed i diritti umani, restando così ben saldo il principio secondo cui questi sono accettabili solo nella misura in cui rispondano ad obiettivi economici, strategici ed ideologici.

Una seconda fase ebbe inizio una volta terminata la Guerra Fredda e con l'arrivo dell'era post- bipolare, della globalizzazione, di vertiginosi cambiamenti tecnologici e dello scongelamento delle relazioni geopolitiche mondiali. In questo contesto i flussi finanziari mondiali crebbero esponenzialmente e, conseguentemente, si facilitò ancora di più l'accumulazione di immense fortune di provenienza illecita (risultato della grande corruzione), in conti segreti all'estero.

A partire dalla metà degli anni 80 del secolo scorso, si adottano - timidamente - le prime iniziative, sforzi e misure nazionali, regionali ed internazionali per localizzare, immobilizzare, recuperare e rimpatriare i beni derivanti dalla grande corruzione.

In questo periodo, con evidente insuccesso, si attuano diversi sforzi per recuperare le ricchezze nazionali sottratte alle Filippine da parte di Ferdinand Marcos (1972-86), ad Haiti da Jean-Claude "Baby Doc" Duvalier (1971-86), per citare i casi più famosi.

Nell'ultimo decennio del secolo scorso sono continuati gli sforzi iniziati nel decennio precedente e ad essi ne sono stati affiancati altri, come testimoniano i casi di Sani Abacha (Nigeria, 1993-1998) e Mobutu Sese Seko (antico Zaire ed attuale Repubblica Democratica del Congo, 1965-97). Il caso Mobutu è risultato essere un totale insuccesso. Il governo svizzero dopo aver tenuto bloccati 6.7 milioni di USD per 12 anni (1997-2009), si vide obbligato a

consegnare tali fondi agli eredi di Mobutu in compimento di una decisione del Tribunale Penale Federale della Svizzera.

Questi procedimenti e gli innumerevoli ostacoli legali che le rispettive nazioni hanno dovuto affrontare nella ricerca, processamento e recupero delle ricchezze nazionali sottratte, hanno generato i primi movimenti, nel senso di manifestare la necessità di raccogliere tutte le forze per rimuovere gli ostacoli legali che impediscono ai paesi vittime di tali espoliazioni di far rimpatriare queste ricchezze, le quali nella grande maggioranza dei casi si trovano nascoste nei principali centri finanziari del mondo e nei ben noti paradisi fiscali.¹¹¹¹ In questa serie di avvenimenti si possono individuare i fattori scatenanti di un'evoluzione accelerata verso l'armonizzazione del diritto internazionale in materia di recupero dei beni come prodotti della corruzione¹¹¹². Tutto questo, tra l'altro, ha modificato la rotta indicando una biforcazione rispetto a questa problematica ed ha marcato il passaggio verso un nuovo ciclo, che è stato denominato come la "nuova era glaciale"¹¹¹³.

Così, all'inizio del decennio scorso cominciano a registrarsi successi parziali in alcuni casi di recupero delle ricchezze risultato della grande corruzione. Ad ogni modo, tanto i successi così come i fallimenti, hanno contribuito a creare un consenso internazionale intorno all'idea della necessità di creare un fronte comune globale per poter affrontare adeguatamente questa problematica che possiede trascendenza mondiale. Esperienze fruttuose e grandi sconfitte hanno portato alla luce la dimensione della complessità degli ostacoli e delle sfide coi quali bisogna scontrarsi.

¹¹¹¹ JORGE, Guillermo, "Introducción". In: lo stesso (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008, p. XV.

¹¹¹² Cfr., circa i fattori di sviluppo, DELMAS-MARTY, Mireille, "Introducción. Objetivos y metodología". In: DELMAS-MARTY/PIETH/SIEBER (dirs.), *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2009, pp. 34-35.

¹¹¹³ Cfr., SÁNCHEZ, Carlos Manuel, "El dinero congelado de los 'cleptócratas'. La nueva edad de hielo". *XLsemanal*, núm. 1220, dal 13 al 19 di marzo, 2011. Disponibile in: <http://xlsemanal.finanzas.com>.

In questa terza fase, il primo punto importante di inflessione si identifica col caso Fujimori-Montesinos (1990-2000). Dopo la fine del governo Fujimori sul finire del 2000, furono introdotte diverse riforme nei sistemi giuridico - giudiziari peruviani allo scopo di perseguire i delitti commessi dall'ex presidente e dai suoi collaboratori, cosa che risultò fondamentale per l'evolversi delle ricerche e per lo smantellamento della rete di corruzione imperante. Allo stesso modo, furono prodotti sforzi significativi per localizzare e riportare in patria le ricchezze derivanti dalla corruzione e da altri gravi delitti commessi da parte loro. Con questo proposito fu creato il Fondo Speciale di Amministrazione del Denaro Ottenuto Illecitamente a danno dello Stato (FEDADOI)¹¹¹⁴. Dall'anno 2001 all'anno 2006, l'importo totale del denaro rimpatriato in Perù dalla Svizzera, Stati Uniti d'America e dalle Isole Caimán, ammonta a USD 182.871.551.76 milioni¹¹¹⁵. Anche se le direttrici ed i procedimenti dettagliati furono definiti per assicurare l'uso trasparente delle risorse recuperate, queste furono destinate principalmente ad integrare le disponibilità finanziarie delle istituzioni statali che annoveravano un rappresentante nel FEDADOI.

Un'altra pietra miliare è rappresentata dal caso Marcos. Diciassette anni dopo il blocco da parte delle autorità svizzere delle risorse che Ferdinand Marcos possedeva in questo paese e tenuto conto delle innumerevoli e prolungate attività giudiziarie prodottesi durante questo periodo, nel 2003 si ordina la restituzione di 684 milioni di USD alle Filippine¹¹¹⁶.

Per finire, il già citato caso Abacha consolida questa terza tappa. Fino ad ora e sotto vari aspetti, questo caso merita di essere considerato come il "caso di maggior successo", non solo per l'importo recuperato, ma anche perché i

¹¹¹⁴ Decreto d'urgenza num. 122-2001, del 27 di ottobre del 2001, e sue successive riforme.

¹¹¹⁵ Cfr., Verbale della riunione del FEDADOI n° 008-2009, del 06 agosto 2009.

¹¹¹⁶ Cfr., in particolare sopra questo caso, SALVIONI, Sergio, "Recovering the proceeds of corruption: Ferdinand Marcos of the Philippines". In: PIETH, M. (ed.), *Recovering Stolen...*, op. cit., pp. 79-88; MARCELO, Simeon V., "The long road from Zurich to Manila: The recovery of the Marcos Swiss dollar deposits". In: PIETH, M. (ed.), *Recovering Stolen...*, op. cit., pp. 89-110.

risultati ottenuti nel recupero delle risorse furono possibili grazie alla reciproca cooperazione tra autorità, agenzie ed istituzioni appartenenti a diverse giurisdizioni. Le esperienze derivanti da questo caso anticiparono i principi riprodotti posteriormente nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione (UNCAC, in inglese) approvata nel 2003¹¹¹⁷.

La UNCAC è la linea che marca con assoluta chiarezza il confine tra l'inizio dell'attuale fase di controllo internazionale della grande corruzione ed il recupero dei beni derivanti dalla stessa, e si colloca sulla cima dell'attuale edificio di controllo giuridico-penale di questo fenomeno. La recente datazione di questa convenzione, pone in evidenza come le questioni dell'appropriazione delle risorse pubbliche e del loro recupero siano gli ultimi aspetti presi in considerazione dall'agenda internazionale.

In questo ciclo, il caso Duvalier è paradigmatico, e ciò che una volta era una triste eccezione (caso Abacha) si trasforma -letteralmente- in regola. Il caso Duvalier fino ad epoca recente era la cronaca di una serie di falliti tentativi di riportare ad Haiti i circa 5,7 milioni di USD che dal 1986 sono rimasti bloccati in Svizzera dalle autorità di questo paese, attraverso successivi ordini di ampliamento dei termini di ritenzione di tali fondi e contro numerosi ricorsi presentati dalla famiglia Duvalier. Dopo che il Tribunale Federale di Giustizia nel 2010 ordinò la devoluzione di questo denaro a Duvalier basandosi sulla prescrizione dei delitti dei quali era accusato, tutto faceva pensare che questo caso, così com'era avvenuto nel caso Mobutu, sarebbe culminato in un rotondo insuccesso. Tuttavia, per impedire la restituzione dei beni a Duvalier, la Confederazione Svizzera approvò nel settembre di quello stesso anno la "Legge federale per la restituzione dei valori patrimoniali di origine illecita delle persone politicamente esposte" (*RuVG*, nella sua sigla tedesca), altresì chiamata "Legge Duvalier", in vigore dall'1 di Febbraio del 2011. Prima che questa legge

¹¹¹⁷ Risoluzione 58/4 de 31 di octubre del 2003 dell'Asamblea Generale delle Nazioni Unites.

entrasse in vigore, le autorità straniere che reclamavano il denaro erano obbligate a dimostrare l'origine illegale dei fondi depositati dai funzionari pubblici nel territorio elvetico. Inoltre, la Svizzera poteva solo adottare misure nel caso in cui il paese vittima avesse avviato azioni legali contro gli alti funzionari implicati. Compito complicato se si considera che nei paesi vittime i sistemi giudiziari sono stati soffocati, seviziati o debilitati durante i regimi corrotti. Tali furono le difficoltà che si presentarono nel caso Mobutu. La nuova regolazione conferisce autonomia al paese alpino rispetto ai paesi vittime, in quanto alle norme di blocco, confisca e restituzione dei beni in possesso di Persone Esposte Politicamente (PEPs).

Tale contesto, grossomodo profilato, è la cornice nella quale si produce l'azione rivendicativa descritta nelle prime pagine di questa introduzione. Di modo che, si potrebbe affermare che si è sviluppata una sensibilità speciale verso le gravi conseguenze derivate da questi eventi, che generano profonda commozione nella società globale cosicché non è più sufficiente cacciare i governanti corrotti.

L'evoluzione attraverso la quale è passato il recupero delle risorse generate dalla grande corruzione ha portato con sé un dibattito che trascende la discussione circa i valori etici e morali. Il dibattito che è alla base è di carattere ideologico-politico e riguarda i diritti umani ed i valori democratici.

Salta all'occhio che, giorno dopo giorno è sempre più difficile che gli alti funzionari, i loro familiari ed i collaboratori possano godere di un tranquillo pensionamento o di un esilio dorato una volta che abbiano abbandonato il potere. Però questo non deve distogliere l'attenzione dal vero nucleo del problema. Questo risiede in quello che Bertrand BADIE chiama la "diplomazia della convenienza"¹¹¹⁸.

¹¹¹⁸ BADIE, Bertrand, *La diplomatie de connivence. Les dérives oligarchiques du système international*. Paris: La Découverte, 2011.

Gli autoproclamatisi garanti dell'ordine mondiale devono condividere un senso di responsabilità, dal momento che di fronte agli avvenimenti descritti hanno ripetuto un comportamento rituale: chiudere gli occhi in segno di discreta approvazione o per non vedere la responsabilità dell'altro. Le strade che le ricchezze nazionali espoliate percorrono all'estero sono note, consentite e sicure. Queste conducono tanto a circuiti bancari internazionali, quanto a favolosi investimenti mobiliari ed imprenditoriali nelle nazioni più ricche dell'occidente e, naturalmente, nei paradisi fiscali o centri *offshore*.

Le contraddizioni di un sistema internazionale anomico, che per una insufficiente integrazione sociale, tensioni sovraniche, eccessi oligarchici e una conduzione cinica degli Stati, hanno generato l'esclusione della maggior parte degli Stati dalla gestione del mondo. Ciononostante, nel sistema globale di interdipendenza nel quale viviamo, il coinvolgimento deve essere la regola, la multilateralità è la soluzione per una nuova forma di governo.

A tal fine, è imprescindibile condividere formule di consenso nella gestione del sistema internazionale, nelle quali si sommino un chiaro compromesso ideologico-politico con i diritti umani e si bandisca dal sistema internazionale l'ancora predominante principio per il quale si riconoscono tali principi e valori solo in funzione di obiettivi economici, geostrategici ed ideologici delle grandi potenze economiche emergenti [G-8, G-20, o P5 (Membri Permanenti del Consiglio di Sicurezza)]. Solo in questo modo il Diritto Internazionale -fin ora violato con assoluta impunità da parte di tali potenze- potrà acquisire una autentica legittimità ed una piena applicazione.

Cosa comporta tutto questo sul piano pratico? Dobbiamo partire dalla premessa che la prevenzione dell'espiazione delle ricchezze delle nazioni ed il loro recupero richiede un sistema globale di consenso a partire dal Diritto Internazionale, ed in particolare da parte del Diritto Penale Internazionale.

III. La prevenzione dell'espoliazione ed il recupero delle ricchezze nel quadro di una strategia multilaterale

Con tutto ciò che abbiamo detto, risulta evidente che le risposte a queste problematiche superano di molto le soluzioni che si è cercato di ricavare dal diritto nazionale. In altre parole, le fattispecie giuridico-penali come l'appropriazione indebita, il peculato o qualunque altra forma di sanzione dell'appropriazione del patrimonio pubblico che il diritto nazionale di riferimento adotti, in generale, non risultano essere pienamente utili per dare una risposta adeguata al problema dell'espoliazione su larga scala delle ricchezze nazionali da parte degli alti funzionari. L'espoliazione delle ricchezze nazionali si integra nelle forme di criminalità che sfidano i concetti e le categorie classiche del Diritto Penale.

Allo stesso modo, l'appropriazione di beni pubblici da parte dei funzionari riceve un trattamento giuridico penale diverso da parte delle differenti legislazioni interne, posto che alcune optano per punire queste condotte mediante una fattispecie penale comune nei confronti della proprietà, ed aggravata quando concorra la condizione di funzionario del soggetto attivo. Nel caso della Germania, queste condotte sono sanzionate mediante la fattispecie comune di appropriazione indebita, però per i casi di specie non è contemplata la possibilità di considerare come circostanza aggravante né la natura pubblica dei beni oggetto di appropriazione, né che la condotta sia stata commessa nell'esercizio di una funzione pubblica. Dall'altro lato, ed in particolare in Italia, Spagna e nei paesi latinoamericani si identifica l'appropriazione del patrimonio pubblico col configurarsi di un delitto speciale improprio. La peculiare comprensione che della natura e della regolazione di tali condotte criminali e dei loro effetti si possa avere, può comportare molteplici ostacoli, non solo con riferimento all'incriminazione ed al perseguimento transnazionale dell'espoliazione, ma anche e soprattutto quando

si tratti di sollecitare la collaborazione giudiziale internazionale per iniziare i procedimenti legali di ricerca, localizzazione, immobilizzazione, confisca e rimpatrio delle risorse.

Dall'altra parte, la nostra posizione è che le attuali figure penali che sanzionano l'espoliazione, nella loro configurazione tradizionale, non sono capaci di captare le proporzioni del danno che quei comportamenti generano, e che hanno, di regola, una dimensione transnazionale. A causa della loro natura lesiva, possono pregiudicare un numero indeterminato di persone in diverse nazioni e provocare autentiche crisi umanitarie. La prevenzione dell'espoliazione delle ricchezze delle nazioni è una questione di protezione dei diritti umani che non può essere pienamente risolta in maniera congiunturale dal diritto nazionale. Richiede una risposta uniforme, od almeno armonica e soggiacente agli stessi canoni regolatori.

A causa di queste condotte, in maniera diretta o indiretta, decine di migliaia di persone muiono per mancanza di cibo e/o mancanza di assistenza medica. Sono autentici massacri silenziosi e senza violenza apparente. Questi effetti letali sono talmente evidenti che risulta sorprendente come la comunità accademica internazionale, soprattutto nell'ambito della criminologia e del diritto penale, ed i responsabili politici non abbiano fatto quanto era necessario per regolare tali condotte sotto le norme del Diritto Internazionale ed Internazionale Penale.

L'assoluta mancanza di attenzione rispetto al problema dell'espoliazione delle ricchezze nazionali contrasta con la preoccupazione internazionale e con gli sforzi diretti a proteggere e preservare, per esempio, opere d'arte rubate¹¹¹⁹.

¹¹¹⁹ Cfr., per esempio tra i più recenti, MANACORDA, Stefano/CHAPELL, Duncan (eds.), *Crime in the Art and Antiquities World: Illegal Trafficking in Cultural Property*. New York, et al.: Springer, 2011, *passim*; BOWMAN, Blythe A., "Transnational Crimes against Culture Looting at Archaeological Sites and the 'Grey' Market in Antiquities". *CCJ*, vol. 24, n° 2, agosto 2008, pp. 225-242; LANE/BROMLEY/HICKS/MAHONEY, "Time Crime: The Transnational Organization of Art and Antiquities Theft". *CCJ*, vol. 24, n° 3, agosto 2008, pp. 243-262; McCALISTE, Adrew, "Organized crime and the theft of Iraqi antiquities". *Trends in Organized Crime*, vol. 9, n° 1, 2005,

In effetti, la condanna internazionale del traffico illecito di beni culturali rubati e le misure adottate dalla comunità degli Stati per arrestare questo commercio illecito¹¹²⁰, rappresentano il tipo di risposta che bisognerebbe aspettarsi per un problema della grandezza dell'espiazione delle ricchezze nazionali. Addirittura sono stati realizzati tentativi per tipicizzare come crimine di Diritto Internazionale il furto ed il traffico dei beni culturali, come si tentò di definire nel Progetto di Codice dei Crimini contro la Pace e la Sicurezza dell'Umanità¹¹²¹. Restrizioni all'esportazione e all'importazione di beni culturali rubati -in generale dagli Stati culturalmente ricchi però economicamente poveri a quelli relativamente poveri d'arte, però ricchi economicamente- hanno assunto la forma di trattati multilaterali e bilaterali, così come di disposizioni nazionali. Se il saccheggio dei beni culturali ha potuto generare tanta preoccupazione a livello internazionale, l'espiazione sistematica, organizzata e su larga scala delle ricchezze economiche da parte degli alti funzionari, merita almeno la stessa attenzione¹¹²².

Fino a poco tempo fa, con "leggi di perdono", si dettavano amnistie generali, rinunciando così a perseguire penalmente i crimini di lesa umanità, con la motivazione del raggiungimento di una convivenza sociale pacifica basata sulla noncuranza di fatti di questa natura. Certamente, nelle epoche di

pp. 24-37; KUNITZ, Michele, "Switzerland & the International Trade in Art & Antiquities". *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, vol. 21, n° 2, 2000, pp. 519-542; CHANG, David N., "Stealing Beauty: Stopping the Madness of Illicit Art Trafficking". *Hous. J. Int'l L.*, vol. 28, 2006, pp. 829-870.

¹¹²⁰ Cfr., Convenzione di UNIDROIT sui beni culturali rubati o esportati illecitamente (Roma, 1995); Convenzione sulle Misure che devono adottarsi per proibire ed impedire l'esportazione, importazione ed il trasferimento di proprietà illecita di beni culturali (París, 1970); Convenzione per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato (La Haya, 1954), ed i rispettivi Primo Protocollo (1954) e Secondo Protocollo (1999).

¹¹²¹ Documento A/51/10 (distribuiti inizialmente come Documenti Ufficiali dell'Assemblea Generale, cinquantunesimo periodo di riunioni, Supplemento núm. 10) Relazione della Commissione di Diritto Internazionale sul lavoro realizzato nel suo 48.º periodo di riunioni (6 maggio-26 luglio 1996).

¹¹²² KOFELE-KALE, Ndiva, "Patrimonicide: The International Economic Crime of Indigenous Spoliation". *Vand. J. Transnat'l L.*, vol. 28, n° 48, gennaio 1995, pp. 45-118.

transizione impregnate della paura collettiva per il ritorno al terrore, esisteva la convinzione che fosse meglio "dimenticare". Se in questo ipotetico "oblio" ricadevano le più gravi violazioni dei diritti umani, quali esecuzioni sommarie, extralegali o arbitrarie, sparizioni forzate, torture, è logico pensare che l'oblio delle ricchezze espoliate fosse un prezzo irrisorio da pagare. Oggigiorno, consolidatasi la coscienza globale rispetto all'inammissibilità dell'"oblio" dei menzionati fatti costitutivi di gravissime violazioni dei diritti umani, si procede con passo sempre più deciso verso il consolidamento di un'inammissibilità dell'oblio dell'espiazione delle ricchezze nazionali.

Ciò che qui si cerca di fare, è contribuire, modestamente, ad un approccio adeguato a questo problema in maniera sistematica e coordinata al fine di conseguire risultati tangibili. L'oggetto centrale di questo lavoro è lo studio dell'espiazione delle ricchezze delle nazioni come fenomenologia della grande corruzione per cercare di offrire da una prospettiva internazionale ed in maniera complementare rispetto ai sistemi nazionali, da una parte un modello di responsabilità penale dei funzionari di alto livello, e dall'altra un modello di restituzione dei beni oggetto di tale espiazione. Si tratta di questioni polemiche ed ancora non affrontate in dottrina, o per lo meno in maniera non sufficiente. Bisogna tessere una rete di sicurezza a livello internazionale per evitare salti nel vuoto.

Di tutto ciò si occupa questo lavoro: di riflettere sulle risposte uniformi e sistematiche al problema che possono giungere tanto dal diritto nazionale come da quello internazionale. A tal fine, abbiamo strutturato la presente opera in cinque capitoli nei quali si cerca di analizzare in maniera globale le particolarità criminologiche e dogmatiche dell'espiazione delle ricchezze nazionali e del recupero delle stesse.

CAPITOLO PRIMO: LA GRANDE CORRUZIONE: ASPETTI CRIMINOLOGICI E POLITICO-CRIMINALI

Nel primo capitolo, effettueremo un'analisi dei presupposti criminologici e politico-criminali che circondano la grande corruzione, il suo concetto, i suoi protagonisti, le principali cause ed effetti di questo fenomeno criminale. Qui, si vuole dare speciale attenzione ai riflessi che sui diritti umani producono le condotte criminali in gioco, le sfide che per il diritto penale nazionale ed internazionale rappresenta il controllo dell'espoliamento delle ricchezze nazionali come manifestazione della grande corruzione. Attraverso questo studio preliminare, abbiamo constatato come l'espoliamento delle ricchezze delle nazioni contribuisca a debilitare lo Stato, impedendo la crescita economica e sociale, e come mini la democrazia così come le attività rivolte al mantenimento della pace, contribuendo all'esplosione dei conflitti civili.

In questa sede analizziamo il riflesso giuridico-fattuale dell'impunità universale delle gravi violazioni dei diritti umani. Nel caso della sottrazione ai popoli delle loro ricchezze nazionali, si tratta di una lacuna, rispetto alla punibilità, fattuale e giuridica. Fattuale, per l'assenza di un interesse statale al perseguimento, normativa per le problematiche derivanti dai diversi livelli di protezione degli interessi giuridici e dai diversi livelli di valutazione dei danni provocati, nel diritto penale interno statale e nel diritto penale internazionale.

Alla luce di tutto ciò, riteniamo che la ricerca criminologica ed il discorso politico-criminale contro la grande corruzione debbano lasciare da parte la neutralità ideologica ed affrontare un chiaro discorso ideologico-politico con i diritti umani, inglobando nel proprio orizzonte l'espoliamento delle ricchezze nazionali e la responsabilità propria degli alti funzionari così come dei grandi attori economici rispetto a tali fatti.

In questo capitolo enunciamo i fattori geopolitici, economici e criminologici sui quali riposano gli argomenti che spiegano in chiave politico-criminale la tesi qui proposta, la quale conduce alla configurazione di un controllo dell'illecito di espoliazione da parte del Diritto Internazionale. Però, muovendo un passo avanti, possiamo interrogarci sulla possibilità che si creino i presupposti necessari e sufficienti per configurare l'espoliazione delle ricchezze nazionali come un crimine di Diritto Internazionale. Inoltre, si pongono quesiti sull'efficacia del Diritto Penale Internazionale per eliminare l'impunità nei casi di violazione dei diritti umani in relazione a questi tipi di comportamento. Ed ancora, se attraverso il controllo della grande corruzione sia possibile evitare che il potere punitivo vada fuori controllo. In questo modo, il controllo della grande corruzione ingloberebbe il potere punitivo.

CAPITOLO SECONDO: I CRITERI GIUSTIFICATIVI DELLA CRIMINALIZZAZIONE DELL'ESPOLIAZIONE DA PARTE DEL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE

Nel secondo capitolo, mantenendo come fondamento gli argomenti presentati nel capitolo anteriore, esploriamo le strade che permettono di giustificare una transizione verso una regolazione penale internazionale dell'espoliazione. A tal fine, e non potendo essere diversamente, partiamo dalla configurazione di fattispecie giuridico-penali tradizionali che a partire dal diritto nazionale hanno preteso sanzionare queste condotte.

Dopo l'esposizione contenuta nei capitoli precedente e presente, risulta chiaro che l'appropriazione delle ricchezze nazionali su larga scala è ben lungi dal danneggiare esclusivamente il patrimonio pubblico. Questa è una "categoria di danno a parte" che non può essere adeguatamente affrontata utilizzando i delitti tradizionali di appropriazione del patrimonio pubblico da parte di

funzionari. La lesività degli attacchi alle ricchezze nazionali può essere di tale magnitudo che può causare gravi danni alle relazioni politiche e sociali ed alle fondamenta essenziali dell'economia nazionale, così come di quella internazionale, ed un attacco ai diritti umani della popolazione direttamente coinvolta e della comunità internazionale nel suo insieme.

La relazione con la comunità internazionale che dà all'espoliazione il carattere di trascendenza internazionale e fa del suo castigo una questione che tocca la comunità internazionale, sorge tanto a partire dall'attacco ad interessi internazionali, quanto perchè la manifestazione oltre frontiera del crimine rende necessaria o, in ogni caso, appropriata un'azione interstatale coordinata.

Il legame con la comunità internazionale e la necessità di internazionalizzazione dei meccanismi di protezione delle ricchezze nazionali risulta, da una parte, dalla gerarchia degli interessi coinvolti, la cui protezione è un interesse comune di tutti (o della maggior parte) degli Stati. Le violazioni sistematiche e massive dei diritti umani è l'oggetto dell'attacco che conferisce alla condotta una dimensione internazionale. Di conseguenza, l'appropriazione massiva del patrimonio pubblico, per la sua gravità, minaccia i valori fondamentali della comunità internazionale, ossia: la pace, la sicurezza ed il benessere dell'umanità. L'attacco agli interessi fondamentali della comunità conferisce allo stesso una dimensione internazionale e lo eleva alla categoria di crimine di diritto internazionale. Dall'altra parte, l'internazionalizzazione ha le sue radici in due ragioni ben più pratiche. Considerazioni di utilità di fronte alla natura transnazionale di questi delitti suggeriscono l'internazionalizzazione del perseguimento e del castigo penale degli stessi, poiché il loro perseguimento da parte del singolo Stato isolato non permette alcun successo. In secondo luogo, ci troviamo di fronte al tipico caso di crimini rafforzati dalle strutture statali, che generalmente non sono adeguatamente perseguiti e sanzionati dallo Stato vittima dei fatti di specie perchè il perseguimento degli autori è lasciato nelle mani degli stessi autori. Di conseguenza, se l'obbligo di castigare questi fatti

corrispondesse solo allo Stato dove sono commessi, tale situazione equivalrebbe, molto spesso, a fare degli stessi autori i giudici dei loro atti, portandoli ad entrare in una zona di autocontraddizione.

Pertanto, la prevenzione ed il castigo dell'espoliazione è indubbiamente un compito della comunità internazionale e, per questo motivo, il Diritto Internazionale, ed in particolare il Diritto Penale Internazionale, ha una giustificazione particolare per poter configurare una norma che gli permetta di infrangere "lo schermo della sovranità nazionale".

A partire da qui, il lavoro che affronteremo consisterà nel delineare i caratteri che dovrebbe presentare la fattispecie dell'espoliazione in quanto crimine di Diritto Internazionale. Tuttavia, nell'affrontare il tentativo di elaborare il crimine di diritto internazionale dell'espoliazione, bisogna tener presente le circostanze della politica mondiale, perché, come vale per tutto il diritto internazionale pubblico, da queste dipende la sua efficace applicazione.

CAPITOLO TERZO: LA COSTRUZIONE DI UN "MODELLO - TIPO" DI ESPOLIAZIONE DELLE RICCHEZZE NAZIONALI: BASI PER LA SUA DEFINIZIONE COME CRIMINE DI DIRITTO INTERNAZIONALE

Una volta determinata la giustificazione di un intervento da parte del Diritto Penale Internazionale per prevenire e controllare l'espoliazione delle ricchezze nazionali, procediamo nel capitolo terzo a cercare di identificare le caratteristiche od elementi essenziali che deve possedere la costruzione di un delitto di espoliazione come crimine di Diritto Internazionale all'ombra del principio di giustizia universale.

Così, è stato ripetuto in numerosi strumenti internazionali della necessità che gli Stati che non lo abbiano ancora fatto, promulgino leggi nazionali ed adottino misure per prevenire e sanzionare l'appropriazione del patrimonio pubblico da parte dei funzionari, fomentando la cooperazione internazionale in materia. A tal scopo e previamente rispetto al tentativo di delimitare i contorni di un modello - tipo di espoliazione, abbiamo esposto in maniera succinta quali sono gli strumenti internazionali che si occupano della questione tanto a livello globale quanto a livello continentale, regionale o subregionale, a seconda della convenienza, con la finalità di costruire un punto di riferimento per poi avvicinarsi alle proposte di *lege ferenda*.

Riteniamo che se l'espoliazione è considerata come il saccheggio deliberato, sistematico e su larga scala delle ricchezze e delle risorse di una nazione da parte dei funzionari in grave violazione dei loro vincoli di fiducia con la comunità, allora questa condotta può configurarsi come un crimine di diritto internazionale. Si tenga presente che il Diritto Internazionale offre una definizione abbastanza flessibile di crimine di diritto internazionale, il che lascia un ampio margine per l'inserimento di nuove fattispecie di violazione grave degli obblighi internazionali nella misura in cui sorgono e sono conseguentemente riconosciuti dalla comunità internazionale nel suo complesso. E' possibile estrapolare dai paradigmi del diritto internazionale quattro criteri di corroborazione per l'inclusione dell'espoliazione tra i "crimini di diritto internazionale" commessi dagli individui. Tali criteri sono: 1) la prova dell'essenzialità, 2) la prova della transnazionalità o "dell'elemento internazionale", 3) la prova del riconoscimento da parte della comunità internazionale e, 4) le obbligazioni *erga omnes*.

Nella costruzione del modello - tipo di espoliiazione seguiamo la giurisprudenza dei tribunali penali internazionali orientata verso la struttura bipartita del crimine: *offence-defence*, propria del diritto angloamericano e che da tempo imperversa anche nel Diritto Penale Internazionale. In linea con

l'oggetto centrale di questo lavoro, abbiamo svolto questo compito nell'ambito dei presupposti di primo livello (*offence*) ed al margine di quelli di secondo livello (*defence*), tenendo presente che questi ultimi appartengono alle regole generali di imputazione del Diritto Penale Internazionale e valgono in generale per tutti i crimini di diritto internazionale.

CAPITOLO QUARTO: IL RECUPERO DELLE RICCHEZZE NAZIONALI COME PUNTO DI PARTENZA VERSO UN'EFFETTIVA GIUSTIZIA PENALE INTERNAZIONALE

Nel quarto capitolo, come ineludibile complementarietà di quanto anteriormente descritto e come sua necessaria conseguenza, affrontiamo le problematiche politco-criminali essenziali che ruotano intorno al recupero transnazionale ed internazionale dei beni derivanti dalla corruzione. Infatti la tipizzazione di questa condotta come crimine di diritto internazionale, sebbene necessaria, non è sufficiente, dal momento che la dimensione delle problematiche generate dall'espiazione manifestano l'importanza di affrontarle da una prospettiva olistica. Le cose stanno così perché la maniera più efficace di risolvere il conflitto, nell'ambito della comunità internazionale, generato dalla violazione massiva dei diritti umani consiste nell'obbligare gli autori a riparare al danno materiale e morale causato da tali violazioni, in particolar modo perché si prenderebbe in considerazione l'interesse delle popolazioni direttamente coinvolte.

Lo Statuto di Roma, che stabilisce i fondamenti giuridici della Corte, riconosce alle vittime, tra le altre cose, una funzione innovatrice in quanto aventi diritto alla riparazione del danno. In questo modo, la Corte riconosce che la sua funzione "non è solo punitiva ma anche di recupero" e che, come conseguenza di tutto ciò, "è sempre più largo il consenso internazional riguardo

all'importanza della partecipazione e della riparazione nell'ottica di rendere giustizia alle vittime".

Qulora i paesi vittime di espoliazione siano carenti di un quadro giuridico che preveda la restituzione del maltolto, tanto il Sistema dello Statuto di Roma così come l'iniziativa StAR, in maniera complementare rispetto alle risposte nazionali, possono intervenire sincronicamente per aiutare tali paesi a realizzare i loro piani di recupero dei beni all'interno delle loro frontiere e in applicazione delle direttrici previste dal quadro di recupero dei beni previsto dalla UNCAC.

In questo capitolo facciamo presente che la fondamentazione teorica della confisca ha girato intorno a fini di prevenzione ed all'ingiusto arricchimento degli infrattori. Tuttavia, in epoca moderna, come segnalato all'inizio di questo capitolo, la giustificazione politico-criminale di queste misure, per quanto riguarda l'espoliazione delle ricchezze nazionali, trova il suo fondamento al di fuori del fatto di un ingiusto arricchimento, ponendo così l'attenzione sul fatto che esso si produce a spese dei diritti e dell'impoverimento altrui. Così, si dà una nuova dimensione a questa categoria politico-criminale orientata verso le vittime, verso la tutela, restituzione e riparazione dei diritti economici, sociali e culturali dei popoli. La finalità ed il fondamento del sistema di recupero delle ricchezze nazionali espoliate, e naturalmente delle misure in esso contenute, non è tanto repressiva quanto più che altro reintegratrice delle situazioni in essere prima della perpetuazione del delitto. In questo senso, gli atti di espoliiazione rivelano un pregiudizio grave, diretto ed immediato, perfettamente determinato, ogni volta che producono una riduzione delle risorse a disposizione degli Stati vittime.

Il recupero dei beni di origine delittiva include le operazioni di intelligence e le ricerche canoniche rivolte alla localizzazione ed identificazione delle risorse qualunque sia la forma nella quale siano state convertite e non solo come prodotto diretto dei delitti. In secondo luogo, il recupero delle risorse

comprende un processo di azioni legali preliminari di congelamento o pignoramento dei beni con l'intenzione di assicurare i fondi che potrebbero essere oggetto di una misura ablatoria, quale può essere il sequestro preventivo o il pignoramento. La terza tappa del recupero dei beni è data dal processo di confisca. Infine, l'ultimo passo di questo processo è la restituzione dei beni ai legittimi proprietari che, nel caso della corruzione, sono rappresentati dallo Stato vittima.

Nello schema generale del processo di recupero delle risorse, esistono variazioni considerevoli tra le differenti giurisdizioni. In questo capitolo, si può apprezzare come la confisca sia andata consolidandosi negli ultimi anni come un istituto di grande importanza nel controllo della criminalità di speciale gravità, fino al punto d'essere considerata "l'arma centrale" all'interno dell'insieme degli strumenti diretti a far fronte alla criminalità macroeconomica.

Dall'altro lato, se si ha chiaro che l'obiettivo principale di un sistema di recupero di beni è lo sviluppo di una strategia efficace per l'ottenimento tanto di una condanna penale (se possibile), quanto del recupero del risultato della corruzione, allora bisogna essere coscienti delle diverse vie legali percorribili al fine di recuperare tali beni, così come dei diversi fattori ed ostacoli relativi a queste, che possono portare a scegliere l'una piuttosto che l'altra, per esempio: a) processo penale e confisca, b) confisca senza condanna, c) azione civile privata, d) confisca amministrativa.

All'interno di questo iter generale rivolto al recupero delle risorse e tra le differenti strade percorribili a tale scopo, l'iniziativa StAR considera la confisca di beni senza condanna (*Non-Conviction Based Confiscation*, NCB) come "uno strumento di somma importanza per recuperare il prodotto ed i mezzi propri della corruzione, in particolar modo nei casi in cui tale prodotto venga trasferito all'estero". Nonostante non vi siano dubbi sul fatto che l'NCB presenti vantaggi rispetto alle modalità di confisca basate su una condanna penale, è importante analizzare i fondamenti e la portata di ognuna di queste modalità e la loro

conformità al rispetto delle garanzie fondamentali, cercando sempre di raggiungere quel fragile equilibrio tra efficacia e garanzie. A tale compito dedichiamo parte di questo capitolo.

Infine, c'è da considerare che a livello internazionale e all'interno del sistema dello Statuto di Roma diventa imprescindibile la creazione come organo della Corte (insieme all'Ufficio del Difensore Pubblico per le Vittime, il Fondo Fiduciario a Beneficio delle Vittime e la Procura) di un Organismo Internazionale per il Recupero delle Risorse (IARA, secondo la sua sigla in inglese). Laddove gli Stati non potessero farlo per mancanza di capacità, un IARA deve essere disponibile ed in grado di porre in marcia il processo di recupero dei beni e, ancora, essere disposto ad aiutare gli Stati a sviluppare le necessarie capacità in questo settore.

Allo stesso modo, si rende necessaria la creazione di un IARA perchè, così come avviene a livello nazionale, nel momento in cui si istruisce una causa davanti ad un tribunale internazionale, deve esistere un sistema per la pianificazione, mantenimento e disposizione delle ricchezze previo alla confisca, che sia rapido ed efficiente.

CAPITOLO QUINTO: OLTRE LA NORMA PENALE NAZIONALE: L'ARCHITETTURA GIURIDICA INTERNAZIONALE PER IL RECUPERO DEI BENI

In questo capitolo analizziamo tutto il sistema giuridico nazionale ed internazionale che costituisce la piattaforma giuridica che permette di realizzare una politica di recupero delle risorse prodotta dalla corruzione.

Qui descriviamo, per sommi capi, i principali strumenti vigenti in questa materia nelle normative regionali ed internazionali e nelle norme di carattere interno. Tuttociò ci ha permesso di identificare la gamma di strumenti

attraverso i quali si rende effettiva la localizzazione, immobilizzazione, confisca ed infine il rimpatrio delle ricchezze.

Il capitolo in esame prosegue con uno studio che ci permette di comprendere il vigente edificio giuridico mondiale preposto al controllo delle risorse procedenti dall'appropriazione illecita del patrimonio pubblico. Questo è stato edificato mediante un disegno architettonico che prevede tre livelli od elementi costruttivi. Tuttociò poiché, come spiegato dalla dottrina specializzata, "il Diritto penale internazionale e, conseguentemente, gli sforzi internazionali per controllare i risultati illeciti, si basano su di un sistema tripartito di livelli"¹¹²³.

Il primo livello consta dei trattati multilaterali mondiali, interregionali anche detti globali. Il secondo livello è composto dai trattati continentali, regionali, subregionali o bilaterali. Il terzo livello è rappresentato dalla legislazione nazionale. L'esame di questi tre elementi si concentra a sua volta su tre temi: le disposizioni relative all'appropriazione del patrimonio pubblico, le disposizioni relative al recupero dei beni e la forma attraverso cui si realizza la cooperazione interstatale.

Per questo, nel presente capitolo proseguiremo collocando e facendo un bilancio delle fonti giuridiche internazionali sulle quali riposa il vigente edificio giuridico mondiale di tutela delle ricchezze nazionali contro la loro appropriazione da parte dei governanti, il sanzionamento di queste condotte ed il recupero di tali ricchezze.

A grandi linee, questo è il cammino che crediamo sia giusto intraprendere pur sospettando che possa essere oggetto di sfiducia e rifiuto da parte degli internazionalisti, penalisti e criminologi. Però, non vi è modo di dubitare circa la perentoria necessità di discutere delle problematiche qui

¹¹²³ BASSIOUNI, M. Cherif /GUALTIERI, David S., "Mecanismos internacionales de control de las ganancias procedentes de actividades ilícitas" (trad. Isidoro BLANCO CORDERO). *RDPC*, nº 6, Madrid, 1996, p. 65.

introdotte al fine di incontrare le chiavi necessarie per ottenere un consenso globale circa il modo di affrontarle.

CONCLUSIONI FINALI

- 1) **La corruzione, da questione interna agli Stati a questione di priorità internazionale:** Negli aspetti introduttivi di questo lavoro è stato ricordato come, durante la Guerra Fredda, la non intromissione nelle faccende interne agli Stati alleati fosse uno dei pilastri di ogni alleanza politica. Quindi, la corruzione in quegli Stati era considerata una questione eminentemente interna rispetto alla quale gli Stati rifiutavano qualunque forma d'ingerenza esterna protetti da queste alleanze, così come oggi alcuni governanti corrotti la rifiutano protetti dal principio di sovranità. Tuttavia, come abbiamo constatato nelle pagine precedenti di quest'opera, la grande corruzione in generale dista molto dall'essere una questione che si possa circoscrivere alle frontiere interne di uno Stato. Così, a partire dall'indomani della Guerra Fredda la corruzione è stata oggetto prioritario di una crescente preoccupazione in ambito internazionale, il che si è riflesso in una alluvione di strumenti ed iniziative giuridiche internazionali, nelle quali ha predominato il riferimento in maniera praticamente esclusiva alla corruzione su larga scala o alla concussione di funzionari pubblici stranieri nelle transazioni internazionali.
- 2) **L'esproprio nel piano internazionale:** La malversazione, il peculato o qualunque altra forma di appropriazione indebita o di sposamento (come abbiamo preferito chiamarlo) di beni pubblici, è stata oggetto di

attenzione da parte della comunità internazionale solo partire da dieci anni a questa parte, più o meno, e soprattutto a partire dal segno marcato dalla UNCAC. La consapevolezza della necessaria protezione internazionale e del recupero delle ricchezze nazionale è ancora embrionale.

Siamo arrivati al secolo XXI senza che nessuno delle fasi per le quali sono passate la criminologia e le scienze penali si siano occupate dell'impoverimento delle nazioni. Una delle manifestazioni criminali più gravi che abbia conosciuto la storia dell'umanità, quale il saccheggio su larga scala delle ricchezze nazionali, non è stato oggetto preferenziale né della criminologia, né della dottrina penale, senza menzionare la dottrina internazionalista. Questo spazio è stato dominato praticamente da filosofi, politologi, sociologi, storici ed economisti.

Il dibattito attuale sulla grande corruzione richiede, per essere riempito di significato e affinché perda il suo alone dogmatico, che il potere punitivo perda il suo carattere selettivo strutturale e sottometta al suo controllo le condotte criminali commesse dallo stesso potere statale, i denominati crimini dei potenti. La loro inclusione, costituisce una delle sfide principali del dibattito sull'ammodernamento del diritto penale.

- 3) **Spossamento di minuzie versus vaste quantità di beni:** Con questi presupposti, attualmente tanto a livello nazionale come a livello internazionale si cerca di proteggere le ricchezze nazionali attraverso le fattispecie classiche che prevedono forme di manifestazione di queste condotte che spaziano dalle ipotesi di criminalità relative a cose futili fino ad ipotesi che coinvolgono grandi quantità di beni, i quali possono costituire una fetta importante delle risorse degli Stati, e che minacciano la stabilità pubblica e lo sviluppo sostenibile di quegli Stati.

Riteniamo che per dare una risposta integrale a questa problematica, da una parte, vada considerata la risposta possibile nel contesto della piccola corruzione che si traduce nel ricorso alle tradizionali figure penali (malversazione, peculato, appropriazione indebita) e, dall'altra parte, una risposta differente di fronte agli attacchi più gravi nell'ambito della grande corruzione.

Quest'ultima risposta sarebbe da mettere in pratica su due distinti livelli. In primo luogo, a livello nazionale mediante il sistema di giustizia domestico. In secondo luogo, qualora nei paesi vittime i sistemi di giustizia fossero crollati o usciti debilitati dai regimi corrotti ed in virtù del diritto penale internazionale, la risposta dovrebbe essere attuata a livello internazionale per mezzo di canali di competenze, come ad esempio: facendo uso dei sistemi di giustizia di paesi terzi o, attivando il sistema di giustizia penale internazionale. Alla luce di tutto ciò, riteniamo che la prevenzione del saccheggio delle ricchezze nazionali ed il loro recupero abbisogna di un sistema globale di consenso a partire dal Diritto Internazionale, ed in particolare dal Diritto Penale Internazionale, che abbia come obiettivo, da un lato, la prevenzione dell'espoliamento delle ricchezze nazionali, e dall'altro, nel caso in cui la prevenzione fallisca, il recupero delle ricchezze sottratte.

Senza perdere di vista il fatto che questa dinamica debba svilupparsi dentro la logica della sussidiarietà e della sovranità, in virtù della quale: (1) in prima istanza la priorità competenziale corrisponderebbe agli Stati vittime dell'espoliamento; (2) in un secondo momento potrebbero ritenersi competenti gli Stati nei quali si trovino gli autori e/o i prodotti di questi crimini, e; (3) infine, in virtù del principio di giustizia universale, lo sarebbe qualunque Stato o la CPI. Queste questioni fanno emergere la necessità di compiere un processo di armonizzazione, che richiede che

sia disegnata nelle legislazioni nazionali una figura comune di espoliazione basta nelle norme del diritto internazionale.

In questa intelaiatura, il dibattito concreto che qui si sta proponendo è rivolto a mostrare come le fattispecie penali classiche associate alle forme di delinquenza tradizionali - in particolare alla piccola corruzione - risultino insufficienti al fine di tutelare efficacemente le ricchezze nazionali di fronte a potenziali attacchi di massa e/o su larga scala da parte dei funzionari di alto livello.

4) **Espoliazione:** L'espoliazione, come abbiamo avuto modo di spiegare, è il saccheggio deliberato, sistematico e su larga scala delle ricchezze e delle risorse di uno Stato da parte dei suoi stessi alti funzionari, in grave violazione dei loro obblighi fiduciari nei confronti della comunità e che minacciano o ledono gravemente le fondamenta economiche di una società.

5) **Effetti dell'espoliazione:** In pratica, l'espoliazione, è qui intesa come un saccheggio sistematico o su larga scala delle ricchezze nazionali e delle risorse di una nazione da parte dei capi di Stato o dei funzionari di più alto rango che a seconda della dimensione del danno causato pregiudica il buon funzionamento dell'apparato statale e le basi economiche di una società il che può porre in pericolo la pace, la sicurezza ed il benessere dell'umanità.

La capacità di questa condotta di generare danni oltrepassa l'ambito tradizionale di punizione, coinvolgendo anche, e gravemente, l'economia delle nazioni, la loro capacità di sviluppo, la legittimità delle istituzioni pubbliche ed il modello di Stato e, in ultima istanza, la sfera dei diritti umani. Allo stesso modo, è stato manifestato il fatto che le fattispecie penali tradizionali ed i termini che le esprimono prevedono solo l'atto

della depredazione in sè, la sola azione, e non anche il suo effetto, che consiste nella *distruzione della base economica di una nazione e le ripercussioni di tutto ciò sui diritti umani delle popolazioni che ne sono vittime*.

L'espoliazione, in quanto fatto globale, mette in gioco l'umanità in quanto tale, nel seso della presenza di uno "standard minimo in materia di regole per la coesistenza umana". Lo spossessamento su larga scala del patrimonio di una nazione costituisce un attacco che può comportare l'imporsi di condizioni di vita capaci di produrre sofferenze gravi e/o l'estinzione di una parte della popolazione coinvolta. L'espoliazione delle ricchezze di una nazione è un insieme di azioni contro le condizioni essenziali di vita della popolazione, azioni che privano del minimo vitale e delle necessità esistenziali quei gruppi che le subiscono, i quali vengono esclusi dalla vita economica e culturale che si svolge nello Stato dove vivono.

- 6) **Il bene giuridico e l'*harm principle* come criteri giustificanti di una criminalizzazione internazionale:** Abbiamo constatato che gli sforzi che i principali sistemi giuridici occidentali hanno realizzato per elaborare una teoria sui limiti normativi della punizione statale hanno seguito percorsi differenti ed indipendenti tra di loro. Da una parte, in generale, nei paesi che fanno parte del sistema di *civil law* è predominante la teoria della violazione o messa in pericolo dei beni giuridici. Dalla'altra, parallelamente, nella dottrina anglo-americana esiste un modello concettuale che funge da teoria di legittimazione delle norme penali nel quale il concetto fondamentale per la giustificazione del diritto penale è l'*harm principle* o principio del danno verso altri. Quando si tratta di fondare la punibilità diretta nel diritto internazionale, entrambe le costruzioni teoriche devono presentare dei punti d'incontro, perché le considerazioni di ognuna di esse, come idea esclusiva di razionalità, tanto

per i loro difetti essenziali interni, quanto per il particolarismo proprio di ogni forma di pensiero giuridico, non corrispondono con le pretese di costruzione di una base razionale applicabile universalmente in un sistema giuridico internazionale.

- 7) **La teoria funzionale del patrimonio pubblico come criterio di giustificazione:** Nelle pagine precedenti, abbiamo analizzato a partire dal Diritto Comparato come siano state elaborate e sviluppate le teorie che cercano di dare una giustificazione razionale all'intervento penale degli Stati di fronte all'appropriazione delle ricchezze nazionali. Durante questo percorso, abbiamo visto che le costruzioni dottrinali proprie dei sistemi di civil law dei modelli ivi studiati adottano in maniera pressoché assoluta la teoria del bene giuridico come criterio assiale di giustificazione punitiva delle condotte. Allo stesso modo, si è segnalato che le teorie che cercano di spiegare la razionalità del castigo delle condotte appropriatorie a partire dal concetto di bene giuridico, si impantanano nello sforzo titanico di dissezionare millimetricamente questo "quid" proposto come bene giuridico, finendo col lasciare scoperti altri effetti lesivi delle menzionate condotte. A nostro avviso, delle proposte teoriche analizzate, è la teoria funzionale del patrimonio pubblico ad avere la sufficiente capacità esplicativa per rendere merito di un'adeguata razionalità teorica all'intervento penale dei sistemi nazionali quando si verificano casi di appropriazione del patrimonio pubblico su piccola scala, propri della piccola corruzione. Sebbene sia assodato che questa concezione del patrimonio pubblico permetta di giustificare una maggiore tutela penale rispetto a quella del patrimonio privato, ciononostante, la stessa non possiede né una capacità di reazione sufficiente, né è comprensiva della vastità del danno sociale che presuppone l'espiazione di grandi volumi di patrimonio pubblico. In

ogni caso, l'idea che nel delitto di espoliamento si attenti contro la base economica di una società, proviene dalla funzione di complementazione del bene giuridico "patrimonio pubblico". La forma di distruzione totale o parziale delle basi della vita economica di una società si realizza, precisamente, attraverso l'attacco ai beni che integrano le ricchezze nazionali di tale società.

- 8) **Il bene giuridico leso e la determinazione del danno prodotto dall'espoliamento:** La grande corruzione ed in special modo gli atti di espoliamento, sono capaci di influenzare lo sviluppo economico e sociopolitico dei paesi che li subiscono, ed inoltre possono condurre quelle nazioni alla bancarotta. Un saccheggio organizzato e sistematico o su larga scala delle ricchezze e risorse di una nazione da parte dei capi di Stato e dei funzionari di più alto livello attacca in maniera sistematica e massiva i diritti umani della popolazione. Il fenomeno in questione, pertanto, non riguarda esclusivamente le vittime individualmente considerate, bensì rappresenta *una minaccia per la comunità internazionale nel suo complesso e per gli interessi più importanti della stessa.*

Di conseguenza, in primo luogo, l'espoliamento delle ricchezze delle nazioni rappresenta un atto inumano commesso dai governanti contro la popolazione che provoca un danno sociale estremo dal momento che influenza lo sviluppo dei popoli e la sovranità che essi detengono sulle ricchezze dei rispettivi paesi. In secondo luogo, un danno di tale magnitudo realizzato mediante attacchi massivi o su larga scala va ben al di là di una semplice lesione del patrimonio pubblico giacché con queste condotte si violano le fondamenta essenziali della vita economica di una società. Viene leso un bene giuridico distinto: *la base economica di una società.* La protezione delle fondamenta essenziali della vita economica di una società come bene giuridico superindividuale distinto rispetto al

patrimonio pubblico, si giustifica prendendo in considerazione il criterio della gravità ("*seriousness*"), il quale ci permette, a seconda delle condotte, di classificare i tipi di danno (*harms*) in base alla loro gravità. La diversa importanza del danno prodotto corrisponde ad una diversa natura dei beni giuridici in gioco e, di conseguenza, esige trattamenti differenti ed incompatibili tra loro. Così, il bene giuridico "patrimonio pubblico" risulta essere già leso dall'azione di spossessamento di un bene qualunque facente parte dello stesso. Però quando i risultati delle lesioni prodotte a danno del patrimonio pubblico formano parte di un attacco massivo o sistematico che rappresenta un fattore idoneo ad ingrandire il danno, questi stessi risultati suppongono unicamente la pericolosità della condotta per la base economica di una società e per i diritti fondamentali delle generazioni presenti e future.

Per stabilire se il danno causato è sufficiente a ledere il bene giuridico "base economica di una società" riteniamo sia opportuno passarlo per il setaccio del principio del danno ("*harm principle*") e determinare se gli atti in questione causino un danno collettivo ("*collective harm*") che sia rilevante ai fini di questo principio. In quest'ordine d'idee rientra la necessità d'indagare, in primo luogo, se gli interessi in gioco sono previsti come condizioni necessarie di suprema importanza affinché i membri di una società possano realizzare un progetto di vita realmente autonomo. In secondo luogo, bisogna indagare come questi interessi si cristallizzino in un bene giuridico di tale importanza che proietti i danni da esso sofferti su tutta la comunità internazionale.

Tuttocciò ci porta all'interpretazione delle circostanze attuali e future che circondano i fatti. Questi fattori, dal nostro punto di vista, possono risultare elementi di giudizio migliori nella determinazione del danno rispetto ai tradizionali criteri quantitativi determinati oggettivamente nelle fattispecie penali. E' chiaro che non stiamo proponendo la richiesta

di una prova precisa dell'esistenza di una relazione causale tra la condotta ed i danni, piuttosto ci limitiamo alla determinazione della gravità di questi. Quest'idea si appoggia su una giurisprudenza internazionale costante che segnala l'impossibilità di analizzare la gravità in maniera astratta e avverte che bisogna piuttosto considerare le caratteristiche del caso concreto.

9) **L'internazionalizzazione dei meccanismi di protezione delle ricchezze nazionali:** Il legame con la comunità internazionale e la necessità dell'internazionalizzazione dei meccanismi di protezione delle ricchezze nazionali risulta, da un lato, dalla gerarchia degli interessi coinvolti, la cui protezione è un interesse comune a tutti (o alla maggior parte) degli Stati. Le violazioni sistematiche e di massa dei diritti umani costituiscono l'oggetto dell'attacco ed è questo a conferire alla condotta la dimensione internazionale. Di conseguenza, l'appropriazione massiva del patrimonio pubblico per la gravità che presenta minaccia i valori fondamentali della comunità internazionale, ossia: la pace, la sicurezza ed il benessere dell'umanità. L'attacco agli interessi fondamentali della comunità internazionale conferisce al primo una dimensione internazionale e lo eleva alla categoria di crimine di diritto internazionale.

Dall'altro lato, l'internazionalizzazione incontra le sue radici in due ragioni ben più pratiche. Considerazioni utilitaristiche di fronte alla natura transnazionale di questi delitti suggeriscono l'internazionalizzazione del perseguimento e del sanzionamento penale degli stessi, dal momento che il loro perseguimento da parte dello Stato individualmente considerato non promette alcun successo. In secondo luogo, ci troviamo di fronte al tipico caso di crimini rafforzati dalle strutture statali, che generalmente non sono adeguatamente perseguiti e sanzionati dallo Stato che subisce tali condotte poiché il perseguimento

degli autori è lasciata nelle mani degli autori stessi. Conseguentemente, se l'obbligo di castigare questi fatti dovesse corrispondere solo allo Stato dove vengono perpetuati, tale situazione equivalrebbe, molte volte, a fare degli autori i giudici dei loro stessi atti portandoli in una zona di autocontraddizione.

Pertanto, prevenzione e castigo dell'espoliazione rappresentano indubbiamente un compito proprio della comunità internazionale e, per questa ragione, il Diritto Internazionale e, specialmente, il Diritto Penale Internazionale, possiede una giustificazione specifica in questo caso per configurare una norma che gli permetta di oltrepassare "lo scudo della sovranità statale".

Tuttavia, il controllo sul saccheggio delle ricchezze nazionali perpetuato dai Capi di Stato o di Governo e dal resto dei funzionari di alto rango, rappresenta un'enorme sfida per la comunità internazionale. Tutto questo passa necessariamente attraverso una serie di cambiamenti nel modo di reagire nell'ordine internazionale di fronte a questo problema che richiede tanto la rottura con l'imperante equilibrio di potere mondiale, quanto la ricerca di un vero ordine giuridico mondiale. Dimodoché, il proposito principale di questo lavoro ruota intorno alla proposta di un "modello - tipo" di espoliazione come crimine di diritto internazionale e al recupero delle risorse, entrambi in maniera complementare nell'ambito del Sistema dello Statuto di Roma.

- 10) **La struttura di un "modello - tipo" di espoliazione nel DPI:** Per costruire un "modello - tipo" di espoliazione abbiamo deciso di seguire la strada della giurisprudenza dei tribunali penali internazionali, orientata verso una struttura bipartita del crimine: *offence-defence*, propria del diritto angloamericano e predominante già da tempo anche nel DPI. Col fine di delineare tale modello, abbiamo realizzato questo compito nel

quadro dei presupposti della responsabilità individuale (*offence*) ed al margine delle possibili cause della sua esclusione (*defence*), tenendo presente che queste ultime appartengono alle regole generali d'imputazione del DPI.

In quanto ai presupposti della responsabilità individuale: *actus reus* y *mens rea* del diritto agloamericano, sono equiparati, rispettivamente, alle usuali categorie della fattispecie oggettiva e del dolo nel diritto continentale europeo.

11) **Aspetti esterni del "modello - tipo" di espoliamento (*actus reus*):**

La condotta umana che presuppone l'espoliamento come crimine di diritto internazionale va intesa come qualunque *atto di sottrazione delle ricchezze di uno Stato diretto allo spossessamento antiggiuridico della popolazione, realizzato nell'ambito di un attacco generalizzato o sistematico o come parte di un attacco su larga scala nei confronti di tali ricchezze.*

L'espoliamento produce come conseguenza (*consequence*) la distruzione delle basi economiche, sociali e politiche di uno Stato e la lesione dei diritti economici, sociali e culturali della popolazione ivi residente. Ciononostante, siamo del parere che il palesarsi di queste conseguenze non sia rilevante affinché si produca la configurazione della fattispecie di espoliamento.

Gli elementi contestuali (*contextual elements*) o circostanze di contesto che, come presupposti oggettivi, conferiscono alla condotta dell'espoliamento una dimensione internazionale, sono rappresentati dal fatto che il comportamento tipico sia realizzato nell'ambito di un contesto collettivo di esercizio sistematico di violenza o su larga scala contro le ricchezze nazionali. Gli fatti individuali formano parte di una relazione funzionale d'insieme che integra un *fatto globale*.

12) **Aspetti interni del "modello - tipo" di espoliazione (*mens rea*):** In relazione all'aspetto interno dell'espoliazione si deduce che questa condotta oltre al dolo diretto non richiede un dolo più intenso. In questo caso lo "*specific intent*", inteso nel senso di una volontà orientata verso un fine, non è altro che l'intenzione di sottrazione dei beni pubblici. E' sufficiente che l'intenzione del saccheggio sia presente nel momento dell'esecuzione dell'azione tipica congiuntamente alla consapevolezza che si tratta di un'azione che si iscrive in un'aggressione generalizzata o sistematica contro i principi essenziali dell'economia di una società o di una parte di essa. E' comunque sempre necessario che si possa determinare che lo stesso autore nella sua condotta ("*conduct*") abbia attuato con l'intenzione di spossessare ("*specific intent*") ed essendo a conoscenza ("*knowledge*") del fatto che tale condotta facesse parte di un attacco generalizzato o sistematico ("*circumstance*"). Questo argomento rispecchia una posizione chiara all'interno del diritto internazionale consuetudinario, secondo la quale, nei crimini contro l'umanità è sufficiente la presenza oggettiva di un fatto globale e non si pretende che il dolo dell'autore includa tale requisito.

In quanto all'aspetto interno delle conseguenze dell'espoliazione -la distruzione delle basi economiche, sociali e culturali di una società- possiamo concludere dicendo che l'autore deve, nel momento della commissione, o proporsi come obiettivo quello di causare tale conseguenza oppure, in ogni caso, essere cosciente che essa si produrrà comunque nel corso normale degli eventi. Ossia, è necessario che l'autore nel momento dell'attacco alle ricchezze di una nazione, operi essendo cosciente del pericolo di *distruzione delle fondamenta essenziali dell'economia di una società* seppur lasci all'evolversi dei fatti la possibilità che questo pericolo si materializzi o meno. La volontà di distruzione non costituisce

un elemento soggettivo della fattispecie, bensì un elemento della colpevolezza.

In quanto agli elementi contestuali, riteniamo che la relazione tra la condotta individuale di spossessamento del soggetto attivo e l'attacco generalizzato o sistematico contro le ricchezze nazionali non possa essere determinata, in maniera meramente oggettiva, ma che risulti da *un'attitudine interna* dell'autore verso il fatto. Solo quando l'autore si prefiguri l'azione individuale come parte di una serie di atti che si realizza nell'ambito di un evidente modello di condotte simili tra loro, nel quadro di un attacco generalizzato o sistematico contro le ricchezze nazionali, tali fatti potranno essere considerati crimini di diritto internazionale. Sarebbe sufficiente la conoscenza del piano di espiazione nel suo complesso nel momento dell'esecuzione dell'azione tipica; non si richiederebbe la pianificazione previa da parte dell'autore. Pertanto, l'aspetto interno dell'espiazione esige il dolo rispetto al fatto individuale e la conoscenza del contesto funzionale.

- 13) **Il recupero delle ricchezze espolate:** Bisogna intendere il recupero delle ricchezze espolate come una tappa necessaria nell'evoluzione della giustizia internazionale ed un contributo importante nella lotta contro l'impunità, così come nella realizzazione del desiderio che la giustizia abbia un significato in quanto mezzo che contribuisce ad un fine, rappresentato dalle persone. Così la giustizia penale internazionale s'integrerebbe dentro una moderna scienza del diritto penale, orientata verso le conseguenze, che vuole verificare continuamente il risultato delle sue decisioni, e che pertanto, non può prescindere né dalla base empirica, né dal vincolo con la realtà, il che le conferisce un'impostazione olistica tra il bene giuridico, il danno prodotto, le conseguenze della

condotta e la riparazione adeguata che bisogna riconoscere alle vittime, inclusa la restituzione, l'indennizzazione e la riabilitazione.

Dal nostro punto di vista, in comune con l'approccio del sistema di giustizia internazionale rispetto alle vittime ed alle comunità toccate dai crimini, come abbiamo avuto modo di esporre nelle pagine di questo lavoro, il recupero delle ricchezze espoliate deve trovare il suo fondamento al di là del fatto dell'ingiusto arricchimento e dei fini meramente repressivi, fissando così l'attenzione sul coinvolgimento, cui sono costretti attraverso queste condotte, dello sviluppo e dell'esercizio dei diritti economici, sociali e culturali dei popoli.

14) La confisca delle risorse senza condanna (*Non-Conviction Based Confiscation*, NCB) come strumento più adeguato nel recupero delle stesse: Dentro lo schema generale, esistono differenze considerevoli nel processo di recupero dei beni nelle diverse giurisdizioni. Nello studio realizzato in questo lavoro, si può apprezzare, in generale, come la confisca sia andata consolidandosi negli ultimi anni come un istituto di grande importanza nel controllo della criminalità di speciale gravità, fino al punto di imporsi come "arma centrale" nell'insieme degli strumenti diretti a far fronte alla criminalità macroeconomica. Quindi, possiamo prendere come punto di partenza l'ipotesi che la confisca costituisca un elemento chiave nell'ingranaggio del sistema di recupero dei beni di origine delittiva e di conseguenza uno strumento molto efficace nella lotta all'espoliamento.

All'interno del processo generale finalizzato al recupero delle risorse e tra le diverse strade percorribili a tal fine, l'iniziativa StAR considera la confisca delle ricchezze senza condanna (*Non-Conviction Based Confiscation*, NCB) come uno "strumento di somma importanza per il recupero dei risultati e degli strumenti della corruzione, in particolare

nei casi nei quali tali prodotti vengano trasferiti all'estero". Secondo questa iniziativa, l'NCB "costituisce un meccanismo legale che prevede il controllo, la cattura e la confisca delle ricchezze rubate senza la necessità di una condanna penale; potrebbe essere essenziale ai fini di un recupero fruttuoso delle ricchezze nel caso in cui il delinquente sia morto, si sia sottratto alla giurisdizione, sia immune dall'essere investigato o processato, o sia semplicemente troppo potente per processarlo".

Partendo da quanto previsto dalla UNCAC può stabilirsi un sistema di confisca delle ricchezze NCB valido tanto per le giurisdizioni di *civil law* quanto di *common law*. Seppur non ci siano dubbi sul fatto che l'NCB presenti vantaggi rispetto alle modalità di confisca basate su una condanna penale, è importante analizzare i fondamenti e la portata di ciascuna di queste modalità e la loro conformità al rispetto ed alle garanzie fondamentali, cercando sempre di raggiungere quel fragile equilibrio tra efficacia e garanzie.

- 15) **La necessaria creazione di un Organismo Internazionale per il Recupero delle Risorse (IARA):** Infine, riteniamo che a livello internazionale e nell'ambito del Sistema dello Statuto di Roma, si renda imprescindibile la creazione come organo della Corte (insieme all'Ufficio del Difensore Pubblico delle Vittime, al Fondo Fiduciario in Beneficio delle Vittime e alla Procura) di un Organismo Internazionale per il Recupero delle Risorse (IARA). Laddove gli Stati non dovessero riuscire a farlo per mancanza di capacità, un IARA dovrebbe essere disponibile ed in grado di attivare il processo di recupero dei beni, così come, essere disposto ad aiutare gli Stati a sviluppare le necessarie capacità in questo settore.

Allo stesso modo, è necessaria la creazione di un IARA perché, così come avviene a livello nazionale, con l'istruzione di una causa davanti ad un

tribunale internazionale, deve esistere un sistema per la pianificazione, il mantenimento e la possibilità di disporre delle ricchezze, previo alla confisca, che sia rapido ed efficiente.

Creare un sistema internazionale efficace di recupero delle risorse richiede non solo l'adozione e la ratificazione di strumenti giuridici che forniscano le chiavi giuste ed un'efficiente cooperazione tra intelligence finanziaria e le autorità giudiziali del paese dove si trovano le ricchezze, ma anche una struttura organizzativa col fine di far fronte alla miriade di problemi pratici che si presentano al maneggiare proprietà sequestrate e confiscate, che includono la custodia, deposito sicuro, amministrazione e disposizione delle suddette proprietà nei vari luoghi in cui si trovino e nelle giurisdizioni vigenti negli stessi.

- 16) **L'ampliamento della competenza della CPI:** A nostro avviso ed alla luce degli elementi criminologici, politico-criminali e giuridici esposti in questo lavoro, nulla impedisce che l'espoliamento delle risorse naturali e delle ricchezze nazionali sia riconosciuta come un crimine grave in grado di costituire una minaccia per la pace, la sicurezza ed il benessere dell'umanità. Pertanto, proponiamo che nel momento in cui si vada a considerare la possibilità di qualificare l'espoliamento come crimine di diritto internazionale, tale possibilità sia analizzata facendo riferimento alle facoltà della CPI e prendendo seriamente in considerazione, nella prossima Conferenza di Revisione dello Statuto della CPI, la convenienza di un'estensione delle sue competenze materiali facendo ricadere nella sua giurisdizione l'espoliamento delle ricchezze nazionali. Tuttocciò, porterebbe necessariamente ad includere nel sistema dello Statuto di Roma la creazione di un Organismo Internazionale di Recupero delle Risorse (IARA) al fine di compiere un'adeguata strategia internazionale di recupero delle risorse rubate. Tuttocciò è prioritario per un'effettiva

giustizia internazionale che propugni la pace, la sicurezza ed il benessere dell'umanità.